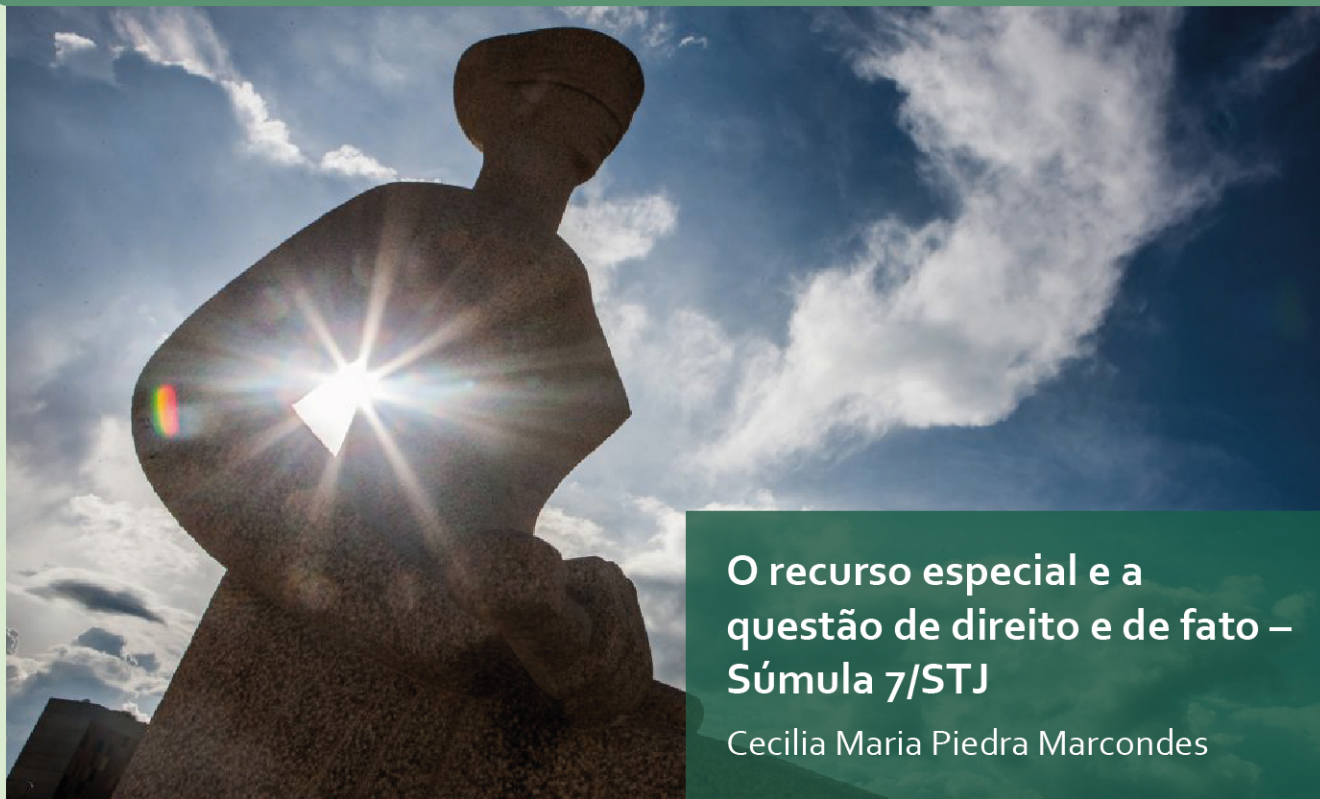


REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXX - N. 142 - JULHO / SETEMBRO DE 2019 - ISSN 1982 - 1506



O recurso especial e a questão de direito e de fato – Súmula 7/STJ

Cecilia Maria Piedra Marcondes

Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano

Alexandre Levin

Consequencialismo judicial no processo tributário e na execução fiscal

Roberto Lima Campelo

A nomeação dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – reflexão sobre a nomeação dos Ministros do STF

José Antonio Farah Lopes de Lima

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal André Nekatschalow

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXX	n. 142	p. 1-517	Jul./Set. 2019

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia

Silvio Pires de Queiroz

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente⁽²⁾
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente⁽³⁾
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
 CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 16/09/2019.

⁽²⁾ Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

⁽³⁾ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHNSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
ALESSANDRO DIAFERIA - Juiz Federal
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
VANESSA MELLO - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 28/02/2018)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O recurso especial e a questão de direito e de fato – Súmula 7/STJ</i> Cecilia Maria Piedra Marcondes.....	15
<i>A nomeação dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – reflexão sobre a nomeação dos Ministros do STF</i> José Antonio Farah Lopes de Lima	27
<i>Consequencialismo judicial no processo tributário e na execução fiscal</i> Roberto Lima Campelo	35
<i>Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano</i> Alexandre Levin	54

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Renovação de autorização de funcionamento de empresa de segurança. Condicionamento à comprovação de regularidade fiscal. Exigências - artigo 32, § 7º, Decreto nº 89.056/1983 e Portaria nº 387/2006. Ilegalidade. Violação ao princípio da legalidade.</i> ApCiv 0005028-67.2008.4.03.6104	
Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....	95
<i>Preço pelo serviço prestado (PAN) e adicional ATAERO. Tarifa de uso das comunicações e dos auxílios à navegação aérea. Remuneração de serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea. Contribuinte que opera tão somente voos visuais e não por instrumentos. Irrelevância.</i> ApCiv 0015147-31.2010.4.03.6100	
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	99
<i>Improbidade administrativa. Inexigibilidade de licitação não configurada. Convênio com a União. Contratação de shows. Devolução dos valores recebidos. Enriquecimento ilícito do município. Multa civil. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.</i> ApCiv 0001373-54.2013.4.03.6123	
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....	104

Servidor público. Aposentadoria integral por invalidez. Rol taxativo. Juízo positivo de retratação. Artigo 1.030, II, CPC/2015.

ApelRemNec 0010801-32.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....118

Indenização devida a aluno que sofreu percalços acadêmicos, no cenário do FIES. Presença de graves sofrimentos íntimos. Responsabilidade do FNDE e da instituição de ensino superior.

Ag ApelRemNec 0002041-11.2015.4.03.6105

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 121

Mandado de Segurança. Ensino superior. Participação em cerimônia de colação de grau. Matérias pendentes. Possibilidade.

RemNecCiv 5004835-36.2018.4.03.6000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 127

Ação Civil Pública. Conselho de fiscalização profissional. Presença de enfermeiro em unidade hospitalar. Lei nº 7.498/1986. Supervisão e coordenação dos demais profissionais de enfermagem. Obrigatoriedade de prestação presencial e em período integral.

AI 5028891-91.2018.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 132

DIREITO COMERCIAL

Registro de comércio. Efeitos subjetivos da sentença. Poder regulamentar. Exigência de publicação das demonstrações financeiras. Sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de S/A. Ausência de previsão legal.

RemNecCiv 5000362-60.2016.4.03.6102

Desembargador Federal Souza Ribeiro 141

DIREITO CONSTITUCIONAL

Entidade beneficente de assistência social. Imunidade. Artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal. Artigo 14 do CTN. CEBAS. Honorários advocatícios.

ApelRemNec 0024672-37.2010.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 149

Estatuto do Estrangeiro. Multa. Sopesamento de direitos humanos. Princípio da proporcionalidade. Hipossuficiência. Filho menor brasileiro. Permanência regular no momento da lavratura do auto de infração.

ApCiv 0018914-09.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Nelson dos Santos.....159

Fornecimento de medicamento. Soliris. Imprescindibilidade do medicamento não demonstrada. Insuficiência do conjunto probatório.

ApCiv 0000778-90.2016.4.03.6142

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 169

DIREITO PENAL

Crime de apropriação indébita de fécula de mandioca de propriedade da União. Contrato de depósito com a CONAB. Intimação pessoal de réu solto da sentença condenatória. Prescindibilidade. Suficiência da intimação da defesa técnica. Prescrição pela pena em abstrato não verificada.

ApCrim 0000907-89.2000.4.03.6002

Desembargador Federal José Lunardelli..... 181

Organização criminosa. Operação Oversea. Tipicidade da conduta. Materialidade, autoria e dolo comprovado.

ApCrim 0005750-91.2014.4.03.6104

Desembargador Federal Nino Toldo 192

Crime de contrabando. Cigarros. Crime formal. Insignificância. Excepcionalidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Dosimetria. Pena de multa não prevista no preceito secundário, nem fixada em sentença. Prestação pecuniária em conformidade com as circunstâncias do caso.

ApCrim 0000795-29.2016.4.03.6142

Desembargador Federal André Nekatschalow 210

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por idade. Segurado falecido. Recebimento dos valores em atraso da revisão do benefício do “de cujus”. Impossibilidade. Legitimidade para a causa. Falta de interesse de agir. Ausência de prévio requerimento. Inocorrência. Pensão por morte. Requisitos preenchidos. Benefício devido.

ApelRemNec 0004787-17.2014.4.03.6126

Desembargadora Federal Lucia Ursai.....221

Ação Rescisória. Pensão por morte. Habilitação tardia. Menor absolutamente incapaz. Pagamento desde o óbito do segurado instituidor. Co-dependente não integrante do mesmo núcleo familiar.

AR 0021848-96.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 227

Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Regime de economia familiar.

ApelRemNec 0043044-98.2015.4.03.9999

Desembargadora Federal Inês Virgínia 245

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Comprovação das condições especiais. Ruído. Uso de EPI. Frentista. Agentes biológicos. Implementação dos requisitos. DIB.

ApCiv 0046645-15.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 255

Benefício por incapacidade. Suspensão. Fraude não comprovada. Cessação indevida. Apelação do INSS restrita à condenação por dano moral. Dano moral configurado.

ApCiv 0004738-26.2016.4.03.6119

Desembargadora Federal Marisa Santos 264

Pensão por morte de filho. Dependência econômica não caracterizada. Cooperação nas despesas. Benefício indevido.

ApCiv 0031559-06.2016.4.03.6301

Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 268

Ação Rescisória. Benefício assistencial. Incapacidade para o trabalho. Alteração da causa de pedir. Ações não idênticas. Função positiva da coisa julgada. Respeito ao decidido anteriormente. Exclusão dos valores em atraso.

AR 5011103-98.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 273

Benefício assistencial de prestação continuada. Miserabilidade não configurada.

ApCiv 0012826-82.2018.4.03.9999

Desembargador Federal Luiz Stefanini 279

Revisão da RMI. Atividades concomitantes. Possibilidade de soma dos salários-de-contribuição.

EDcl ApCiv 5001722-44.2018.4.03.6107

Desembargador Federal Tânia Marangoni 284

Auxílio-reclusão. Qualidade de segurado. Recebimento de auxílio-doença pelo instituidor por meio de tutela antecipada posteriormente revogada. Manutenção da condição de segurado. Concessão indevida não pode prejudicar o requerente. Segurado desempregado. Baixa renda configurada. Requisitos preenchidos. Benefício devido.

ApCiv 5440488-31.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 287

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Rescisória. COFINS. Juízo de Retratação. Recurso Extraordinário sob Repercussão Geral 590.809/RS. Tema 136. Súmula 343/STF. Não incidência. Entendimento consolidado da Segunda Seção desta Corte. Acórdão compatível com a orientação do STF. Manutenção.

AR 0077000-47.2006.4.03.0000

Desembargadora Federal Diva Malerbi 295

Recurso Extraordinário. Admissibilidade. RE nº 564.354/SE. Repercussão Geral. RGPS. Teto constitucional. Entendimento de que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003. Devolução dos autos à Turma julgadora. Juízo de retratação negativo. Benefício concedido antes da Constituição Federal de 1988.

RE ApelReex 0001784-14.2013.4.03.6183

Desembargador Federal Nery Júnior 305

Embargos à Execução Fiscal. Penhora de bem imóvel pertencente a herdeiro.

ApCiv 0008360-37.2016.4.03.6112

Desembargador Federal Peixoto Junior 309

Agravo em Suspensão de Liminar. Sustentação oral. Impossibilidade. Ação ordinária. Bloqueio de verbas públicas. Decisão judicial. Determinação de fornecimento de medicamento sob pena de indistinta indisponibilidade de recursos de município e da união federal. Julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão cujos efeitos constituem o objeto da suspensão de liminar. Prejudicialidade. Caracterização. Processo extinto sem resolução de mérito. Prejudicado o Agravo Regimental.

Ag SLAT 5020456-65.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Therezinha Cazerta 311

Prévio requerimento administrativo. Orientação fixada pelo C. STF, em sede de Repercussão Geral. Inobservância. Extinção sem resolução do mérito.

ApCiv 0020318-28.2018.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Vanessa Mello 357

Cumprimento de sentença. Execução. Extinção por decadência. Descabimento. Interesses individuais homogêneos. Limites subjetivos da sentença coletiva. Caso de incidência do lapso de prescrição quinquenal de prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação civil pública. Não caracterizado o direito potestativo. Inocorrência de prescrição da pretensão executória.

ApCiv 5000622-03.2018.4.03.6124

Desembargador Federal David Dantas 361

Rescisória. Incompetência absoluta. Ocorrência. Pensão por morte decorrente de acidente de trabalho. Natureza previdenciária compete ao juízo federal. Natureza acidentária. Compete ao juízo estadual. “Iudicium rescindens”. Procedência da ação rescisória. “Iudicium rescisorium”. Anulação dos atos decisórios na ação subjacente. Verba honorária. Sem condenação.

AR 5007010-58.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Delgado 366

Execução Fiscal. Penhora “on line”. BACENJUD. Impenhorabilidade. Artigo 833, X, do CPC. Montante de até quarenta salários mínimos. Cadernetas de poupança, conta corrente, fundos de investimento ou papel-moeda.

AI 5009601-90.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 381

Execução de título extrajudicial. Bloqueio de valores via BACENJUD. Verba de natureza alimentar. Salário. Transferência entre contas. Impenhorabilidade.

AI 5026765-68.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci dos Santos 385

Embargos à execução. Excesso de execução. Existência. Cálculo do contador judicial. Juros de mora e correção monetária. Lei nº 11.960/2009.

ApCiv 5030109-33.2018.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto 387

Conflito Negativo de Competência. Previdenciário. Juízo de Direito de Nova Andradina/MS x Juízo Federal de Ponta Porã/MS. Mudança de domicílio no curso da demanda. Princípio da “perpetuatio jurisdictionis” (art. 43 do CPC). Competência do Juízo de Direito suscitado.
CC 5005649-69.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 392

Cumprimento de sentença. Agravo de Instrumento. Execução invertida. Rito empregado nas ações previdenciárias. Princípios da economia e celeridade processual.
AI 5007425-07.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Gilberto Jordan 394

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Crime ambiental. Pesca predatória. Rio interestadual. Dano local. Competência da justiça estadual.

RSE 0000543-81.2018.4.03.6004

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 399

Recurso em Sentido Estrito. Tráfico internacional de drogas. Substituição da prisão preventiva por domiciliar. Habeas Corpus Coletivo 143.641/ STF.

RSE 0002184-50.2018.4.03.6119

Desembargador Federal Maurício Kato 407

Fraude na obtenção de financiamento bancário. Programa minha casa minha vida. Ausência de ofensa ao sistema financeiro nacional. Crime de estelionato. Competência da vara comum. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Ausência de requisitos.

RSE 0000066-07.2019.4.03.6139

Desembargador Federal Paulo Fontes 411

DIREITO TRIBUTÁRIO

Mandado de Segurança. Compensação. IRPJ e CSL. Alteração promovida pela Lei nº 13.670/2018. Anterioridade e irretroatividade.

ApReeNec 5002972-06.2018.4.03.6110

Desembargador Federal Fábio Prieto 417

Mandado de Segurança. Reoneração da folha de pagamento. Lei nº 13.670/2018. Segurança jurídica. Manutenção do regime durante o exercício fiscal em curso. Confiança que deve emergir do estado.

ApReeNec 5006301-50.2018.4.03.6102

Desembargador Federal Hélio Nogueira 420

Emenda Constitucional nº 33/2001. SESI. SENAI. Artigo 240 da CF. SEBRAE. Sistema S. Artigo 149, III da CF.

AI 5009750-52.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Wilson Zauhy 425

SENTENÇAS

Declaração de inexistência de relação jurídica. Empresas abertas indevidamente em nome dos autores. Constituição das pessoas jurídicas eivadas de vícios. Atos praticados pelos fraudadores perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo. Transtornos, prejuízo e consequências negativas às suas vidas pessoal e funcional. Nulidade das inscrições na dívida ativa em nome dos autores. Regularização da situação cadastral.

0005352-29.2009.4.03.6005

Juíza Federal Caroline Scofield Amaral 431

Ação Penal. Transpetro. Derramamento de óleo no canal de São Sebastião.

0000019-21.2014.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 437

Ação de Improbidade Administrativa. Auditor Fiscal da Receita Federal. Aquisição de bens em valores desproporcionais à sua renda. Gerência e administração de três empresas. Enriquecimento ilícito. Perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

0022691-31.2014.4.03.6100

Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques 464

Embargos de Declaração. Efeitos da decisão liminar. Indisponibilidade dos bens. Redução do valor da condenação.

0022691-31.2014.4.03.6100

Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques 474

Embargos à Execução. Operadora de telefonia. Imposto de Renda Retido na Fonte. Inexigibilidade do crédito tributário. Isenção tributária. Regulamento de Melbourne. Remessas de dinheiro ao exterior a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas no exterior para completar a ligação internacional originada no Brasil.

0063507-66.2015.4.03.6182

Juiz Federal Roberto Lima Campelo 476

Ação Penal. Crimes de lesão corporal (art. 129), restrição de liberdade mediante cárcere privado (art. 148, § 1º, I) constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal). Perito nos autos da Reclamatória Trabalhista.

0007612-78.2016.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 483

Pensão por morte. Falecimento de suposta companheira. União homoafetiva. Prova exclusivamente testemunhal.

5001327-52.2017.4.03.6183

Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port..... 498

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região..... 511

*Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª
Região 515*



Artigos Doutrinários

O recurso especial e a questão de direito e de fato – Súmula 7/STJ



Cecilia Maria Piedra Marcondes

Desembargadora Federal. Ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO: Este artigo tem como escopo o exame de pressupostos de admissibilidade do recurso especial, dando-se enfoque à análise da questão de fato e da questão de direito, com base no ditame estabelecido pela Súmula 7/STJ, bem como tem como objetivo investigar a diferença entre as duas questões para fins de cabimento do recurso especial.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso especial. Admissibilidade. Superior Tribunal de Justiça. Questão de fato. Questão de direito. Súmula 7/STJ.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine the analysis of “matters of fact” and “matters of law”, based on what is said by Summary 7/STJ, and investigate the difference between two issues for the purpose of fitting the special appeal.

KEYWORDS: Special appeal. Admissibility. STJ. Matters of fact. Matters of law. Summary 7/STJ.

SUMÁRIO. Introdução. O recurso especial no Direito brasileiro. Recurso especial – reexame de provas. Referências.

Introdução

O mote do desenvolvimento do processo representa a prestação jurisdicional executada com eficiência, de sorte a garantir ao jurisdicionado o direito ao acesso ao Judiciário, com o ajuizamento da ação, impondo às partes, ônus e obrigações durante o curso do processo, com a solução do conflito em um prazo razoável, bem como com a observância do princípio do devido processo legal, para a adequada aplicação da lei.

O fator celeridade, no entanto, está atrelado ao vetor eficiência e efetividade na prestação jurisdicional, tese reforçada pelos ditames do CPC/2015, e prestigiada pela taxatividade das hipóteses de matéria passível de recurso especial, tendo como escopo reduzir o tempo de duração do processo.

Assim, resta às partes, o cumprimento de ônus e exigências estabelecidos pela lei para a prática de atos no processo. Desta feita, para a interposição dos vários recursos previstos no ordenamento jurídico, as partes estão sujeitas a pressupostos de admissibilidade, gerais ou específicos.

O recurso especial no Direito brasileiro

Pois bem, passando pela história do Poder Judiciário, diante do elevado e invencível número de recursos extraordinários distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, muitas vezes instado como terceira instância recursal, o Poder Constituinte eleito para a elaboração da Constituição Federal de 1988, após muitas discussões, cindiu a competência da Suprema Corte para julgamento dos recursos excepcionais, bipartindo, assim, o antigo recurso extraordinário, reservando ao Supremo Tribunal Federal apenas o julgamento de recursos sobre as matérias de índole constitucional e criando o Superior Tribunal de Justiça, previsto no artigo 105, inciso III, da Lei Maior, com a missão de julgar os

recursos que versavam sobre a aplicação de leis federais, daí o surgimento do recurso especial.

O artigo 105 da Carta Constitucional de 1988 estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça e, dentre suas atribuições destaque, para os fins deste artigo, o disposto no inciso III, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[...]

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,¹ o “recurso especial representa verdadeiro instrumento de censura, destinado mais a manter a coerência e unidade do sistema jurídico federal, do que reparar a injustiça cometida no julgamento proferido pela instância subalterna”.

Portanto, com essas considerações, conclui-se no sentido de que é função do Judiciário o controle de seus atos, passando pelo seu crivo, o erro na aplicação do direito em dar a situações idênticas tratamento diferente, já que não há discricionariedade do juiz ao proferir decisões.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Efeito devolutivo do recurso especial. Tipicidade e possibilidade jurídica. Teoria da asserção. Retorno do processo ao tribunal “a quo” para julgamento do mérito. In: NUCCI, Guilherme de S.; MOURA, Maria Thereza R. de Assis (Orgs.). *Doutrinas essenciais: processo penal*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 667.



É evidente que, em muitas oportunidades, o julgador terá certeza da ocorrência dos fatos demonstrados pela produção de provas realizada pelas partes, ensejando segurança na aplicação da lei; assim como, em outras ocasiões, haverá dúvidas quanto à forma pela qual ocorreram os fatos, dificultando a solução da lide.

É certo que a adequação da aplicação da lei dependerá do exato conhecimento a respeito da situação fática, já que a qualificação jurídica inadequada implicará consequências jurídicas desacertadas, o que representa situação de afronta ao direito, entretanto tal hipótese será irrelevante ao recurso especial, vez que é importante, nesta fase do processo, a coerência e unidade do sistema jurídico.

Isto quer dizer que, se nos recursos ordinários há preponderância do interesse individual das partes, no recurso especial, ainda que haja como condicionante o interesse individual das partes, predomina o interesse superior da legalidade, nas palavras de Mancuso².

Cabe desta feita, por meio dos recursos extraordinários, entre eles o recurso especial, consertar erros na aplicação do direito pelo magistrado.

Pois bem, para a admissibilidade do recurso especial, além dos pressupostos gerais, aplicáveis a todos os recursos, no caso deste recurso, há pressupostos específicos que devem ser cumpridos.

Vê-se, portanto, que, para viabilizar o conhecimento do recurso especial, além dos pressupostos gerais previstos na legislação processual pátria aplicáveis a todos os recursos, devem ser observados, também, os pressupostos específicos, estabelecidos pela Constituição, para sua admissibilidade.

Assim, constitui pressuposto de admissibilidade do recurso especial: a existência de uma decisão em uma causa, proferida por tribunais inferiores, em único ou último grau, onde a matéria de fato e de direito foram analisadas; existir uma questão federal sobre a qual versa a decisão recorrida, e que sobre ela tenha havido o prequestionamento, ou seja, haja o tratamento do tema pela decisão recorrida, vez que somente se revisa o que

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

foi decidido; deve o prequestionamento estar intimamente relacionado como tema de efeito devolutivo do recurso especial, que é limitado, vez que há a impossibilidade de revisão das provas que instruíram o feito.

Desta forma, representa uma questão de relevância entender a extensão da revisão destes recursos excepcionais, na medida em que o objeto de cognição não é ilimitado como pode ocorrer no caso dos recursos ordinários, restando reduzido aos lindes da matéria jurídica.

E, pergunta-se: o que levou a limitação da matéria a ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça?

Nos idos dos anos 1990, portanto logo após a criação do Superior Tribunal de Justiça, os ministros perceberam que a Corte em breve se tornaria uma terceira instância, razão pela qual a Corte editou a Súmula 7, segundo a qual “a pretensão de simples reexame

de prova não enseja recurso especial”, cuja aplicação restringiu o conhecimento do recurso especial, impossibilitando o julgamento do mérito da questão. Verdadeira cláusula de barreira imposta com o escopo de obstar a admissão de recursos especiais destinados a reexaminar matéria fática já enfrentada pelos tribunais de apelação.

Nos anos que se seguiram, os julgados do STJ passaram a enfrentar questões relacionadas à prova, não quanto ao seu reexame, vedado pela Súmula 7, mas à sua valoração, esclarecendo, assim, essa necessária distinção, porquanto não se poderia impedir o conhecimento do recurso especial interposto com o objetivo de rever decisão violadora dos preceitos legais relacionados à produção da prova quando, por exemplo, a decisão objurgada estiver fulcrada em prova ilícita ou que tenha admitido a produção de determinada prova quando a legislação processual determina o cabimento de outra.



Recurso especial – reexame de provas

Dessarte, com vista ao cumprimento do princípio da celeridade e da efetividade do processo, observa-se reforçado o vetor axiológico no sentido de não se apreciar as provas como subsídio, produzido pelas partes, formador de convicção do julgador.

Com esta afirmação, conclui-se, como já afirmado, que, por pertencer à classe dos recursos excepcionais, objeto de cognição do recurso especial é restrito, portanto, não é amplo como acontece com os recursos comuns, estando, por isso, vinculado à matéria de direito.

Desta feita, é vedado o reexame de matéria de fato, uma vez que esta já foi dirimida nas instâncias inferiores, vez que se parte do princípio de que os julgadores das instâncias ordinárias estão mais aptos para a verificação das especialidades e peculiaridades vislumbradas nos fatos, assim, já está dirimida a subsunção do fato à norma.

Repita-se, os recursos excepcionais não estão afetos à mera revisão de matéria fática, daí os argumentos apresentados nos referidos recursos devem estar fundados na subsunção do fato à norma para a correta aplicação da lei nas decisões judiciais, com o que se busca a segurança jurídica e a igualdade de todos perante a lei.

A revisão da matéria fática deve ser objeto de apelação, na medida em que este tipo de recurso se caracteriza em razão da amplitude do efeito devolutivo. Enquanto que o recurso especial está voltado à readequação do julgado aos parâmetros do direito federal, portanto, permanecendo no plano do direito, os recursos ordinários estão voltados à análise das questões de fato, em que é possível o reexame das provas, bem como à análise das questões de direito, onde é cabível o reexame do contraste entre a decisão recorrida e o dispositivo legal aplicado.

A justificativa se concentra no fato de que, sendo possível o reexame da matéria fática, estar-se-ia diante de uma terceira instância, colocando o recurso especial na categoria de recurso ordinário; retirando dele, por consequência, a característica de excepcionalidade, cujo objetivo é preservar a aplicação adequada da lei federal e, de modo indireto, resguardar a situação individual.

Além do mais, o processo precisa ter fim, já que a falta de uma resposta definitiva pelo Judiciário, para dirimir conflitos, implica insegurança jurídica, além de que, respostas tardias levam à ineficácia do Poder Judiciário.

Deve ser ressaltado que a intensa formalidade do processo, com os avanços decorrentes de implementação de normas carregadas de complexidade, muitas vezes, leva o processo a se afastar de sua função, qual seja, o meio para a solução de conflitos.

Uma das dificuldades decorrentes da complexidade das normas jurídicas processuais vem a ser a morosidade do Judiciário, muito embora, diga-se de passagem, não é a única causa da lentidão do Judiciário.

Entretanto, a referida morosidade está atrelada aos instrumentos que estão a sua disposição, uma vez que o magistrado está adstrito às normas processuais que estabelecem os atos que devem ser praticados quando e de que forma, e tal lentidão leva, como já se disse, a uma resposta judicial intempestiva, que, no fim das contas, cria um desprestígio ao próprio Judiciário.

Assim, deve também ser destacado que a causa da referida morosidade não são atos estabelecidos pelos julgadores, mas atos normativos que regem o sistema processual, além de outros fatores, como o caso do elevado número de demandas ajuizadas.

O fato de o recurso especial ter o objeto de cognição limitado, vinculado à matéria de direito, diferentemente dos recursos comuns, parece, à primeira vista, uma indagação bastante simples; porém, esta investigação

é carregada de alta complexidade, visto que, muitas vezes, a distinção entre questão de direito e questão de fato não é de fácil conclusão.

Assim, a discussão a respeito da matéria a ser apreciada pelo recurso especial vem de longo tempo, e representa uma das questões mais árduas da doutrina e jurisprudência: a diferenciação entre matéria de fato e matéria de direito.

O embaraço está no fato de se definir conceitos amparados na funcionalidade e na percepção daquilo que se declara a partir destes conceitos, vez que há dificuldade em distinguir com clareza o que vem a ser matéria de direito e o que pode estar inserido no conceito de matéria fática, na medida em que há a integração do objeto tridimensional, onde se encontram o fato, o valor e a norma.

Cabe, pois, ao recorrente estabelecer os contornos à extensão de seus argumentos e fundamentação na interposição do recurso, de modo que não se ultrapasse a matéria que diz respeito à aplicação da lei, limite da discussão.

O problema que surge, com relação a este pressuposto específico, consiste em obter a exata compreensão do significado de matéria de fato e de matéria de direito, tendo em vista que estes dois elementos estão vinculados entre si.

E o mister deste trabalho vem a ser firmar conceitos e observações doutrinárias que possam levar à distinção entre questões de fato e questões de direito, de maneira que seja possível distinguir e delimitar o objeto de revisão pelo referido recurso.

Portanto, é em decorrência desta instrumentalidade do processo que a doutrina e a jurisprudência devem caminhar para que se consiga atingir uma situação de estabilidade do processo para alcançar a agilidade e efetividade do processo com características mais simples e destituído de excesso de forma.

Levando-se em conta o objeto de cognição da forma como ele é, conforme já foi

destacado por Mancuso,³ citando Chioven-da, questão de fato “consiste em verificar se existem as circunstâncias baseadas nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos, a questão de direito consiste em focar, primeiramente, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata”.

Porém, deve ser observado que a distinção entre matéria de fato e matéria de direito não é tão simples assim, vez que não há uma divisão estanque entre estas duas questões, de fato e de direito; ademais, há necessidade de se ter cautela no sentido de que não seja formulada uma construção doutrinária que afaste, sobremaneira, o real do conceitual.

Desta afirmação pode-se concluir que não se deve focar unicamente em demonstrar um sistema processual civil como um modelo racionalista, indicando de forma fria e pontual o modo pelo qual tal modelo influi nas questões processuais.

Este sentir é de relevante importância, uma vez que o processo nunca se afasta do real, já que a decisão judicial retorna à realidade, e o distanciamento apontado pode dar ensejo a uma modificação indesejável do mundo real.

Ademais, com relação à separação entre fato e direito, não há de se olvidar que o Direito, como ciência de cognição, existe no fato, hermeneuticamente interpretado.

É verdade que há hipóteses em que não existem dúvidas sobre a impossibilidade do cabimento do recurso especial, vez que a conclusão a que se chega não gera dificuldade, e nestes casos estão inseridas todas as circunstâncias em que haja necessidade de dilação probatória. Da mesma forma, existem situações que são claramente casos de discussão do direito.

Basicamente, a matéria não conhecida pelo recurso especial é aquela cuja análise

3 *Ibidem*, p. 163

levaria ao reexame de fatos discutidos no feito, como já se disse, vez que representa elemento de livre convicção do juiz que avalia os subsídios trazidos pelas partes.

Entretanto, a conclusão no sentido de se saber de que tipo de questão se está diante não é tão simples, pois se observa, da análise da doutrina e da jurisprudência, que a forma de se apreender se cabe ou não o recurso especial, no caso concreto, é verificando se há predominância do aspecto fático ou do jurídico.

O Código de Processo Civil de 2015 tratou do recurso especial, bem como do recurso extraordinário, instrumentos criados pelo legislador constitucional, com algumas modificações em comparação ao códex anterior, porém tímidas, estabelecendo ao recorrente o dever de observância do disposto no artigo 318 e no artigo 1029, incisos I e II, sem, contudo, enfocar o ditame da Súmula 7/STJ. Entretanto, estabelece, como não podia deixar de ser, que a inadequação da aplicação da lei federal, no caso concreto, é o escopo do recurso especial.

Nos termos da Súmula 7/STJ, no recurso especial, é vedado o reexame da matéria de fato do seu âmbito de conhecimento o que levaria ao revolver as provas produzidas no processo.

Esta súmula, na realidade está imbricada com outras súmulas emanadas do Supremo Tribunal Federal, que tratam, de modo específico ou genérico, da impossibilidade de cabimento de revisão de matéria de fato.

Assim, o Supremo Tribunal Federal dita na Súmula 279 que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, tendo como corolário, a Súmula 454 que estabelece: “simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”, vez que, neste caso, o julgador deverá interpretar a vontade das partes, o que implica rever matéria de fato.

Todavia, mister se faz ressaltar que, no caso de se interpretar uma cláusula contratual de modo contrário à norma jurídica, dando ensejo à ofensa legal, será possível o conhecimento do recurso especial, uma vez que se trata de infração à norma jurídica, nos termos ao artigo 105, inciso III, alínea “a”, do Texto Maior.

Logo, o ponto fulcral da questão não é interpretação da cláusula contratual, mas a afronta à lei federal.

Da mesma forma, cabe a análise do recurso especial, quando se tratar de discussão relativa à validade de cláusula contratual, também porque se discute a aplicação da lei.

Nota-se que os contratos seguem parâmetros estabelecidos por lei, e por outro lado, os ditames destes atos normativos precisam ser respeitados.

Portanto, sempre que for necessária a análise de cláusulas contratuais de modo a ensejar o reexame de provas, para a apuração da vontade das partes, ter-se-á uma questão de fato e não de direito.

Não obstante, nas hipóteses em que o exame da cláusula contratual for indispensável para a qualificação jurídica do negócio jurídico ajustado, estar-se-á diante de questões de direito, vez que tal exame é imprescindível para a conclusão no que tange à exata incidência legal, isto porque a qualificação jurídica de uma vontade é questão de direito, na medida em que especifica que lei incidirá sobre o fato discutido e se foi observado o princípio da legalidade.

Não se trata, pois, de reexame da matéria fática, mas sim de valoração, ou qualificação de uma situação fática com base no conhecimento da lei e do ordenamento jurídico.

Trata-se de ponderação, isto é, de valoração da situação fática. Não tem relação com a demonstração de ocorrência ou não de fatos ou de demonstração de prática ou não de atos. Estes são incontroversos.



Assim, se de uma valoração dos fatos implicar a aplicação errônea da lei, ou seja, se o juiz aplicar lei equivocada, deixar de reconhecer a validade de um ato ou fato, ou houver engano quanto ao significado de uma norma jurídica, caberá a revisão da decisão judicial por meio do recurso especial, com o escopo de assegurar a uniformidade das decisões judiciais, o que representa, pois, uma questão federal.

Desta feita, destaca-se a possibilidade de se cotejar as provas, sem, contudo, reexaminá-las. Cumpre, conseqüentemente, ter consciência da diferença entre reexame e reavaliação das provas, que se encontram em planos distintos.

Com estas ponderações, arremata-se no sentido de que o reexame da prova é incabível na esfera do recurso especial, ou seja, o mero reexame das provas que o magistrado apreciou de acordo com o seu livre convencimento, já que não se admite a formulação de nova convicção dos fatos.

O conceito de reexame diz respeito, portanto, à ideia de convicção resultante das provas apresentadas pelas partes.

Assim, é preciso distinguir reexame de provas da verificação da ilicitude da prova, do exame da qualidade da prova para a validade do ato, da apuração do ônus da prova, bem como da sua idoneidade, além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos discutidos.

Este procedimento representa a valoração da produção probatória e não o revolver das provas.

Cabe ser destacado que, no procedimento da valoração da prova, podem ocorrer duas situações na via recursal, quais sejam, a Corte Superior pode, mantendo o entendimento proferido pelo Tribunal “ad quo” no que tange às provas apresentadas, requalificar os fatos comprovados na instância ordinária; ou o Tribunal Superior pode, examinando o feito, analisar a possível violação dos

dispositivos legais que regem a produção de provas, isto é, examinar se houve afronta às normas legais que disciplinam a forma da produção probatória.

A valoração das provas é permitida no recurso especial, pois representa verificar a desobediência da norma que determina a relevância que a prova deve ter no caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça deve analisar a escolha equivocada da prova produzida nos autos, quando altera a carga valorativa, de forma que se verifique se foi ignorada prova importante de modo a se dar credibilidade desacertada à prova oferecida, que, nos termos do ditame legal, é irrelevante, por si, ou em comparação com outras provas apresentadas em juízo, assim como se foi insuficiente a prova produzida, quando incompleta a produção de prova, o que leva à inadequação da qualificação dos fatos.

Em outras palavras, viabilizada a análise do recurso especial, se o fundamento do recurso estiver calcado na aplicação inadequada dos atos normativos disciplinadores da produção da prova, o que se observa quando a decisão estiver fundada em prova não permitida, ou for confundida a prova ilícita com aquela produzida por meios ilícitos ou ainda quando houver afronta às normas que disciplinam o ônus da prova, assim como quando não forem observadas as formalidades necessárias para a eficácia do valor probante dos meios produzidos, ou também de sua admissibilidade, o que nos remete à análise da adequada aplicação da lei, quer dizer, a controvérsia gira em torno do direito e não da prova.

Neste contexto, a primeira etapa do raciocínio do juiz já estará realizada, isto é, o magistrado já terá extraído os fatos relevantes para a análise do conflito, e caberá, nesta segunda fase do seu raciocínio, verificar a exata compreensão da norma jurídica a ser aplicada.

A situação que se analisa é a inadequada ou errônea observância do direito ou negativa de vigência da lei no que diz respeito à forma de qualificar a produção de provas.

Estar-se-ia diante de uma situação em que o recurso especial está voltado ao exame única e exclusivamente no sentido de saber se houve ou não a adequada aplicação da lei infraconstitucional. Obviamente, não existindo lei que vede ou discipline determinados meios de prova, não estando expressos os critérios legais da respectiva valoração, não há que se falar em conhecimento do recurso, pois não há o que se apurar no que tange à existência ou não de infração normativa de regência de produção probatória.

No caso de valoração das provas, está-se diante de análise da força probatória, enquanto que o mero reexame da prova consiste na análise do objeto da prova.

Desta feita, são os atos normativos que devem ser objeto de revisão no recurso especial. Neste aspecto, também devem ser apreciados os chamados conceitos vagos ou indeterminados, nos quais são utilizadas expressões de múltiplos sentidos ou de várias interpretações dependendo das correntes ideológicas, tais como, interesse público, bom pai de família, Estado Social de Direito etc.

Nas palavras de Barbosa Moreira, citado por Teresa Arruda Alvim Wambier,⁴ a interpretação de um conceito vago, que faz com que o julgador se valha frequentemente de regras da experiência, é assunto que, por vezes, se confunde com questão de fato.

O importante nesta questão é a atuação do intérprete e aplicador da lei, que deverá se ater à consciência social, já que este critério representa o elemento que influenciará na decisão judicial, pois é o que serviu de parâmetro para o legislador.

4 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através de recurso especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 439.

A errada interpretação tendente a concretizar o tipo normativo deve ser revista pelo recurso especial, já que representa tal atitude afronta à lei infraconstitucional.

Nestes casos, tem-se que a interpretação do conceito básico implica um papel exemplificador, de forma que, por meio do recurso especial, servindo-se de critério imperativo, reexamine conceitos indeterminados, corrigindo as interpretações equivocadas, assim como, uniformizando seu entendimento e aplicação aos casos concretos.

Por outro lado, deve ser acentuado um fato relevante, qual seja, não será passível de análise toda e qualquer decisão que trate de valores. É evidente que não cabe o conhecimento de decisões cujos valores sejam casuísticos, mas sim, serão examinadas, por meio de recurso especial, decisões que levem em seu bojo valores relevantes para o ordenamento jurídico.

Portanto, as consequências da revisão não de ser transcendentais à situação das partes.

O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para se concluir se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, o que cabe às instâncias inferiores, insuscetível será de revisão em recurso especial.

Em contrapartida, embora o recurso especial tenha fundamentação vinculada às questões de direito, é evidente que os fatos serão constitutivos do pedido do recorrente, assim como as razões de direito serão apresentadas para a formulação da irresignação do recurso.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁵ afirma a possibilidade de se subdividir as questões jurídicas em predominantemente fáticas e questões predominantemente de direito no sentido estrito, com base em dois critérios distintos, o ontológico e o técnico-processual.

Por meio do critério ontológico ou substancial, a distinção será analisada com base no que é essencial e fundamental da questão, ou seja, com base no seu “ser”.

Pois bem, interessante é a colocação que a referida jurista faz no sentido de que, se a função do recurso especial é essencialmente a correção de ilegalidades, dando aos fatos a adequada aplicação da lei, havendo qualificação inadequada ou errônea da lei, importa a revisão da matéria por meio do recurso especial.

Contudo, sob o aspecto técnico-processual, estar-se-ia diante de uma questão de fato, muito embora, sob o aspecto ontológico, fosse de direito.

Em razão disso, Vicente Greco Filho⁶ assevera que o recurso especial somente será admissível se o seu fundamento estiver vinculado à matéria de direito, não cabendo a interposição do referido recurso se o erro imputado ao acórdão recorrido decorrer de má apreciação das provas, ou seja, da matéria de fato.

O CPC não trata da matéria pela dificuldade e complexidade de sua definição, daí a necessidade de se examinar a matéria caso a caso, sendo que a doutrina vem explorando o tema, de forma a definir a oportunidade para a revisão das questões por meio do recurso especial.

A solução deve estar vinculada à ideia de que o reexame deve ser realizado caso a caso, impossibilitando ou sendo insuficiente a adoção de um modelo metodológico. Ademais, trata-se de situação dinâmica, impondo revisões de entendimentos e visões.

Portanto, as decisões que estabelecem a distinção entre questão de fato e questão de direito não seguem apenas um modelo de metodologia, o que existe é a previsibilidade decisória em muitos casos e imprevisão total

5 *Ibidem*, p. 449.

6 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 336.

em outros, dependendo da visão realista da matéria; contudo, deve ser ressaltado que a visão do caso pode ser eficaz sob o aspecto da descrição, porém, não sob o aspecto da determinação estabelecida legalmente, ou seja, sob o ângulo do preceito normativo.

Até porque o processo vem a ser um sistema teleológico que encontra a base em suas orientações, daí a impossibilidade de haver imposição não flexível para a definição das questões como sendo de fato e de direito, vez que os conceitos se renovam com o passar do tempo e com as alterações dos valores.

Por isso é possível ao intérprete ou ao juiz que se baseie em determinados critérios metodológicos a cada instante, o que impossibilita, por si, conclusões definitivas, e muito menos, de modo engessado, regradas pelos atos normativos, tendo em vista que a alteração de jurisprudência deriva da cultura e dos valores adotados em determinado momento da sociedade pulsionada por discursos sociais.

Em razão disso, a necessidade, por via de consequência, de ser fundamentada a decisão para se saber o critério adotado.

O caráter instrumental do processo deve induzir à conclusão de que o processo deve ser simples, claro, tendo em vista o fato de o processo se trata de meio para a aplicação do Direito nos conflitos apresentados pelas partes, cujo escopo vem a ser também a uniformidade da jurisprudência, assegurando que uma norma jurídica seja sempre aplicável a determinada situação fática, verbalizando a vontade da lei, isso porque toda norma jurídica tem significado, cabendo ao julgador declará-lo.

O juiz não cria o Direito, assim como procede sem escolha subjetiva ou pessoal, aplicando o Direito de forma dedutiva ao fato.

Tão importante como o objeto analisado é o ponto de vista de quem o examina, e, como intérprete, o juiz procede a investigação formulando construções jurisprudenciais, criando e recriando definições pragmáticas de

conceitos jurídicos, entre eles, de questões de fato e questões de direito, levando em conta a participação das partes, com apresentação de suas defesas.

Referências

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DANTAS, B.; WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. v. 1 a 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Efeito devolutivo do recurso especial. Tipicidade e possibilidade jurídica. Teoria da asserção. Retorno do processo ao tribunal “a quo” para julgamento do mérito. In: NUCCI, Guilherme de S.; MOURA, Maria Thereza R. de Assis (Orgs.). *Doutrinas essenciais: processo penal*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil* - art. 976 ao 1044. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ - teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

ROSAS Roberto. *Direito sumular – comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Doutrina Nacional. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

A nomeação dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – reflexão sobre a nomeação dos Ministros do STF



José Antonio Farah Lopes de Lima

Professor Escola Superior do Ministério Público Estado de São Paulo. Doutor em Direito – Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne.

RESUMO: Tendo em vista a importância das Supremas Cortes nas sociedades ocidentais, bem como o papel de cada um de seus membros, será analisado o procedimento de nomeação dos Ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos, com a finalidade do operador do Direito no Brasil ter uma ferramenta de comparação – e de reflexão – sobre o processo de nomeação dos Ministros do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Nomeação. Suprema Corte. Estados Unidos. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Equilíbrio entre os três Poderes.

ABSTRACT: Considering the importance of the Supreme Courts in the western societies, it will be analyzed the proceedings for the nomination of the Supreme Court ministers in the USA, in order to provide – for Brazilian jurists – a comparative and reflexive tool about the nomination process regarding the STF ministers in Brazil.

KEYWORDS: Nomination. Supreme Court. U.S.A. Federal Court of Justice. Judicial Power. Balance between the three Powers.

SUMÁRIO: 1. A Suprema Corte como guardiã da Constituição norte-americana. 2. Nomeação dos ministros da Suprema Corte. 3. Controvérsia atual – o caso Kavanaugh x Blasey Ford. 4. Conclusão. Referências.

1. A Suprema Corte como guardiã da Constituição norte-americana

Qual a relação entre o Direito e a Suprema Corte? “Justiça equânime sob o Direito” – estas palavras, escritas logo na entrada do edifício da Suprema Corte, expressam a maior responsabilidade da Suprema Corte norte-americana. A Suprema Corte é o tribunal mais elevado na hierarquia jurisdicional dos EUA para todos os casos judiciais sob a influência da Constituição e/ou das leis norte-americanas. Como árbitro final do Direito, a Corte assegura ao povo americano a promessa de justiça equânime para todos sob o Direito e, como consequência, funciona como guardiã e intérprete da Constituição norte-americana.¹

A Suprema Corte é “peculiarmente americana em conceito e em função”, de acordo com o ministro Charles Evans Hughes. Poucas Cortes no mundo têm a mesma autoridade de intérprete constitucional e nenhuma tem exercido este papel com a mesma influência do que a Suprema Corte norte-americana. Um século e meios atrás, Alexis de Tocqueville observou a posição única da Suprema Corte na história das nações quanto à sua jurisprudência, ou seja, a Suprema Corte servia de referência para o mundo inteiro sobre o que seria realmente uma Corte com o figurino de um intérprete constitucional. Para Tocqueville, o sistema representativo de governo tinha sido adotado por vários países no mundo inteiro, mas ele desconhecia uma nação com um Poder Judiciário tão forte e organizado como aquele dos Estados Unidos. Um Poder Judiciário tão influente nunca havia sido constituído por outros povos.²

Esta posição única da Suprema Corte é fundamentada, sobretudo, pelo profundo compromisso que o povo americano tem com o Estado de Direito e com o governo constitucional (ou seja, governo subordinado à Constituição e não um governo de natureza absolutista). Assim, os Estados Unidos têm demonstrado forte determinação em preservar e proteger sua Constituição escrita, proporcionando ao povo americano uma experiência democrática baseada na Constituição escrita mais antiga do mundo.³

A Constituição norte-americana é um documento jurídico que procura o equilíbrio entre as diversas forças políticas existentes. Foi projetada para possibilitar ao governo federal força suficiente para atender as necessidades da República, mas também limitando esta mesma força para apenas proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Isto permite um equilíbrio entre a necessidade da sociedade por ordem e o direito individual à liberdade. Com esta finalidade de busca de equilíbrio, os fundadores da Constituição criaram três independentes forças de governo (Poderes), Executivo, Legislativo e Judiciário. Pode-se afirmar a genialidade do sistema americano de governo, considerando-se que a Constituição norte-americana tem proporcionado um governo democrático por mais de dois séculos.⁴

O papel complexo da Suprema Corte neste sistema consiste em sua autoridade para invalidar legislação ou ações/políticas do Executivo que, de acordo com o julgamento/interpretação da Corte, conflitam com a Constituição. Este poder de revisão judicial (controle de constitucionalidade) proporciona à Corte uma enorme responsabilidade na proteção dos direitos individuais, bem como na manutenção de uma “Constituição viva”, cujas prescrições são continuamente aplicadas

1 ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy in the USA*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007.

2 LERNER, Max. *Nine scorpions in a bottle: great judges and cases of the Supreme Court*. Richard Cummings Ed. New York: Arcade, 1994.

3 ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1991.

4 ANASTAPLO, George. *The Constitution of 1787: a commentary*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1989.



sobre as novas situações sociais e/ou individuais (direito ao aborto, cotas raciais, porte de armas, conflito entre União e Estados, etc.).⁵

A função de revisão judicial da Suprema Corte não está expressa claramente na Constituição. Todavia, antes de 1789, Cortes estaduais invalidaram atos legislativos em conflito com as Constituições Estaduais. Além disso, muitos dos Pais Fundadores dos EUA tinham a expectativa de que a Suprema Corte assumisse este papel em relação à Constituição Federal. Alexander Hamilton e James Madison, por exemplo, destacaram a importância da revisão judicial em diversos escritos sobre a Federação, defendendo a urgência na adoção deste papel para bem cumprir o papel de guardião da Constituição.

Para Hamilton, através da revisão judicial, a Suprema Corte assegurava que a vontade do povo como um todo, expressa na Constituição, iria prevalecer sobre a vontade da legislatura, cujas normas podem expressar uma vontade temporária de apenas uma parte da população. Já Madison defendeu que o papel de intérprete constitucional deveria ser atribuído a juízes independentes,

ao invés de ser deixado para o tumultuado e conflitivo processo legislativo. Com outras palavras, o papel de intérprete constitucional deveria ser atribuído a um Tribunal e não ao Parlamento. Se toda questão constitucional fosse ser decidida dentro de um contexto eminentemente político (e não jurídico), a Constituição seria reduzida a um campo de batalha entre diversas e conflitantes facções políticas, fragmentada por paixões políticas e espírito partidário.⁶

O poder de revisão judicial da Suprema Corte veio em 1803, estabelecido pelo ministro chefe John Marshall no caso “Marbury v. Madison”. Nesta decisão, Marshall afirmou que a responsabilidade da Suprema Corte em invalidar legislação considerada inconstitucional era uma consequência necessária de sua função maior de proteger a Constituição. Esta função principal não poderia ser cumprida de outra maneira. Ele declarou que “era território do Poder Judiciário dizer o que é a lei (seu sentido)”.⁷

Em termos retrospectivos, fica evidente que o papel de interpretação da Constituição era necessário, pela própria natureza da mesma. Os Pais Fundadores escreveram a Constituição utilizando termos genéricos, deixando para futura elaboração/interpretação quando aparecessem casos novos, ou seja, situações naquela época não previstas. Marshall notou que, caso fosse a Constituição norte-americana muito detalhada, ela se perderia na prolixidade de um código jurídico e não seria aprendida/incorporada pelo intelecto humano. Assim, este documento maior requeria o registro escrito das linhas gerais, dos princípios, daquilo realmente mais importante para a construção da nação, deixando-se os detalhes para normas posteriores e

5 CURRIE, David P. *The Constitution in the Supreme Court – the first hundred years, 1789-1888*. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

6 WIECEK, Willian. *Liberty under law: the Supreme Court in american life*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1988.

7 SORENSON, Leonard. *Madison on the general welfare of America*. Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 1981.

subordinadas ao seu espírito principiológico.⁸

Os ministros da Suprema Corte precisam exercer uma discricionariedade considerável ao decidir quais casos serão ali julgados, pois a cada ano mais de dez mil casos cíveis e criminais são encaminhados à Suprema Corte pelas Cortes estaduais e federais. Também vale lembrar que a Suprema Corte tem jurisdição originária em um número pequeno de casos envolvendo conflitos entre Estados ou entre a União e um Estado da Federação.

Marshall expressou o desafio que os ministros da Suprema Corte têm diante de si quanto à manutenção de um governo democrático: “Não podemos esquecer que estamos interpretando a Constituição, documento feito para durar por muitos anos e, consequentemente, ser adaptada às várias crises dos problemas humanos”.⁹

Tendo feito uma apertada síntese do papel da Suprema Corte como guardião da Constituição norte-americana, e o desafio vivenciado por seus nove ministros, no próximo tópico explicaremos o sistema de indicação/nomeação dos ministros da Suprema Corte.

2. Nomeação dos ministros da Suprema Corte

Devido à importância da Corte Suprema, o processo pelo qual seus ministros são escolhidos é considerado de grande relevância. O artigo III, seção 1, da Constituição prescreve o Poder Judiciário do governo federal em “uma Corte Suprema, e demais Cortes inferiores consideradas necessárias pelo Parlamento nacional”, contanto que os magistrados da Corte Suprema sejam

vitalícios enquanto mantiverem bom comportamento, garantindo-se que seus salários nunca serão reduzidos durante o tempo em atividade. O artigo II, seção 2, estabelece que o Presidente dos EUA irá indicar, e junto com e pelo consentimento do Senado, irá nomear os ministros da Corte Suprema.¹⁰

Alexander Hamilton, já citado, um dos membros da Convenção de 1787, responsável pelo esboço e elaboração da Constituição, explica a sabedoria do processo de indicação/nomeação: “Pela união do Senado com o Presidente, neste artigo de indicação/nomeação, tem sido algumas vezes sugerido/mencionado que ele serviria ao Presidente para ter uma influência maléfica sobre o Senado e, em outras vezes, que ocorreria a influência negativa do Senado sobre o Presidente – uma prova forte de que nenhuma das sugestões seja verdadeira”.¹¹

Desde 1789, quando Presidente George Washington iniciou este processo de indicação/nomeação, os presidentes fizeram um total de 148 nomeações para a Corte Suprema. Destas, seis foram declinadas pelos candidatos, doze foram rejeitadas pelo Senado, nove foram retiradas pelo Presidente (geralmente por causa da oposição no Senado) e cinco não avançaram diante do Senado e, em consequência, prescreveram. Deste modo, podemos considerar que, historicamente, de cada cinco candidatos à indicação/nomeação, quatro candidatos acabam integrando a Corte Suprema.

Que perfil de candidatos passa pelo processo de indicação/nomeação? Por que cerca de 20% não obtiveram sucesso? Cada indicação/nomeação para a Corte Suprema envolve um conjunto complexo de considerações pessoais, jurídicas e políticas. De toda

8 WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge made law*. Lanham, MD: Rowan and Littlefield, 1994.

9 ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy in the USA*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007.

10 SHINAYERSON, Robert. *The illustrated history of the Supreme Court of the United States*. New York: Harry Abrams, 1986.

11 ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy in the USA*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007.

maneira, são possíveis algumas generalizações. Em primeiro lugar, a maioria dos candidatos são advogados/juristas. Mesmo que a Constituição não contenha nenhuma previsão neste sentido, é considerado de bom senso que aqueles cuja missão principal será a de interpretar e aplicar o Direito tenham formação jurídica. Em segundo lugar, os candidatos são geralmente aliados, membros relevantes do partido político do Presidente ou juristas que simpatizam com as posições jurídicas do Presidente. Assim, por exemplo, Roger Brooke Taney, uma autoridade importante no grupo do Presidente Andrew Jackson, que fazia oposição à existência de um Banco Central dos Estados Unidos, foi nomeado ministro-chefe por Jackson em 1836; Abe Fortas, um conselheiro próximo do Presidente Lyndon Johnson, foi nomeado para a Suprema Corte por Johnson em 1965.¹²

Muitos candidatos foram à sua época autoridades políticas: Salmon P. Chase, nomeado ministro-chefe por Abraham Lincoln em 1863, fora governador de Ohio; Charles Evans Hughes, primeiro magistrado nomeado para a Corte por Willian Howard Taft em 1910, fora governador de Nova York; algumas vezes os presidentes têm indicado membros do partido de oposição. Assim, Presidente Lincoln, Republicano, indicou Stephen J. Field, Democrata, para a Suprema Corte em 1863. Em 1940, Presidente democrata Franklin Roosevelt promoveu o ministro Harlan Fiske Stone, Republicano, a ministro-chefe. Existem outros exemplos de tal movimento “bipartidário” ou “suprapartidário”; todavia, estas indicações são sempre políticas, já que são calculadas para ganhar apoio popular ou suporte político para o Presidente.

A prática de se indicar políticos consagrados para a Suprema Corte tem diminuído bastante ao longo dos últimos cinquenta anos. Atualmente, os presidentes têm indicado

homens e mulheres que já exerceram a magistratura em Cortes estaduais ou federais. Aproximadamente, de cada três magistrados federais se indica um magistrado estadual. Deste modo, para uma candidatura hoje o peso político será menos relevante do que a compatibilidade jurídica e filosófica do candidato com o Presidente.

Passemos à fase da aprovação pelo Senado do candidato indicado pelo Presidente (“Senate Confirmation”). A Constituição norte-americana não estabelece critérios para aprovação ou rejeição dos candidatos; assim, cada Senador é livre para aplicar seus próprios critérios pessoais, jurídicos e políticos, visando, evidentemente, o interesse público, considerando a importância do cargo que este candidato ocupará no seio do Poder Judiciário.

O primeiro candidato rejeitado pelo Senado foi John Rutledge em 1795. Rutledge, membro antigo da Suprema Corte, retirou-se da mesma em 1791. Quatro anos mais tarde, quando o Presidente Washington o indicou para ser ministro-chefe, muitos senadores o rejeitaram por causa de suas críticas duras em 1794 sobre um Tratado entre os EUA e a Grã-Bretanha. Outras indicações não obtiveram sucesso por uma série de razões: Alexander Wolcott foi rejeitado em 1811 por uma infeliz combinação entre oposição partidária (situação comum) e dúvidas de ambos os partidos (situação e oposição) sobre suas competências. Nos anos de 1844 e 1845, o Presidente John Tyler fez seis tentativas para preencher vagas de ministros na Corte, e cinco foram mal sucedidas. Tyler, um Democrata que tinha sido eleito vice-presidente em uma chapa “Whig” (políticos que consideram que o Parlamento deva ter maior poder do que o Presidente e mais favoráveis ao desenvolvimento econômico do que a defesa de causas sociais) e que se tornou Presidente com a morte de William Henry Harrison, não tinha uma base política forte para assegurar apoio no Senado para suas indicações de magistrados. Outros candidatos, como Ebenezer Hoar em

12 WHITE EDWARD G. *The american judicial tradition: profiles of leading american judges*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

1870 e Wheeler H. Peckham em 1894, foram rejeitados pela posição contrária às demandas judiciais dos empresários e capitalistas norte-americanos.

A Constituição norte-americana não especifica o tamanho da Corte Suprema; o número de ministros tem sempre sido determinado por norma federal. O Congresso fixou inicialmente o número de ministros em seis. Desde então este número variou entre dez e cinco ministros. Normalmente, critérios de eficiência da Corte foram considerados para se determinar o número de ministros, mas em uma ocasião este número foi determinado politicamente. Em 1866, o Congresso determinou que o número de ministros seria reduzido de dez para sete ministros, para evitar que o Presidente Andrew Johnson indicasse ministros para a Corte Suprema. Em 1869, depois que Johnson deixou a Presidência, o número de ministros subiu para nove, permanecendo este efetivo desde então.

Após indicados pelo Presidente e confirmados pelo Senado, os candidatos são nomeados ministros da Corte Suprema dos EUA. Vamos, em seguida, após este breve apanhado histórico de alguns casos de nomeações para a Corte Suprema, descrever a situação do então candidato Brett Kavanaugh, indicado pelo Presidente Trump, em 2018, e recentemente empossado ministro da Corte Suprema dos Estados Unidos, após um debate controverso diante do Senado Federal. A análise deste caso se justifica não somente por sua contemporaneidade, como também pela relevância que esta nomeação controversa teve (e está tendo) no jogo político dos Estados Unidos.

3. Controvérsia atual – O caso Kavanaugh x Blasey Ford

No momento da escrita deste artigo (setembro/dezembro de 2018), ocorreu grande polêmica envolvendo a nomeação do juiz candidato à Suprema Corte dos EUA, Brett Kavanaugh, de corrente conservadora. Firmemente apoiado pelo Presidente americano Donald

Trump, Kavanaugh se encontrou em uma posição muito parecida com aquela vivida pelo magistrado Clarence Thomas há vinte e sete anos atrás. Kavanaugh foi acusado de abuso sexual, cometido na época de adolescente na escola de ensino médio, contra a psicóloga Christine Blasey Ford.

O Comitê de Assuntos Judiciais do Senado organizou uma sessão de acareação com o candidato e sua suposta vítima, mas ela exigiu que preliminarmente uma investigação criminal fosse realizada pelo FBI quanto às suas alegações.

Este caso foi considerado muito grave nos EUA, porque além da importância do cargo pleiteado, magistrado da Suprema Corte, acontece em um momento em que as mulheres norte-americanas promovem a conscientização e o fortalecimento dos direitos das mulheres, somado a inúmeras denúncias de abuso sexual, sintetizado no movimento denominado “Me Too” (Eu também).

Assim, ocorre um embate entre o Presidente Trump, que deseja nomear mais um juiz conservador para a Suprema Corte, e as mulheres norte-americanas, que em sua maioria são contra um Presidente considerado misógino. Trata-se de um episódio grave para a sociedade norte-americana, mas a tendência é uma sensibilidade maior quanto às alegações feitas por Christine Blasey Ford, justamente pelo momento político atual vivido nos Estados Unidos. É uma situação incomum, que funde uma situação fática (um suposto crime sexual) com questões jurídicas e políticas da maior relevância para a sociedade norte-americana.

Devemos destacar que o caso Kavanaugh x Christine Blasey Ford está sendo considerado como aquele de maior repercussão na história de nomeações para a Suprema Corte, tanto nos Estados Unidos como nos principais centros mundiais, pela importância do tema – nomeação para a magistratura Suprema dos EUA – e sua confluência com a questão do direito das mulheres.

Finalmente, em sete de outubro de 2018, por uma margem muito apertada de votos (50 favoráveis, 48 contra), Kavanaugh foi empossado ministro da Suprema Corte.

Com sua confirmação, vale a pena verificar os possíveis efeitos desta magistratura no seio da Suprema Corte. Ele substituiu o ministro Anthony Kennedy e assim possibilita uma guinada à direita na Corte Suprema para os próximos anos. Sendo contra o aborto, ele poderá influenciar uma possível alteração na jurisprudência *Roe v. Wade*. Seu antecessor Kennedy havia sido favorável aos direitos de aborto.

Kavanaugh também sugeriu o fortalecimento de imunidade ao Presidente contra ações cíveis e criminais ao longo da Presidência, um assunto muito controverso, considerando que o atual Presidente Trump está sendo investigado por crime eleitoral (compô com a Rússia para prejudicar a candidatura da Democrata Hillary Clinton) e está sendo processado em inúmeras frentes (jornais, associações femininas, etc.).

Considerou-se a vitória da candidatura de Kavanaugh para a Corte Suprema, sobretudo, uma vitória do Presidente Trump, que demonstrou força ao manter seu apoio incondicional ao seu indicado, mesmo este sendo acusado seriamente de um crime sexual. Todavia, houve eleições legislativas de meio-mandato nos Estados Unidos (início de novembro) e os efeitos desta vitória judicial de Trump sobre estas eleições legislativas foram seu enfraquecimento, já que o Presidente Trump perdeu sua maioria Republicana na Câmara dos Deputados e está sendo seriamente ameaçado de sofrer um processo de impeachment em 2019. Mesmo que este processo de impeachment não prospere, pelo fato do Presidente Trump ainda contar com a maioria republicana no Senado Federal, ele ficará bastante desgastado e, neste sentido, será mais difícil defender sua reeleição.

Foi notável a verificação de como o povo norte-americano tem a consciência da impor-

tância da nomeação de um candidato à Corte Suprema, sabendo-se que a composição desta Corte pode influenciar a vida e os direitos fundamentais de cada um dos americanos, em suas vidas no presente e no futuro. É verdade que houve um movimento maior das mulheres, na luta por seus direitos ao tratamento igual aos homens e direitos ao aborto. Todavia, seria simplista considerar que apenas as mulheres estavam engajadas (na verdade, contrárias) no processo de confirmação do magistrado Kavanaugh à Suprema Corte. De uma forma mais ampla, os liberais foram contrários à sua candidatura e os Republicanos, mais conservadores, favoráveis ao seu pleito. Desta forma, podemos concluir que os EUA vivem uma sociedade bastante polarizada, com muitas tensões políticas e sociais, aqui claramente mostradas no episódio da candidatura Kavanaugh à Suprema Corte.

4. Conclusão

O equilíbrio entre os Poderes republicanos está no coração da estrutura/sistema institucional dos Estados Unidos. Este equilíbrio foi forjado na elaboração de sua Constituição Federal e procura ser mantido desde então. O procedimento de nomeação de um novo membro da Suprema Corte é um exemplo significativo deste princípio constitucional. Os dois primeiros Poderes, Executivo e Legislativo, compartilham o privilégio de compor a cúpula do terceiro Poder, Judiciário, para assim constituir um conjunto harmônico em que os três pilares democráticos gozam de total autonomia. Sendo um momento tenso, de confronto mesmo, entre o legislador (Senado) e a Corte Suprema, procedimento elaborado e transparente que permite ao povo americano conhecer claramente a personalidade e valores dos candidatos, o processo de nomeação dos membros da Suprema Corte norte-americana pode servir de fonte de inspiração para o processo análogo de nomeações de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro.

Órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, o STF é o guardião da Constituição, com competência adstrita a matérias constitucionais (CF, art. 102). Iniciadas com a Constituição de 1988 e reforçadas pela EC 45/2004, as inovações operadas na jurisdição constitucional têm contribuído decisivamente para reforçar o caráter de autêntica Corte Constitucional do STF. Dentre as transformações operadas neste sentido, destacam-se a ampliação do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, a exigência de demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a introdução do enunciado de súmula com efeito vinculante.

A composição do STF é de onze ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado (CF, art. 101, parágrafo único). Os requisitos exigidos pela Constituição, além da nacionalidade brasileira originária, restringem-se ao notável saber jurídico, reputação ilibada e idade superior a trinta e cinco e inferior a sessenta e cinco anos (CF, art. 101).

A tendência no Brasil, pelo protagonismo crescente do STF, será o interesse maior da sociedade brasileira no processo de escolha e confirmação pelo Senado dos candidatos a uma das onze vagas de ministros de nossa Suprema Corte. Tendo em vista que o povo pode escolher seus parlamentares e seu Presidente da República, mas não pode escolher diretamente os ministros do STF, caberá uma vigilância maior do povo e da imprensa quanto ao procedimento de escolha e nomeação dos ministros do STF.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy in the USA*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007.

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1991.

ANASTAPLO, George. *The Constitution of 1787: a commentary*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1989.

BRIARD, François-Henri. La nomination des membres de la Cour Supreme des Etats-Unis, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 58, 2018.

CALABRESI, Steven G. *On originalism in constitutional interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CURRIE, David P. *The Constitution in the Supreme Court – the first hundred years, 1789-1888*. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

FRENCH, David. What Should America Expect from a More Originalist Supreme Court?, *National Review*, June 2018.

LERNER, Max. *Nine scorpions in a bottle: great judges and cases of the Supreme Court*. Richard Cummings Ed. New York: Arcade, 1994.

MASON, Thomas. Judicial activism, old and new, 55, *Virginia Law Review*, 411 (1969).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

SHINAYERSON, Robert. *The illustrated history of the Supreme Court of the United States*. New York: Harry Abrams, 1986.

SORENSEN, Leonard. *Madison on the general welfare of America*. Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 1981.

WHITE EDWARD G. *The american judicial tradition: profiles of leading american judges*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

WIECEK, Willian. *Liberty under law: the Supreme Court in american life*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1988.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge made law*. Lanham, MD: Rowan and Littlefield, 1994.

Consequencialismo judicial no processo tributário e na execução fiscal



Roberto Lima Campelo

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2002). Mestrando em Constitucional e Processual Tributário pela PUC-SP. Juiz Federal Substituto na 3ª Região. Ex-procurador da Prefeitura Municipal de São Paulo. Ex-Conselheiro Julgador na Primeira Câmara Julgadora do Conselho Municipal de Tributos do Município de São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo propor bases jurídicas para o uso do consequencialismo judicial, traçando os limites aceitáveis de atuação do juiz quando traz para a decisão judicial os elementos fáticos da realidade e de que maneira estes podem juridicamente ampliar ou restringir o alcance na norma jurídica, particularmente no Direito Processual Tributário. Para tanto, são expostos os elementos extrajurídicos que interferem na formação da decisão judicial, principalmente os dados econômicos, testando a proposição, ao final, em dois exemplos: o primeiro, referente à prescrição intercorrente e a recente interpretação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais pelo Superior Tribunal de Justiça; o segundo, sobre a possibilidade de o juiz exigir o depósito judicial do valor do tributo discutido como condição para conceder tutela antecipada em matéria tributária diante de um agente econômico que atua no setor de distribuição de combustíveis, gás natural e biocombustíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação e aplicação do Direito. Positivismo. Consequencialismo judicial. Processo tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

ABSTRACT: The present work aims to propose a legal adequacy of judicial consequentialism, outlining the acceptable limits of the judge's action when he brings to the judicial decision the factual elements of reality and in what way these can legally broaden or restrict the scope in the legal norm, particularly in the Tax Procedural Law, in order to expose the extra juridical elements that interfere in the formation of the judicial decision, mainly the economic data, testing the proposition, in the end, in two examples: statute of limitations in judicial tax foreclosure process and the recent interpretation of art. 40 by the Superior Court of Justice and the possibility for the judge to require the judicial deposit of the amount of the tax discussed as a condition to grant early protection in tax matters before an economic agent that operates in the sector of distribution of fuels, natural gas and biofuels.

KEYWORDS: Interpretation and application of law. Positivism. Judicial Consequentialism. Tax Process. Judicial Tax Foreclosure process. Statute of Limitations on Judicial Process. Suspensive Causes of Tax Credit Enforcement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Como o golfe pode explicar como os juízes julgam. 3. Complexidades internas e externas. 4. O juiz formalista e o juiz realista. 5. Os elementos extrajurídicos que influenciam as decisões judiciais. 6. A nova execução fiscal: um novo paradigma do consequencialismo. 7. A prescrição intercorrente e a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. 8. Complexidade, tomada de decisões, questões setoriais e o setor de distribuição de combustíveis, gás natural e biocombustíveis. 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A atividade jurisdicional, isto é, o conjunto de pessoas, atos, processos e decisões que compõem os mecanismos de solução dos casos concretos, confunde-se com a própria história do Direito. Desde a antiguidade, dois eixos filosóficos do Direito integram as discussões acerca do que é o Direito e, principalmente, do que o Direito deve ser: o Direito Natural, de um lado; e o Direito Positivo, de outro. O exercício de tal atividade assim como a observação de como os tribunais aplicam o Direito trazem a percepção de que, para além da Filosofia do Direito e da Ciência Jurídica, existem outros fatores que influenciam a promoção de certas correções ou adequações do Direito, sejam de ordem política, social, econômica, filosófica e mesmo psicológica, que interferem na tomada de decisões.

A perspectiva deste artigo é pragmática e consequencial do Direito, ou seja, analisar em que medida a complexidade dos casos que são levados ao Poder Judiciário pode

ser levada para dentro da interpretação jurídica. Para tanto, as doutrinas de Richard Posner e Renato Becho, majoritariamente, foram utilizadas como pressuposto teórico para abordar o problema da complexidade do Direito, do uso de dados empíricos na atividade jurisdicional e como a comunidade jurídica pode conviver com decisões judiciais consequencialistas, particularmente, no Direito Tributário. De acordo com Posner, seu trabalho – *Reflections on judging* – pertence ao gênero de escritos extrajudiciais de juízes, seguindo uma tradição americana como *The nature of the judicial process*, de Benjamin Cardozo, e *The path of the law*, de Oliver Wendell Holmes Jr.

No livro, Posner pretende promover o encontro entre o Judiciário e a realidade. Para fazer isso, o jurista americano propõe o que ele mesmo chama de juiz realista, levando em conta, acima de tudo, as complexidades dos fatos dos quais o caso havia surgido. De antemão, o realismo abordado por Posner

é uma teoria completamente diferente do Realismo Jurídico, um movimento filosófico e pragmático que surgiu entre as décadas de 20 e 30 do século passado nos Estados Unidos, construído para explicar e justificar o fenômeno da lei, a validade das regras de direito e o papel dos juízes na construção e criação de leis.

O realismo de Posner, segundo ele mesmo, é “uma teoria positiva que ensina que as decisões e doutrinas jurídicas são orientadas por fatos, e não por teorias. Como teoria normativa, ensina que é assim que a lei deve funcionar.”¹ Nesse sentido, o autor constrói, ao mesmo tempo, uma teoria descritiva e prescritiva do Direito, ou seja, é uma teoria que explica o que é o Direito e como deve ser. Em termos mais práticos, o realismo, conforme tratado neste trabalho, é uma teoria que enfatiza as consequências da decisão judicial ao enfrentar a complexidade dos casos que são apresentados ao Judiciário.

Nesse ponto, visível o paralelo entre as ideias de Richard Posner e Renato Becho. Primeiro de tudo, e acredito que isso tem um grande peso nas ideias de ambos os juristas, importa destacar que ambos são juízes. Na verdade, Posner é ex-juiz de apelação do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Sétimo Circuito, onde se apresenta de 1981 a 2017. Becho, por outro lado, é juiz federal atualmente no Brasil. Em segundo lugar, ambos estão particularmente preocupados com o papel da decisão judicial no desenvolvimento do Direito.

Em terceiro lugar, ambos chamam a atenção da comunidade jurídica para as razões subjacentes que fundamentam, efetivamente, as decisões judiciais. Para Posner, essas razões não levam em conta os fatos, mas o desejo, ou apenas um hábito profundamente imbuído, de evitar enfrentar as complexidades externas dos fatos, ao significar os fatos que não se referem à lei, como a economia, a

política, a sociologia e assim por diante. Por outro lado, mas baseado na mesma premissa, Becho sustenta que essas razões se referem a elementos políticos, sociais, econômicos, ideológicos ou mesmo prosaicos, como o fato do juiz, antes do julgamento, ter lido uma notícia de jornal que desabone, por exemplo, a conduta do Fisco. Embora esses fatores não sejam levantados textualmente na decisão, para Becho deveriam, a fim de que possa controlar adequadamente as razões da decisão judicial sob o escrutínio da segurança jurídica e, afinal, os postulados do Estado de Direito.

Além disso, ambos apoiam de maneira ampla a necessidade da abordagem científica do Direito para sustentar a decisão judicial, na medida em que o juiz deve fundamentar sua decisão com base em dados empíricos e não apenas com base em sua impressão pessoal, mas também deve explicar o resultado de seu trabalho nesses termos.

O quinto e último motivo que aproxima os autores é a possibilidade de realizar uma conexão hermenêutica entre o juiz realista de Posner – aquele que leva em consideração a complexidade dos fatos dos quais surgem as lides – e a interpretação do Direito Tributário proposta por Becho – que leva em condição os matizes, fases ou etapas do fenômeno tributário, denominadas por ele de momentos da realidade jurídico-tributária: o momento pré-exacional, o exacional e o pós-exacional, cada um com sua estrutura e regras próprias de interpretação.

A proposta do presente trabalho é, portanto, oferecer justificativa juridicamente aceitável para que os dados da realidade sejam levados para dentro da interpretação do Direito, estabelecendo os limites da discricionariedade do juiz e do consequencialismo judicial em cada momento do fenômeno tributário e delineando, a partir de exemplos, quando o resultado da interpretação pode ser restritiva ou extensiva, conformando ou expandindo o sentido e o alcance dos direitos debatidos em juízo.

1 POSNER, Richard Allen. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 80-81.

Registre-se, contudo, que, apesar do trabalho propor uma abordagem pragmática e consequencial da teoria judicial, não se afasta da finalidade do próprio Direito, ou seja, o fim da justiça e, também, do positivismo jurídico que inclui, em sua estrutura e conteúdo, a própria ideia de equidade.

Por fim, após a exposição da doutrina, o consequencialismo em matéria tributária é analisado a partir de dois casos práticos. O primeiro referente ao acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, ao julgar o REsp 1.340.553/RS, sob o rito do artigo 1.036 do CPC/2015, fixou a interpretação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, definindo os pressupostos e os termos inicial e final da prescrição intercorrente. O segundo sobre a possibilidade de o juiz exigir o depósito judicial do valor do tributo discutido como condição para conceder tutela antecipada em matéria tributária diante de um agente econômico que atua no setor de distribuição de combustíveis, gás natural e biocombustíveis.

2. Como o golfe pode explicar como os juízes julgam

Posner² traz um exemplo simples, mas bastante ilustrativo da indiferença do juiz formalista em relação à realidade dos fatos cientificamente comprovados dos quais emergem os casos levados ao Poder Judiciário americano. No caso *PGA Tour Inc, v. Martin*, julgado em 2001, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu o que seria determinante ou não na vitória de uma partida de golfe, em detrimento dos estudos empíricos sobre o esporte. O caso que chegou ao tribunal foi o seguinte. A *PGA Tour* promovera torneio de golfe e, pelos regulamentos, os competidores eram obrigados a andar a pé de um buraco a outro. O jogador Casey Martin, que possuía problemas circulatórios



que o impediam de andar, ajuizou uma ação para que a associação organizadora do torneio de golfe levasse sua condição peculiar em consideração e fosse obrigada a permitir que aquele competidor pudesse se locomover por meio de um carrinho de golfe de um buraco ao outro. A Suprema Corte deu ganho de causa ao requerente, sob o fundamento de que a concessão do benefício não alteraria fundamentalmente a natureza do torneio de golfe e que, portanto, a proibição imposta violaria o *American with Disabilities Act*. Agindo assim, segundo Posner, a Suprema Corte definiu, sem base empírica, o que seria essencial ou não essencial à competição, se divorciando, assim, da realidade.

O fato é que a proibição apontada tem por fundamento estudos que mostram que o ato de se locomover de um buraco a outro em uma partida de golfe é um fator determinante para vitória já que o esse esforço diminui o vigor físico do competidor. Por outro lado, aquele que se locomove com o carrinho de golfe tem uma vantagem comparativa em relação aos concorrentes. A conclusão que se chega do caso é que a Suprema Corte não

2 POSNER, Richard Allen. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 80-81.

levou em consideração os estudos empíricos sobre o caso, restringindo-se a uma análise meramente semântica da questão e mais: inseriu uma impressão da realidade para julgar, mas que não corresponde à verdade dos fatos e, fazendo isso, promoveu um desequilíbrio na competição.

Nesse cenário, questiona-se se a Suprema Corte, com base nos estudos científicos sobre o tema, teria tomado uma decisão diferente no caso concreto. Se a locomoção com carrinho de golfe desequilibra tanto a partida, por que não então permitir que todos se locomovam com o tal carrinho, promovendo assim a igualdade necessária e, ao mesmo tempo, cumprindo as finalidades do *American with Disabilities Act*? A resposta exata ao caso apresentado não é relevante, mas o exemplo ilustra de maneira linear a atitude do juiz formalista em contraposição ao juiz realista, extremos que são tão debatidos por Posner em sua obra.

3. Complexidades internas e externas

Por complexidade, Posner³ não se dirige ao nível de dificuldade de qualquer coisa, mas, sim, à complexidade do caso que envolve sistemas, grosso modo, dizendo, envolve interconexões complicadas ou interações entre os elementos que compõem o sistema. Existem as complexidades internas e externas, conforme estejam dentro ou fora da lei, respectivamente. Exemplos de complexidade interna estão ligados ao sistema legal, como textos normativos (lei estatutária estadual, *common law* estadual, lei constitucional estadual, lei estatutária federal, *common law* federal, lei constitucional federal e precedentes), ou questões que dizem respeito à interpretação. As complexidades externas, por outro lado, fazem parte de um universo infinito virtual fora do Direito, como exemplos: sistemas eco-

nômicos, como mercados; sistemas políticos, como o equilíbrio internacional de poder; sistema ecológico, como uma população de animais que competem para maximizar sua aptidão genética; tecnológicos, como telefones celulares, *blockchain technologies*, *big data*, questões setoriais, como eletricidade, combustível, energias em geral, e a lista continua.

Posner atribui em grande parte a complexidade, principalmente a externa, à atitude formalista do juiz. Segundo ele, para evitar se aprofundar nas complexidades, o juiz adapta a linguagem semântica aos fatos, e não estes àquela, e produz uma decisão sem se ater às peculiaridades de cada caso. De fato, ao assim proceder, o juiz recorta a realidade e a transporta para a linguagem fechada da semântica e dos seus próprios jogos de linguagem, na acepção de Wittgenstein,⁴ definindo um limite inexistente entre o que é o Direito e o que é a realidade, muitas vezes, não conseguindo explicar a um leigo a exata incidência da sentença sobre o resultado prático da demanda.

4. O juiz formalista e o juiz realista

Conforme Posner,⁵ o juiz formalista tem as seguintes características: é adepto da subsunção, está acostumado a considerar a lei como um dado estático e a tarefa do advogado é adequar a realidade à lei. Com base nos fatos e argumentos apresentados pelas partes, o juiz combina-os com os precedentes, textos constitucionais e legislativos, seguindo uma metodologia puramente semântica. Além disso, apenas os materiais ortodoxos de análise jurídica – estatutos, constituições, regulamentos, precedentes, outros documentos legais – são lei; todo o resto é política ou economia.

Na abordagem formalista, o intérprete é indiferente às consequências de suas inter-

3 *Ibidem*, p. 3-4.

4 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3. ed. Oxford: Basil Blackwell Ltd, 1958, p. 11.

5 POSNER, Richard Allen. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 108-120.

pretações no mundo real, não é responsável por essas consequências. Se são inconvenientes, é exatamente porque a lei é um dado estático e deve ser modificada pelo Poder Legislativo. Por fim, para tal corrente, os juízes que levam em consideração as consequências de interpretações alternativas estão saindo da lei, logo agindo como políticos.

Por outro lado, e no extremo oposto, está o juiz realista. Este é cético em relação ao formalismo, considerando-o mais retórico que analítico – uma retórica que esconde as verdadeiras fontes de decisão. Ademais, coloca ênfase nas consequências das decisões judiciais, sistêmicas e específicas do caso e evita a chamada *justiça míope*, isto é, aquela que responde apenas às ações das partes no caso particular.

A justiça, segundo essa abordagem, é, portanto, analítica e empírica, em vez de meramente intuitiva e política. Por fim, leva em conta as consequências sistemáticas, incluindo o efeito de uma doutrina ou decisão sobre a previsibilidade da lei, sobre o volume de processos, sobre a administração, sobre o trabalho de outros ramos do governo (como o legislativo, que seria desorganizado se os juízes não prestassem atenção à linguagem estatutária) e às expectativas razoáveis tanto privadas quanto públicas.

5. Os elementos extrajurídicos que influenciam as decisões judiciais

O tema da busca de fatores externos ao Direito e da necessária interdisciplinaridade para se obter uma maior compreensão do fenômeno jurídico não é propriamente uma novidade, embora varie de uma comunidade jurídica a outra, levando em conta o sistema jurídico em que baseada, aspectos culturais, sociais, políticos e econômicos. A interface necessária do Direito com outros ramos do conhecimento não somente é registrada pelos juristas, mas também pelos estudiosos da economia.

Com efeito, o professor de Economia de Harvard, Nicholas Gregory Mankiw⁶ afirma que, apesar do estudo da disciplina revelar várias facetas, gira em torno de ideias centrais. Tais ideias centrais são expostas na obra do autor de Nova Jersey em forma de dez princípios da economia que buscam explicar como as pessoas tomam decisões. O primeiro princípio é o de que pessoas *enfrentam trade-offs*.⁷ Todos estão sujeitos aos *trade-offs* porque as pessoas, as famílias, as empresas e mesmo o Governo tomam inúmeras decisões no dia a dia, desde a opção entre manteiga ou margarina, passando pela decisão de investir ou não em determinado país, até a fixação da taxa de juros pelo banco central, em países que atribuem a esta entidade a competência para tanto.

Em cada uma dessas decisões, como um desejo importa uma renúncia, é necessário ponderar o que se vai perder com um determinado ganho e, a partir daí, se verificar, na prática, se a troca vale ou não a pena, a depender do contexto de cada qual. Portanto, a sociedade convive com escolhas. Como dito, das mais simples até as mais complexas, e o Estado, assim como o Direito, enfrenta, também, inúmeras escolhas na consecução de seus fins.

Entretanto, deve se registrar que as escolhas somente são conflitantes em termos relativos, levando-se em consideração o contexto e o momento da tomada de decisão, haverá o conflito. Por exemplo, desenvolvimento econômico e justiça, em tese, não são desejos ou interesses que intrinsecamente se contrapõem, mas, em determinado contexto, pode sim emergir contraposição, como no caso em que uma decisão judicial defere liminar em favor de um posto de gasolina para que não

6 MANKIWI, Nicholas Gregory. *Princípios de microeconomia*. 3. ed. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 5.

7 Termo em inglês que, em economia, significa conflito entre dois desejos conflitantes — e na prática — significa dizer que a tomada de decisões exige escolher um bem, valor ou interesse em detrimento de outro.

recolha, por exemplo, ICMS com a inclusão do PIS/COFINS em sua base de cálculo, contudo, provoca vantagem comparativa daquele posto em relação a outro que não obteve decisão judicial, causando, em certas hipóteses, especificamente ali, fechamento da empresa, desemprego, diminuição da circulação de receitas, redução da arrecadação de impostos entre outros efeitos circunstanciais.

Se o Direito interfere na economia, na exata medida em que as pessoas, famílias e empresas computam na tomada de decisões o conteúdo das normas de determinado ordenamento jurídico, é lícito afirmar também que o Direito – mormente a decisão judicial – pode colaborar para o desenvolvimento do país ou para a manutenção de pobreza de outros.

A propósito, a relação entre economia, instituições jurídicas, desenvolvimento e pobreza dos países foi retratada na obra *Por que as Nações Fracassam*, de Daron Acemoglu e James Robinson, professores do *Massachusetts Institute of Technology* e da Universidade de Harvard, respectivamente. Em síntese, os autores concluem que é possível distinguir os países que possuem instituições econômicas e políticas extrativistas e inclusivas.⁸

As instituições econômicas e políticas inclusivas são aquelas que asseguram os direitos de propriedade, criam condições igualitárias para todos e incentivam os investimentos em tecnologia e inovação. Ademais, o poder político é diluído pela sociedade e, com isso, se consegue atingir certo grau de centralização política, capaz, por sua vez, de garantir o respeito à lei e à ordem. Por outro lado, as instituições econômicas e políticas extrativistas são aquelas em que há alta concentração de poder nas mãos de poucos, de forma que estes poucos se utilizam do poder político em proveito próprio, inclusive os recursos para consolidar o poder, gerando assim um círculo vicioso e a prorrogação do Estado de pobreza de um país.

Nesse sentido, conclui-se que Direito e economia possuem uma relação íntima que revela o índice de desenvolvimento de um país. Como corolário dessa afirmação, também se depreende que o modo como o Direito de um determinado país é, bem como a forma como é aplicado pelas instituições competentes para tanto, particularmente o Poder Judiciário, é fundamental para o desenvolvimento social. Portanto, é possível interpretar e aplicar o Direito tendo como pressuposto o desenvolvimento, o que é constitucionalmente válido, já que encontra amparo no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.⁹ Assim, ainda que de forma parcial e restrita à economia, infere-se que existem elementos extrajurídicos que influenciam as decisões judiciais.

A par dos métodos clássicos de interpretação e das escolas hermenêuticas, Becho¹⁰ tem por objeto algo definido: os elementos que influenciam o julgador que não estão expressos na decisão ou no texto interpretado, ou seja, consoante denominado pelo autor, a “jurisprudência que não encontra fundamento legal”. Nessa linha de pensamento, Becho observa que, após uma análise das decisões tributárias, chega-se à conclusão de que os julgadores não aplicam a Constituição ou a lei de regência, o que apontaria para uma crise nas decisões de Direito Tributário. Para evitar ou reduzir tal crise, necessária a estruturação de um modelo metodológico de decisão judicial que permita um controle racional da atividade do juiz, ainda que influenciada por fatores extrajurídicos, como o caso de se adotar a abordagem consequencialista. Para tanto, imprescindível estabelecer a estrutura e a filosofia do Direito Tributário para, a partir

8 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 332.

9 “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

10 BECHO, Renato Lopes. Considerações sobre dados extrajurídicos que podem estar influenciando os julgamentos tributários. *Revista Brasileira de Advocacia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 3, n. 8, jan./mar. 2018.

daí, perquirir se é possível certa atividade criativa dos juízes, ou se é aceitável tendo em vista o Direito Positivo e, acaso afirmativa essa indagação, quais seriam os limites da atividade jurisdicional nesse ramo do Direito.

Na visão de Becho,¹¹ de cunho jus-humanista, atualmente vive-se um novo Direito Tributário, centrado na figura do contribuinte, cuja fonte e limite de atuação jurisdicional são a Constituição Federal, caracterizado pela metodologia da teoria dos valores, tendo como pressuposto de validade o respeito ao ser humano como condição para a criação da sua própria realidade. A arrecadação não é mais o fim último do Direito Tributário e deve ser feita, validamente, dentro dos limites da justiça social. Nesse sentido, e já contextualizando as conclusões a que o professor-doutor pela PUC-SP chega, é válido afirmar que, para o autor, o juiz produz Direito, sendo, ele mesmo, ao lado do legislador, fonte do Direito.

Não restam dúvidas de que para Becho a incidência dos valores no Direito, particularmente no Direito Tributário, descansa sobre a dogmática positivista, particularmente, sobre a ideia de que o Direito é uma criação estatal e não uma criação puramente social e de que a liberdade é o pressuposto filosófico do Direito Tributário, devendo o Estado exercer sua “competência tributária respeitando a liberdade de existência, de livre-arbítrio e de propriedade do contribuinte”.¹²

Nesse contexto, o professor mineiro propõe o chamado *procedimento de verificação* da consonância do tributo com o sistema constitucional tributário, nitidamente de cunho valorativo e aberto. Contudo, a incidência e aplicação dos princípios no campo do Direito Tributário não é livre, devendo ser respeitados os postulados da interpretação clássica e constitucional. Em ordem a possibilitar uma melhor adequação entre o tipo de norma e aplicação a ser dada, Becho distingue três

momentos da realidade jurídico-tributária de forma analítica: o momento pré-exacional, o momento exacional e o momento executivo.

O momento pré-exacional, por suposto, se dá ainda antes da criação do tributo e encontra-se, no Direito brasileiro, no plano constitucional, sob dois comandos: o da divisão da competência tributária e respeito ao processo legislativo, parâmetros eminentemente positivistas; e o do controle da competência tributária, este pós-positivista, caracterizado pela verificação das imunidades tributárias e pela aplicação dos princípios tributários, como liberdade fiscal, justiça fiscal, justiça tributária, direitos humanos na tributação, entre outros.

O momento exacional é um segundo momento no fenômeno tributário, tem como pressuposto a devida conformação do tributo aos parâmetros de verificação e controle do momento pré-exacional, atendo-se à interpretação restritiva do texto, posto não ser dado ao aplicador ampliar o fenômeno tributário – e, portanto, a incidência dos tributos em todos os seus aspectos – sem autorização legal. Nessa seara, a atuação do aplicador, em verdade, é vinculada e deve respeito à legalidade estrita.

Por fim, o momento executivo se dá na aplicação do Direito na execução fiscal, fase em que é permitido ao juiz expandir o alcance da norma em ordem a conformar o Direito ao caso concreto em favor do contribuinte, como, por exemplo, a impenhorabilidade do bem de família ao devedor solteiro a despeito de lei expressa, caso reconhecido pelo STJ.¹³

6. A nova execução fiscal: um novo paradigma do consequentialismo

Até o início da década passada, o Poder Judiciário brasileiro carecia de estudos em-

11 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 344.

12 *Ibidem*, p. 335.

13 STJ, REsp 518.711/RO, Relator Ministro Ari Pargendler, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. 19/08/2008, DJe 05/09/2008.



píricos sistematizados que demonstrassem por meio de números a realidade dos órgãos jurisdicionais e a forma como litigam os brasileiros. Até aquela data, o modelo de juiz ainda era o enclausurado nos temas eminentemente jurídicos, em detrimento da realidade que o circunda, de forma a ser impossível mapear, de maneira clara, as consequências das decisões judiciais. A partir do ano de 2004, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) rompeu com o paradigma anterior e passou a promover estudos estatísticos para descrever a realidade concreta do Poder Judiciário no país. Como produto de uma reunião dos esforços de inúmeros profissionais ligados às ciências sociais, chegou-se à elaboração do Relatório Justiça em Números, publicado anualmente desde aquele ano.

Com o advento do estudo empírico do Direito,¹⁴ aliado aos conceitos da metodologia

da pesquisa científica — mormente por esta ser não somente pesquisa descritiva, que meramente apura a ocorrência dos fatos, mas também propositiva, isto é, que recomenda mudanças de ações, condutas, alterações legislativas entre outras —, questiona-se se o juiz, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pode não apenas utilizar a base de dados que tem à sua disposição como subsídio, mas também, levar para dentro da interpretação jurídica as evidências científicas das diversas áreas para medir as consequências de sua decisão e modular a interpretação da norma, ampliando ou reduzindo seu alcance, nessas mesmas bases, para dar um tratamento mais adequado e justo ao caso concreto.

A resposta a essa questão encontra-se ainda nebulosa no plano doutrinário e na prática da judicatura. Contudo, o legislador, de forma não dialogada, abortou a fase de debate, respondeu positivamente à indagação e aprovou a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018,¹⁵ que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e po-

15 “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

14 MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 252 e 394.

situiu expressamente o consequencialismo, levando-o, portanto, para dentro da decisão judicial. Críticas à parte, o fato é que, com o advento do estudo empírico do Direito reconhecido pelas práticas do CNJ, não demorou para que novos estudos fossem feitos para não apenas mapear quantitativamente os processos judiciais no país, mas também avaliá-los qualitativamente.¹⁶

No campo do Direito Tributário, especificamente, na execução fiscal, que consta como principal gargalo da execução, correspondendo ao total de 31.218.927 processos, segundo o Relatório Justiça em Números 2018,¹⁷ ano-base 2017, e que aponta ser um grande fator de ineficiência jurisdicional e dos meios tradicionais de cobrança do crédito público. De acordo com o relatório:

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes, e congestionamento de 92% em 2017 — a maior taxa entre os tipos de processos constantes nesse Relatório.

Por tais motivos, que se revelaram historicamente por meio dos estudos do CNJ, estudos científicos foram concentrados em encontrar os gargalos da execução fiscal. O estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) — Custo e Tempo do Processo de Execução Fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) — foi finalizado em novembro de 2011, e aponta, entre outros dados, a baixa efetividade da execução fiscal, na medida em

que, segundo o estudo, somente em 0,3 dos processos o crédito público é integralmente executado aplicando-se os meios estritamente processuais, ou seja, constrição de bens e realização de ativos.

Após esse estudo, diversas inovações legislativas, jurisprudenciais e operacionais foram implementadas. A primeira inovação veio por meio de lei ordinária. O artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997, com a redação da Lei nº 12.767/2012, possibilitou o protesto da Certidão de Dívida Ativa. A inovação legislativa teve sua constitucionalidade chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 5.135/DF.¹⁸ Portanto, atualmente, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) lança mão do protesto como meio indireto de exigir os créditos, o que resvala, em tese, na redução do número de execuções fiscais distribuídas, quantidade até então não medida com precisão.

A segunda inovação, veio do plano normativo infralegal. Com o advento da Portaria PGFN nº 396/2016, que dispensa o ajuizamento de execuções fiscais abaixo de 1 (um) milhão de reais desde que não tenham sido encontrados bens por meio de expedientes administrativos, houve não apenas a diminuição aguda dos processos de execução fiscal distribuídos, bem como a suspensão em massa de vários processos que se enquadram naqueles requisitos da portaria. Ainda não há medida para o impacto da portaria nos processos de execução fiscal.

A terceira inovação trata-se da averbação pré-executória, prevista na Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, que incluiu o artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002 e criou a averbação pré-executória, que permite averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis, sendo inclusive objeto de três ações diretas de inconstitucio-

16 Para uma visão geral sobre o tema: BECKER. Howard S. A epistemologia da pesquisa qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 184, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 2, jul. 2014, p. 184-199.

17 CNJ. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

18 STF, Tribunal Pleno, ADI 5.135/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 09/11/2016, DJe 07/02/2018.

nalidade (ADI 5.890, 5.881 e 5.886), o que, se vingar, importará também, em tese, na redução do número de execuções fiscais a serem distribuídas.

A quarta mudança veio com as recentíssimas portarias PGFN nº 422, de 08 de maio de 2019, e nº 520, de 27 de maio de 2019, que estabelecem dois critérios cumulativos para aferir a efetividade do processo de execução fiscal, pelo valor e pelo grau de recuperabilidade do crédito. A finalidade das normas é que a PGFN foque nos processos que realmente sejam viáveis para localizar e realizar ativos para satisfação do crédito público.

Quanto à quinta mudança, no final do ano de 2018, o STJ julgou o REsp 1.340.553/RS,¹⁹ fixando a interpretação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais. Anteriormente ao julgado, as execuções fiscais eram tocadas sem qualquer prazo. No passado, a execução fiscal tinha dia para começar (para evitar a prescrição do crédito), mas não havia dia para terminar. Conforme o próprio julgado pontua, nem o Juiz nem o Procurador são senhores dos prazos, mas sim a lei. Portanto, o STJ acabou com as idas e vindas da execução fiscal, o que refletirá substancialmente no estoque de processos e nos processos que estão por fim. De se ressaltar que o principal fundamento extrajurídico que levou o Relator a encaminhar seu voto foi o grande acervo de execuções fiscais que tramitam no país, àquele tempo em torno de 27 milhões de processos em todo o Brasil. De se notar, ainda, como consequência do precedente é que, se antes não havia qualquer possibilidade de se estabelecer um indicador para medir o tempo da execução, já que o processo não tinha um prazo definido para se extinguir, podendo a parte exequente requerer inúmeros prazos para busca de bens, o que fazia com que a execução pudesse ser retomada infinitas vezes, atualmente, existem meios para que se

criem indicadores para parametrizar o tempo e custo efetivo das execuções fiscais.

Todas essas inovações levam a um ponto de inflexão na evolução do Direito brasileiro na medida em que a comunidade jurídica reflete, com base em dados científicos, a efetividade do processo de execução fiscal. A ideia é, portanto, envidar esforços nos créditos recuperáveis, desafogando, assim, o Poder Judiciário da grande massa de processos que, na prática, se revelam de pouco ou nenhuma utilidade.

7. A prescrição intercorrente e a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

A prescrição intercorrente é fato jurídico-co-processual caracterizado pela inércia do exequente em dar movimento eficaz para a finalização do processo executivo, ocorre no curso do processo e tem como pressuposto a citação válida, no caso do despacho ordenador da citação ser proferido antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, ou o próprio despacho que ordena a citação, caso este seja proferida na vigência da Lei Complementar nº 118/2005.

Tendo sido ajuizada a execução dentro do prazo de prescrição do crédito tributário, nos termos do artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional (CTN), já não é mais o caso de prescrição da pretensão de cobrar o crédito, mas sim prescrição intercorrente. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.340.553/RS,²⁰ sob o rito do artigo 1.036 do CPC/2015, fixou a interpretação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, definindo o seguinte:

a) o prazo de suspensão de 1 (ano) previsto no § 2º é ex lege e, portanto, inicia-se, automaticamente, da data da ciência da parte exequente a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis

19 STJ, Primeira Seção, REsp 1.340.553/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 12/09/2018, DJe 16/10/2018.

20 *Ibidem*.

no endereço fornecido, sem necessidade de manifestação judicial a respeito, ou de efetiva remessa dos autos ao arquivo sem baixa na distribuição;

b) o pressuposto para a suspensão automática do processo é a mera ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou a não localização do devedor, não sendo, portanto, necessária a prévia intimação da parte exequente sobre a remessa dos autos ao arquivo, mesmo porque, tal remessa, como mencionado, não é necessária ao início automático do prazo de suspensão;

c) o pedido de suspensão do prazo feito pela parte exequente para realização de diligências não interfere, de forma alguma, no início ou na contagem do prazo de suspensão ou no prazo de prescrição;

d) em se tratando de execução fiscal de crédito tributário cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a citação válida é *conditio sine qua non* para a contagem do prazo, que se inicia logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis;

e) em se tratando de execução fiscal de crédito tributário cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar nº 118/2005 e de qualquer crédito não tributário, o prazo de suspensão se inicia logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis;

f) findo o prazo de suspensão, com ou sem pronunciamento judicial a respeito ou petição da parte exequente ou mesmo que o processo não tenha sido efetivamente arquivado sem baixa na distribuição, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável, findo o qual, o juiz, depois de ouvida a parte exequente, declarará a prescrição intercorrente por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo;

g) somente a efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação são aptas a interromper a prescrição intercorrente, que retroagirá à data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera, sendo irrelevante todo e qualquer outro tipo de petição que não resulte em providência útil àqueles fins, como pedidos de prazo para diligência ou mesmo pedido de constrição ou de citação que restaram frustrados ao fim e ao cabo;

h) quanto à alegação de eventuais nulidades por falta de intimação, somente a falta de intimação acerca da parte exequente a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, por se tratar de presunção de prejuízo; nos demais casos, cabe à parte exequente comprovar o efetivo prejuízo causado pela falta de intimação, como, por exemplo, a demonstração da ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Ante a abrangência do julgado, opta-se, neste trabalho, por fazer um corte necessário a fim de se por em contraste os motivos extrajurídicos que influenciaram na decisão e a interpretação que se fez, particularmente, do *caput* do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais. Ademais, dentro desse corte proposto, ressaltam-se os pontos de divergência entre as interpretações do Ministro Relator Campbell Marques e a do voto-vista do Ministro Herman Benjamin quanto à suspensão automática da suspensão do processo de execução fiscal em caso de não localização do devedor ou de bens penhoráveis.

Primeiramente, registre-se que o fato do caso decidido envolver o impressionante número de 29,3 milhões de execuções fiscais em tramitação no Brasil, o que representa em torno de 32% do total de processos que tramitam no país segundo dados do Relatório Justiça em Números 2013, circunstância não apenas citada pelos dois votos referidos acima, como também relevante na tomada de decisão, muito embora não seja, efetivamente, componente da *ratio decidendi*, sendo, ao

contrário, *obter dicta*, ou seja, fato que influencia na decisão, embora não seja utilizado na construção propriamente jurídica.

Releva-se, ainda, que o elemento extra-jurídico do número expressivo de execuções fiscais reforçou o convencimento do Ministro-Relator, mas, ao mesmo tempo, trouxe dúvidas acerca da possibilidade de se dar um tratamento uniforme a todo aquele universo de casos por meio do precedente que estava em formação. Com efeito, nas palavras do Ministro Relator:

Com efeito, o espírito da lei é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo (in, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). Grupo de Trabalho (Portaria n. 155/2013): Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição. Brasília, 2013, pp. 66 et seq.).²¹

Lançando mão, portanto, de uma análise consequencialista e pragmática, no contexto de um momento pós-exacional do fenômeno tributário, o entendimento apriorístico do Ministro Relator é o de que nenhuma execução fiscal ajuizada deve ficar, de forma permanente, tramitando nos escaninhos do Poder Judiciário e, nesse contexto, o elemento quantitativo de processos reforça, ao fim e ao cabo aquele argumento jurídico, significando dizer que o Relator utilizou, em certa medida, o consequencialismo. Em outras palavras: a execução fiscal não pode permanecer eternamente em tramitação, mormente pelo fato de que, no Brasil, 32% dos processos são execuções fiscais, não havendo sentido em se admitir que quase um terço dos processos tramite indefinidamente.

Questão que se revela interessante é indagar se houvesse um número inexpressivo de processos ao invés de milhões. Questiona-se se esse dado seria igualmente relevante para se adotar um mesmo tratamento jurídico para todas as execuções fiscais que tramitam no Brasil. Aliás, essa questão foi, de certo modo, aventada pelo Ministro Herman Benjamin em seu voto-vista. Nos dizeres do voto, referindo-se ao voto do Relator:

Com a devida vênica, não vejo como considerar que a totalidade desse valor — conforme dito, multimilionário — possa ser classificada de maneira uniforme (isto é, todo esse *quantum*, genericamente considerado, estaria sujeito a um único tratamento jurídico) e simplificada ou reduzida, em termos processuais, a um procedimento que direta ou indiretamente transforme a suspensão do processo, tendente a abreviar a disciplina da prescrição intercorrente, em um fim primordial.²²

De fato, pode-se observar que a mesma circunstância — o número de processos de execuções fiscais que tramitam em todo o Brasil — foi utilizada de maneira exatamente

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

opostas por um e por outro Ministro. Para o Relator, o elevado número de processos de execução fiscal deve ter tratamento isonômico e imediato por parte do Poder Judiciário, podendo-se mesmo concluir que o Ministro teve, de fato, o desejo deliberado de dar uma interpretação jurídica que alcançasse um modo efetivo e eficiente de reduzir o estoque de processos no Poder Judiciário e, indiretamente, buscar mitigar os problemas da demora da prestação jurisdicional por conta do acúmulo de trabalho. Por outro lado, na visão do Ministro Herman Benjamin, o número expressivo de processos não permitiria que todo o universo de processos fosse tratado de maneira uniforme, tal qual proposto pelo Ministro Relator, na exata medida em que se transformou a suspensão do processo em um fim da execução fiscal.

A experiência na aplicação do precedente vem revelando que os casos concretos possuem peculiaridades que não necessariamente se conformam, de maneira linear e perfeita, às teses cristalizadas, do que se pode concluir, como se verá adiante, que a aplicação do precedente exige exercício de interpretação e aplicação por analogia e não a pura e simples aplicação por subsunção. Com efeito, a principal divergência entre os entendimentos dos Ministros foi justamente a exata compreensão da redação do *caput* do artigo 40 da Lei de Execuções fiscal — “Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição” —, em particular, a expressão “o Juiz suspenderá”.

Para o Ministro Relator, a suspensão do processo se dá de forma *automática*, independentemente de haver um despacho judicial determinando a suspensão da execução e a remessa dos autos ao arquivo provisório, sob o fundamento de que nem o juiz nem o exequente são senhores do tempo do processo, mas sim a lei que determina expressamente os casos e prazos de suspensão da execução

fiscal, sendo, portanto, irrelevantes os pedidos de prazos de 30/60/120 dias por parte da exequente ou o despacho do juiz, posto que este nada cria no processo, mas apenas declara uma situação.

Por outro lado, para o Ministro Herman Benjamin, a suspensão não é automática, mas depende de um despacho judicial que suspende a execução após a constatação do que se chamou de “suspensão-crise”, isto é, a situação objetiva caracterizada pela impossibilidade ou inviabilidade do exequente localizar o devedor ou bens passíveis de penhora, que tem como pressuposto, segundo o Ministro, a citação por edital e/ou o resultado negativo da medida que decretou a indisponibilidade de bens na forma do artigo 185-A do CTN.

Sem entrar no mérito de cada construção jurídica — o que fugiria do escopo do presente trabalho — o fato é que o entendimento pressuposto de como gerir o expressivo estoque de execuções fiscais em tramitação nas secretarias do Poder Judiciário resvalou na própria construção jurídica de decisão, tendo o Ministro Relator aplicado uma análise pragmática e consequencialista do comando do *caput* do artigo 40; ao passo em que o Ministro Herman Benjamin adotou interpretação semântica, exigindo-se o efetivo despacho juiz. Em outras palavras: para o Relator, a suspensão do artigo 40 é *ope legis*; enquanto, para o Ministro Herman Benjamin, a suspensão é *ope judicis*, isto é, a suspensão decorre da lei e tem como pressuposto um fato verificável no processo, ou seja, a ausência de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e não o ato processual do despacho do juiz que constata aquela circunstância.

Acoplada à tese da suspensão automática do processo, o que se conclui do julgamento do STJ é que somente atos *úteis* à execução são aptos a interromper o fluxo da prescrição intercorrente e, independente do tempo que leve para que sejam cumpridos, caso bem-sucedidos, a efetivação da diligência tem eficácia retroativa à data da petição que a solicitou.

Desde a publicação do acórdão, o exercício da judicatura na 2ª Vara de Execuções Fiscais na Subseção Judiciária de São Paulo revela que a tese encampada pelo Relator atinge um universo infinitamente maior de processos. Com efeito, em uma análise perfunctória dos processos julgados,²³ a Fazenda Nacional, de modo geral, não requer a citação por edital da executada originária. Na prática, da tentativa infrutífera da citação por correio ou da citação por mandado, a exequente requer de imediato o redirecionamento da execução contra os sócios-gerentes. Nesse cenário, acaso seja acolhida a divergência, o efeito de eliminar o estoque de processos não seria alcançado, o que empiricamente vem se mostrando. Em verdade, dos processos citados, em nenhum deles seria possível reconhecer a prescrição intercorrente. A utilidade prática de se considerar a suspensão automática é de profunda relevância e, de fato, é capaz de reduzir o acervo do Judiciário de maneira impactante. É que, empiricamente, a tese mais aventada pela exequente para afastar a prescrição intercorrente é justamente a falta de despacho judicial que ordenou a suspensão da execução fiscal.

8. Complexidade, tomada de decisões, questões setoriais e o setor de distribuição de combustíveis, gás natural e biocombustíveis

Por ocasião do III do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (FONACRE), promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e realizado entre os dias 15 a 17 de maio de 2019, em Brasília, foi apresentado o painel intitulado “Devedor contumaz: interações entre tributação e defesa da concorrência”. Durante as discussões, os palestrantes defenderam, entre outros temas, a aprovação do PLS nº 284/2017, que regula o artigo 146-A da Constituição Federal, define

a figura do devedor contumaz e prevê critérios especiais de tributação a fim de prevenir desequilíbrios concorrenciais.

O Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia, César Mattos, abriu o painel sobre devedor contumaz, ressaltando dois comportamentos praticados pelos agentes do mercado que desequilibram a concorrência: o desrespeito aos marcos regulatórios e a sonegação fiscal, em parte, provocados pela alta carga tributária.

Também contribuíram para debates os advogados Michelle Marques Machado e Diogo Sant’ana, que falaram sobre o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no que diz respeito à evasão fiscal e defesa da concorrência. Sant’ana defendeu que a revisão do consolidado entendimento do STF quanto à questão das sanções políticas e, em referência ao devedor contumaz, pontuou que “a jurisprudência tem sido cada vez mais aguda no sentido de reconhecer que determinadas práticas de determinados agentes econômicos constituem algo que deve ser combatido, inclusive com a cassação do registro, que o impeça de continuar no mercado”.

Por fim, os diretores da Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência



23 Processos nº 0514885-60.1996.4.03.6182, 0522201-90.1997.4.03.6182, 0532225-17.1996.4.03.6182 e 0533029-82.1996.4.03.6182.

– Plural, Hélvio Rebeschini, e da Associação das Distribuidoras de Combustíveis – BRASILCOM, Carlos Germano, trataram do tema do devedor contumaz e concordaram que uma das soluções viáveis é a aprovação do PLS nº 284/2017. Além disso, defenderam a simplificação da tributação e a atuação permanente das secretarias de fazenda estaduais e da Receita Federal, com uso de ferramentas de inteligência.

Segundo a exposição, o devedor contumaz, especialmente no setor de distribuição de combustíveis, gás natural e biocombustíveis, tem as seguintes características: adota como modelo de negócio a inadimplência tributária, fomenta a concorrência desleal e a corrupção, adota práticas ilícitas reiteradas por meio de fraudes fiscais estruturadas, que pode ou não vir acompanhada de adulteração do combustível e, por fim, o baixo grau de recuperação do crédito tributário, causado por estratégias ilícitas como fraudes financeiras, blindagem patrimonial ou lavagem de dinheiro para omitir os ativos financeiros rastreáveis.

Nesse contexto, o advogado Diogo Sant'ana, em sua exposição, propõe um filtro baseado em evidências concretas para que os órgãos de concorrência e o Poder Judiciário tratem de forma diferente o agente que por meio do não pagamento dos tributos aumenta de forma ilegal sua participação no mercado. O filtro seria formado pelos seguintes elementos cumulativos: a) repetição de prática abusiva; b) atuação no mercado de alta tributação e baixas margens de lucro; c) maior participação de mercado com práticas abusivas; d) nexo de causalidade entre evasão fiscal e aumento da quota de mercado e; e) danos à concorrência.

Ante esse cenário, questiona-se se o Poder Judiciário poderia condicionar o deferimento de uma tutela antecipada que pleiteia o não pagamento de um tributo ao prévio depósito em juízo do valor pecuniário correspondente. A questão suscita um embate de

interpretação no CTN, particularmente entre o inciso II, de um lado, e os incisos IV e V, do artigo 151 do CTN, regras que estabelecem as causas que suspendem exigibilidade do crédito tributário.

Primeiramente, há que se ter como pressuposto para a solução do caso o fato do setor de distribuição de combustível ser, ele mesmo, uma complexidade externa, na linguagem de Posner, levando em consideração que, por menor que seja, o aumento do custo de um agente econômico pode alterar a concorrência, porque produz um ciclo de ações e reações de consumidores e de outras empresas para adequar suas atividades àquele aumento:

Uma empresa experimenta um aumento de custo. Deve decidir se aumenta seu preço para repassar uma parte do aumento de custos para seus clientes. Sua decisão dependerá, em parte, de uma avaliação de como seus concorrentes reagirão e, em parte, de uma avaliação de como seus clientes reagirão, enquanto seus concorrentes dependerão em parte de sua avaliação de como a empresa que aumentou os preços reagirá às respostas dos concorrentes ao aumento de preços, e assim por diante em um círculo.²⁴

O segundo pressuposto corresponde à constatação de que se está diante de um fato que ocorre no momento exacional, fase em que a interpretação da lei tributária deve ser estrita, inclusive por expressa imposição do artigo 111, I, do CTN. Por meio de uma abordagem puramente semântica do Direito, a doutrina tradicional afirma que o inciso II do artigo 151 do CTN é completamente inde-

24 “A company experiences a cost increase. It must decide whether to raise its price in order to pass on a portion of the cost increase to its customers. Its decision will depend in part on an assessment of how its competitors will react and in part on an assessment of how its customers will react, while its competitors’ will depend in part on their assessment of how the company if it does raise price will react to their responses to the price rise, and so on in a circle.” (POSNER, Richard Allen. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge, 2013, p. 56)

pendente dos incisos IV e V, o que significa que o contribuinte, para conseguir suspender a exigibilidade do crédito, pode fazer o depósito integral do valor discutido ou obter uma liminar ou uma tutela antecipada.

A abordagem semântica é válida e capaz de resolver muitos casos trazidos ao Judiciário. No entanto, quando o juiz se depara com um caso complexo, por exemplo, que envolve o setor de distribuição de combustíveis, a partir de uma profunda compreensão de todo o sistema, o juiz realista pode estabelecer uma regra diferente, a fim de equilibrar as vantagens desse mercado tão competitivo.

No caso, portanto, pressupondo-se uma realidade complexa, se os elementos do filtro do devedor contumaz tal qual expostos estiverem presentes, o juiz pode exigir o prévio depósito judicial como condição para conceder a tutela antecipada, *ainda que se façam presentes os requisitos do instituto processual: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*. Agindo assim, o juiz restringiu um direito do contribuinte, pelo menos do ponto de vista puramente semântico, já que o CTN não faz distinção entre as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Contudo, a complexidade específica do setor pauta a ação do magistrado, que deve observar os efeitos de sua decisão e conformar o caso, restringindo a aplicabilidade do artigo 151, IV e V, e inserindo uma condicionante à concessão da medida judicial. Registre-se, ainda, que a conclusão é legítima, diferentemente se o CTN proibisse de maneira expressa que o juiz fizesse tal exigência, hipótese em que o juiz não poderia superar o texto legislativo.

9. Conclusão

O consequencialismo judicial é uma realidade jurisprudencial e atualmente legal, nos termos da LINDB. Os juízes e tribunais do País estão cada vez mais se aprofundando na complexidade dos fatos que são trazidos

ao Poder Judiciário e medindo, na prática, os efeitos da decisão judicial. Nessa ordem de ideias, o juiz não mais observa os acontecimentos de forma retrospectiva, mas prospectiva, avaliando sistematicamente não apenas o aspecto legal, mas também o aspecto prático da decisão. Nesse cenário, é medida de urgência que se criem bases jurídicas ao consequencialismo judicial para que se estabeleçam subsídios dogmáticos e, assim, se possa aferir a racionalidade da decisão efetivada nesses termos, evitando seu uso arbitrário.

O perfil realista de juiz, tal qual exposto por Posner, se aproxima da necessidade de enfrentar a questão do consequencialismo seguindo uma metodologia jurídica e não simplesmente política. Tal necessidade se faz sempre presente na medida em que a única forma do Poder Judiciário se legitimar é por meio do Direito e da razão, devendo-se, portanto, assumir que o Direito convive com as inúmeras complexidades da vida real e que a decisão judicial, ela mesma, pode alterar a realidade de forma sistêmica, passando o juiz, de mero aplicador da lei, para participante ativo de incentivos econômicos, como é o caso das decisões em sede de tutela antecipada no setor de distribuição de combustíveis.

O juiz, como fonte do Direito, é uma realidade inegável. De fato, o juiz em sua atividade jurisdicional produz a norma de decisão e constrói o Direito levando em conta os fatos concretos e a realidade circundante. Nesse sentido, e na outra ponta da postura do juiz na aplicação da lei, negar a mínima atividade criativa ao juiz é admitir a passividade judicial. Passividade judicial seria, então, a atitude meramente contemplativa do juiz em face do Direito, de modo a restringir a atividade do juiz a uma operação lógica silogística e eminentemente dedutiva, que somente alguns defensores da Escola Exegética propugnavam, fortemente influenciados pela ideia de separação estrita dos poderes estatais.

Nessa ordem de ideias, parece também inevitável chegar à conclusão com Becho no

sentido de que existem momentos de atuação mais ou menos criativa no âmbito do Direito Tributário, a partir do próprio pressuposto de validade deste. Com efeito, se o Direito Tributário tem como pressuposto a garantia da liberdade, existem momentos ou searas desse ramo em que o juiz deve agir ativamente, como no momento anti-exacional, em que se perquire, no caso concreto, as imunidades, devendo ser interpretação mais ampla possível, assim como os princípios constitucionais tributários; ao passo em que, no momento exacional, devem ser respeitados os limites estritos da legalidade, sob pena de ativismo insustentável e restrição a direitos.

Em síntese, o consequencialismo judicial é admitido, mas desde que se limite ao pressuposto filológico do Direito Tributário, ao texto constitucional e ao momento em que tal poder é exercido. Dentro desses parâmetros, a atividade jurisdicional será de acordo com as regras vigentes e contribuirá, ao fim e ao cabo, para a construção de uma segurança jurídica e certeza do Direito, não aquela propugnada de maneira absoluta pelo positivismo jurídico, mas aquela necessária ao equilíbrio entre os direitos humanos do contribuinte e a necessidade de arrecadação do Estado.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento do supramencionado REsp 1.340.553/RS, a Primeira Seção do STJ fixou a interpretação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais, definindo os pressupostos e termo inicial da suspensão da execução fiscal previamente ao início da contagem da prescrição intercorrente. Destacaram-se, no julgamento, a influência de um número expressivo de execuções fiscais estar em trâmite nas secretarias das varas do Poder Judiciário e que tal circunstância foi vista de maneiras diversas pelo Ministro Relator e pelo Ministro Herman Benjamin, que abriu divergência. Verificou-se, ainda, que o elemento extrajurídico foi relevante na tomada de decisão e, por consequência, na construção jurídica do voto de cada julgador.

É inegável, portanto, que outros elementos que não os puramente jurídicos influenciam, efetivamente, nas decisões judiciais, sem que, contudo, se saiba quais sejam. Nesse sentido, a proposta oferecida por Becho parece ser apropriada. Os elementos extrajurídicos de decisão devem ser expostos e conhecidos de forma prévia para que, dentro de um espectro de opções possíveis ou prováveis, se possa prever a decisão do juiz no caso concreto.

Talvez este seja um caminho seguro para a construção e manutenção da segurança jurídica e, por consequência, o estabelecimento de regras jurídicas confiáveis que, ao fim e ao cabo, promovam redução de custos, previsibilidade das transações, aumento de investimentos estrangeiros, redução da pobreza e diminuição da desigualdade social, objetivos estampados na Constituição Federal de 1998.

Referências

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECHO, Renato Lopes. Considerações sobre dados extrajurídicos que podem estar influenciando os julgamentos tributários. *Revista Brasileira de Advocacia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 3, n. 8, jan./mar. 2018.

_____. *Filosofia do direito tributário*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva: 2010.

BECKER, Howard S. A epistemologia da pesquisa qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 184, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 2, jul. 2014, p. 184-199.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CNJ. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9fae7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MANKIW, Nicholas Gregory. *Princípios de microeconomia*. 3. ed. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

POSNER, Richard Allen. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3. ed. Oxford: Basil Blackwell Ltd, 1958.

Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito Urbanístico pela PUC-SP. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Professor de Direito Administrativo e de Direito Ambiental no curso de graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo.

RESUMO: A Constituição Federal alçou o plano diretor à categoria de instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano (art. 182), mas não são raras as dúvidas a respeito da aplicação da lei que institui o plano. A relação do plano diretor com outras leis que versam sobre matéria urbana ainda gera controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais importantes, especialmente porque as formas tradicionais de solução de conflito entre normas jurídicas não são aplicáveis às antinomias existentes entre a lei que institui o plano diretor e outras leis urbanísticas locais. Há dúvidas sobre até onde vai a autonomia da legislação municipal/distrital para versar sobre ocupação do solo urbano, diante do assim denominado princípio da reserva do plano; questiona-se, por exemplo, se leis locais podem regular instrumentos urbanísticos não previstos no plano diretor, como o loteamento fechado, por exemplo. O tema, aliás, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, que será objeto de análise em capítulo específico. O presente estudo pretende abordar essas e outras questões, como o processo legislativo específico para a edição do plano diretor, a abrangência do plano, sua alteração, seu conteúdo mínimo e seu processo de revisão periódica.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento urbano. Plano diretor. Instrumento urbanístico. Princípio da reserva de plano.

ABSTRACT: The Federal Constitution has raised the master plan to the status of being a fundamental legal resource for organization of urban space (article 182). However, doubts on the application of the law that laid down the plan are not uncommon. The relationship of the master plan with other laws dealing with urban matters still raises important doctrinal and jurisprudential controversies. This is mainly due to traditional ways of resolving conflicts between legal norms - which do not apply to the antinomies existing between the law establishing the master plan - and other local urban laws. There are some concerns as to how far the autonomy of the municipal / district legislation goes in so far as handling urban land occupation, in view of the so-called principle of plan competence; it is questioned, for example, if local laws can regulate urban planning instruments not contemplated in the master plan, such as residential lands, for one. In fact, the topic was subject to appraisal by the Federal Supreme Court, in the judgment of Extraordinary Appeal No. 607.940-DF, which will be object of analysis in a specific chapter. The present study intends to address these and other issues, such as the specific legislative procedure for editing the master plan, the scope of the plan, its change, its minimum content and its periodic review process.

KEYWORDS: Urban planning. Master plan. Town planning instrument. Principle of plan competence.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A planificação urbanística. 3. Plano urbano como instrumento jurídico e antinomias legais aparentes e reais. 4. Inaplicabilidade dos critérios tradicionais de solução de antinomias aos conflitos havidos entre plano diretor e leis locais que regulam matéria urbana. 5. Perplexidades causadas pela introdução do plano urbano no ordenamento jurídico pátrio. 6. Intensificação da atividade planificadora do Estado e o plano como ato normativo. 7. Planos de natureza indicativa. 8. O plano da operação urbana consorciada (plano indicativo) não revoga o plano diretor. 9. Plano diretor como instrumento fundamental do planejamento urbanístico. 10. Limites da competência da União e dos Estados-membros em matéria urbanística – os planos nacionais e regionais de organização do espaço urbano. 11. Planos regionais de desenvolvimento integrado para municípios inseridos em regiões metropolitanas. 12. Regras do Estatuto da Cidade sobre o plano diretor. 13. Regras gerais sobre plano diretor no Estatuto da cidade: o plano diretor como parâmetro para o cumprimento da função social da propriedade urbana. 14. Abrangência do plano diretor. 15. Regras sobre elaboração do plano diretor. 16. Alteração do plano diretor. 17. Revisão do plano diretor. 18. Obrigatoriedade do plano diretor. 19. Conteúdo mínimo do plano diretor. 20. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF. 21. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

Todos aqueles que têm algum contato, ainda que superficial, com o direito urbanístico, sabem do papel fundamental desempenhado pelo plano diretor municipal em matéria de ordenação do espaço urbano.

Basta ler a Constituição Federal. O seu artigo 182, § 1º, prevê expressamente que o plano diretor municipal é o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” e que sua edição é obrigatória para cidades com mais de vinte mil habitantes. O texto constitucional utiliza o termo *básico*, aqui, como sinônimo de *fundamental*, ou seja, o plano é fundamental para a criação e execução da política de desenvolvimento urbano. Em resumo: sem plano diretor não há como prever e implementar a política urbanística local.

Não se ignora a importância dos planos nacionais, regionais e metropolitanos para a ordenação do território (CF, art. 21, IX, e art. 25, § 3º), mas não há dúvida de que o plano local é o que contém as prescrições que mais diretamente influem na organização do espaço urbano. E nem poderia ser diferente, já que a Constituição estabelece ser de competência municipal “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (CF, art. 30, VIII).

A lei que institui o plano diretor municipal prevê as linhas mestras de expansão e composição do espaço urbano e fornece os parâmetros urbanísticos para a utilização da propriedade privada e pública situada em seus limites.

Não obstante a singeleza de tais conclusões, remanesce na doutrina e na jurisprudência pátria relevantes dúvidas acerca: a) da natureza do plano diretor; b) de sua aplicabilidade; c) de sua posição na hierarquia de normas que compõem o nosso

ordenamento jurídico; d) do que deve constar obrigatoriamente de sua redação; e e) da possibilidade de previsão de normas de ordenação do espaço urbano por outros diplomas legais, não incluídos no texto do plano diretor.

O tema foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, que teve como Relator o Ministro Teori Zavascki. Nesse julgado, proferido em 29.10.2015, foi aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”.

O acórdão será objeto de análise em outro ponto deste estudo, mas, em resumo, o que a Corte Suprema afirmou é que os Municípios que devem contar com plano diretor — aqueles com mais de vinte mil habitantes (CF, art. 182, § 1º) — podem editar leis específicas em matéria urbanística, desde que os textos desses diplomas sejam compatíveis com as diretrizes impostas pelo plano.

Mas a tese aprovada pelo STF, dada a generalidade de sua redação, não foi capaz de resolver as questões que envolvem o conteúdo obrigatório do plano diretor e as matérias que podem ser objeto de tratamento por outras leis municipais de direito urbanístico. Aliás, conforme será adiante abordado, a Corte, no aresto em questão, permitiu que matéria que, a nosso ver, deveria ser tratada pelo plano diretor (loteamentos fechados), fosse objeto de regramento por outro ato normativo, independentemente da previsão de diretrizes gerais sobre o tema pela lei que institui o plano diretor.

Buscar-se-á, a seguir, expor as razões das controvérsias que envolvem a aplicabilidade e o conteúdo do plano diretor municipal, bem como apontar alguns caminhos que levem à solução dessas questões.

2. A planificação urbanística

O desenvolvimento da ciência do urbanismo permitiu a criação de instrumentos destinados a transformar o espaço urbano. Esses instrumentos (ou técnicas) estão relacionados a determinadas concepções (ou métodos) do urbanismo. O uso de cada instrumento dependerá do método de urbanismo que se pretende aplicar para transformar a realidade do espaço urbano. Cada método conta com diferentes instrumentos urbanísticos para alcançar suas finalidades.

Por exemplo, o método do *urbanismo operacional*, que busca promover o desenvolvimento urbano (ou a renovação dos tecidos urbanos) por meio de ações organizadas de construção, restauração e instalação de equipamentos urbanos, conduzidas pelo Poder Público, ou por ele orientadas, utiliza, dentre outros, o instrumento da desapropriação urbanística.

Por sua vez, o método do *urbanismo concertado*, que concebe o desenvolvimento urbano como um processo decorrente da conjugação de esforços entre o Poder Público e a iniciativa privada, utiliza os instrumentos da operação urbana consorciada e da concessão urbanística, dentre outros.

Já o *urbanismo regulamentar* consiste em uma forma de organizar o espaço urbano fundamentada na imposição de regras de limitação à propriedade urbana, mais especificamente à liberdade de construir em solo privado. Por meio de regulamentos (normas de caráter geral e abstrato), a Administração controla a atividade privada de edificação. Impõem-se limites à altura dos edifícios; prescrevem-se recuos mínimos frontais e laterais às construções; definem-se requisitos mínimos de segurança e de salubridade das edificações; fixam-se condições de edificação de acordo com a utilização pretendida (comercial ou residencial).

Os diferentes métodos de urbanismo não se excluem mutuamente. Podem ser

aplicados ao mesmo tempo em um mesmo espaço territorial, visando ao (re)ordenamento urbanístico da área. O município, por exemplo, pode promover a desapropriação urbanística visando à readequação estrutural de determinada região da cidade (*urbanismo operacional*) e, ao mesmo tempo, promover operações urbanas consorciadas em outras áreas (*urbanismo concertado*). E tudo isso sem ignorar as regras de construção previstas no código de obras e edificações local (*urbanismo regulamentar*).

Todos esses métodos de urbanismo podem estar regulamentados por um instrumento denominado *plano urbanístico*. O plano pode prever a utilização das técnicas até aqui indicadas e de outras, como o zoneamento, por exemplo.

O método do urbanismo que faz uso do *plano* para alcançar suas finalidades de desenvolvimento urbanístico é denominado de *urbanismo de planificação*. O urbanismo de planificação consiste, em termos gerais, em elaborar um plano urbanístico que define a organização espacial e direciona o desenvolvimento e a expansão urbana de um município, de um conjunto de municípios limítrofes ou de todo o território de um país. O desenho do espaço urbano é estabelecido por meio de um ato normativo estatal que prescreve regras gerais de ordenação do território.

A técnica de planificação urbanística, embora exista desde a Antiguidade Clássica,¹

¹ Os romanos já traçavam os desenhos de suas cidades e Luís XIV foi o responsável por planejar a construção da cidade de Versalhes e da famosa *Champs-Élysées*, em Paris. São exemplos indicados por Le Corbusier. Nas palavras do famoso urbanista, “[...] os romanos eram grandes legisladores, grandes colonos, grandes chefes de negócios. Quando chegavam a algum lugar, à encruzilhada das estradas, à beira do rio, pegavam o esquadro e traçavam a cidade retilínea, para que ela fosse clara e ordenada, pudesse ser polida e limpa, para que as pessoas se orientassem nelas facilmente, para que a percorressem com facilidade — tanto a cidade de trabalho (a do Império) como a cidade de prazer (Pompéia). Eles foram, com Luís XIV, os únicos grandes urbanistas do Ocidente”. (LE CORBUSIER. *Urbanismo*. Fundação Le Corbusier. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira.



passou a ser aplicada em larga escala, na primeira metade do século XX, por obra de uma corrente urbanística denominada *funcionalismo racionalista*.² O desenvolvimento dessa doutrina foi fruto dos trabalhos desenvolvidos nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (CIAM), realizados a partir de 1928. Seus fundamentos estão consagrados na *Carta de Atenas*, emanada do Congresso ocorrido em Atenas, de 29 de julho a 13 de agosto de 1933, cujo processo de redação foi liderado por Le Corbusier.³

Como solução para os graves problemas urbanísticos que assolavam as cidades europeias e americanas na época, a doutrina funcionalista veiculada pela *Carta de Atenas* defende que o dimensionamento de todas as coisas no espaço urbano deve ser regido pela escala humana,⁴ o que significa que a cidade deve ser organizada com base nas quatro necessidades essenciais do homem: habitar, trabalhar, divertir-se e circular. Dessa forma, o urbanismo passa a ter quatro funções principais: assegurar aos homens uma moradia digna; organizar os locais de trabalho, de maneira que trabalhar não se torne uma su-

São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 7-9). Em Portugal, a reconstrução de Lisboa, após o devastador terremoto de 1755, foi realizada por meio de um plano de reconstrução, aprovado em 1758 por Marques de Pombal. (CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47-48).

² Ressaltam Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso que o desenvolvimento e a aceitação dessa técnica urbanística foi tamanho que, na língua inglesa, o urbanismo é chamado simplesmente de *planning*, e o direito urbanístico de *planning law*. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979, p. 42, tradução livre).

³ Fernando Alves Correia atribui a Le Corbusier a paternidade espiritual da *Carta de Atenas* (CORREIA,

Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 48), enquanto Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso afirmam que o documento foi primordialmente redigido pelo urbanista, e por ele logo amplamente comentado. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979, p. 43).

⁴ No original: “Le dimensionnement de toutes choses dans le dispositif urbains ne peut être régi que par l’échelle humaine”. (LE CORBUSIER. *La Charte d’Athènes* (suivi de entretien avec les étudiants des écoles d’architecture). Paris: Minuit, 1957, p. 99).

jeição penosa; prever instalações necessárias à boa utilização das horas livres e estabelecer uma ligação entre as diversas organizações mediante uma eficiente rede de circulação.⁵

De acordo a teoria funcionalista, o instrumento a ser utilizado pelo urbanismo para cumprir suas funções é o plano. São os planos que determinam a estrutura de cada um dos setores atribuídos às quatro funções-chave e fixam suas localizações dentro do conjunto. Por meio da técnica do *zoneamento*, o solo urbano é dividido de acordo com o tipo ou os tipos de utilização a que será destinado: industrial, residencial, comercial, desportivo, cultural, viário ou turístico. Fixam-se áreas nas quais é proibido edificar, zonas destinadas à conservação de áreas verdes e perímetros destinados à habitação social. Essas prescrições, somadas às disposições próprias do urbanismo regulamentar (dimensões mínimas das habitações, índices de ocupação do solo, coeficientes de aproveitamento, distância mínima dos edifícios desde a rua e do imóvel vizinho),⁶ resultam em um sistema normativo que indica como a cidade deve se organizar⁷ e de que forma deve ocorrer sua expansão e seu desenvolvimento.⁸

3. Plano urbano como instrumento jurídico e antinomias legais aparentes e reais

Esse sistema de regras de ocupação e expansão do solo urbano, justamente por criar limitações à propriedade privada, passa a ser imposto, nos países que o utilizam, por um ato normativo estatal, ou seja, pela lei. Caso contrário, seu caráter seria meramente orientador.⁹ Em nome da adequada organização do espaço urbano, a lei que institui o plano passa a fixar coeficientes de aproveitamento mínimo (a fim de combater a especulação imobiliária) e máximo (para evitar densidades excessivas) do imóvel, de acordo com o zoneamento definido para cada região da cidade. O desrespeito a essas regras resulta na aplicação de sanções legais ao proprietário faltoso.

É nessa fase histórica (início do século XX) que se observa um significativo desenvolvimento do direito urbanístico europeu. Afinal, o plano urbano deixa de ser mero instrumento administrativo e passa à qualidade de diploma legal, de observância obrigatória

5 No original: “Les clefs de l’urbanisme sont dans les quatre fonctions: habiter, travailler, se récréer (dans les heures libres), circuler”. (LE CORBUSIER. *La Charte d’Athènes* (suivi de entretien avec les étudiants des écoles d’architecture). Paris: Minuit, 1957, p. 99-100).

6 Conforme afirmamos, não há substituição de um método urbanístico por outro. A aplicação das técnicas do urbanismo de planificação convive com as de urbanismo regulamentar. O que diferencia os dois métodos é a existência de um plano urbanístico, que passa a direcionar a utilização da propriedade com vistas ao atingimento de um *estado futuro desejável* de organização urbana. Nas palavras de Ramón Parada, trata-se da passagem de uma fase *mecânico-regulamentar* para uma fase *orgânica-planificada*. (PARADA, Ramón. *Derecho administrativo III – Bienes públicos e Derecho urbanístico*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 320, tradução livre).

7 Nas palavras de Luciano Parejo Alfonso, “o zoneamento consiste na reserva de um solo fixado graficamente a determinado ou a determinados destinos, usos ou aproveitamentos, de sorte que a reserva define a licitude ou a ilicitude das correspondentes atividades sobre o solo em questão”. (ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho urbanístico: instituciones básicas*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1986, p. 9, tradução livre).

8 A função de direcionamento sobre a expansão e o

crescimento das cidades que o plano exerce é relacionada pela doutrina ao *urbanismo prospectivo*, expressão utilizada por Jacqueline Morand-Deville. (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit de l’urbanisme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 6).

9 Na França, como ensina Hubert Charles, a *Loi d’orientation foncière* de 30.12.1967 adotou o princípio de divisão da planificação urbana, mas criou dois tipos de planos: o *schéma directeur d’aménagement et d’urbanisme* (SDAU), de caráter não vinculativo, destinado à ordenação urbanística de aglomerações supracomunais, a servir apenas de referência para as escolhas fundamentais de desenvolvimento urbano; e os *plans d’occupation des sols* (POS), esses sim de observância obrigatória, destinados a regular a organização urbanística das comunas. (CHARLES, Hubert. *Les principes de l’urbanisme*. Paris: Dalloz, 1993, p. 8, tradução livre). José Afonso da Silva explica que “a doutrina reconhece a existência de dois tipos de planos relativamente à sua obrigatoriedade: o plano imperativo e o plano indicativo”. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.91). No Brasil, os planos são imperativos, impostos por meio de lei municipal, conclusão a que se chega a partir da simples leitura do artigo 182, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual o plano diretor deve ser “aprovado pela Câmara Municipal”.

pelo Poder Público e pelos particulares.¹⁰

- 10 A afirmação é feita sem ignorar as críticas que o funcionalismo racionalista e sua técnica planificadora receberam de urbanistas contrários aos seus métodos. Talvez o ataque mais contundente ao urbanismo de planificação foi realizado pela escritora Jane Jacobs, em seu *Morte e vida de grandes cidades*. Nessa obra, a autora combate com veemência as premissas do planejamento urbano ortodoxo (expressão por ela mesma utilizada), que promoveram o surgimento de técnicas urbanísticas como a cidade-jardim, proposta por Ebenezer Howard, a *Ville Radieuse*, criada por Le Corbusier, e a *City Beautiful*, impulsionada por Daniel Burnham. Defende que a diversidade (de usos, de tipologia das edificações, de nível socioeconômico dos habitantes) das zonas urbanas deve ser a tônica da ocupação das cidades e que o monofuncionalismo proposto pelos planejadores há de ser definitivamente afastado. Algumas passagens da obra dão o tom do descrédito da autora em relação aos referidos métodos urbanísticos. Afirma, por exemplo, que “mesmo que os utópicos tivessem planos que socialmente fizessem sentido nas cidades, está errado separar uma parte da população, segregada pela renda, separada em seus próprios bairros, que têm uma organização comunitária própria e diferente. Segregados mas iguais não resulta senão em problema numa sociedade em que não se ensina às pessoas que a casta faz parte da ordem divina. Segregados mas em melhores condições é uma contradição intrínseca onde quer que a separação seja imposta por uma forma de inferioridade”. (JACOBS, Jane. *Morte e vida de grandes cidades*. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 360). Em outro trecho, assevera que a crença na separação de usos, que moldam as diretrizes do zoneamento urbano, transforma a reurbanização “na coisa estéril, rígida e vazia que é. Atrapalham o planejamento urbano, que poderia encorajar deliberadamente a diversidade espontânea, propiciando as condições necessárias para seu crescimento. E complementa afirmando que as intrincadas combinações de usos diversos nas cidades não são uma forma de caos. Ao contrário, representam uma forma de organização complexa e altamente desenvolvida”. (*Ibidem*, p. 245). Françoise Choay também critica a imposição de modelos de cidade pelo plano funcionalista. Para autora, o modelo de cidade imaginado pelos urbanistas “dá forçosamente acesso ao arbitrário”. Discorrendo sobre a construção de Brasília, a historiadora afirma que a cidade, conquanto “edificada segundo as regras mais estritas do urbanismo progressista, é o grandioso manifesto de uma certa vanguarda, mas de modo algum a resposta a problemas sociais e econômicos precisos. O arbitrário desse tipo de método e de solução vai ser plenamente percebido diante do espetáculo — a que ponto banal — do arquiteto urbanista brincando de deslocar suas maquetes, ao sabor do humor ou da fantasia, os pequenos cubos que simbolizam moradias, locais de reunião, os elementos de uma cidade”. (CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades — uma antologia*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 50). Não obstante a reprovação que recebe por parte de importantes estudiosos, o fato é que a técnica da planificação urbanística é amplamente utilizada em todo o mundo, ainda que sem a rigidez inicial

Ocorre que a transformação do plano urbanístico em instrumento jurídico gerou — e gera até hoje — inúmeras dúvidas a respeito da aplicabilidade de suas prescrições. Há muitas questões, por exemplo, sobre como proceder em caso de conflito entre uma regra jurídica de direito urbano e o plano diretor. Qual delas deve prevalecer?

Pense nos critérios estabelecidos pela teoria geral do direito para resolver casos de conflito entre duas normas válidas de conteúdo diverso, conflito esse conhecido como *antinomia*.

No processo tradicional de aplicação da norma jurídica, uma lei editada posteriormente revoga a lei anterior. Cuida-se do conhecido *critério cronológico* de solução de antinomias — nesse caso, de uma antinomia aparente.¹¹ Na hipótese de duas leis incompatíveis, proferidas pelo mesmo ente político, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. A revogação da lei anterior pela posterior pode ser expressa ou tácita, isto é, ou a nova legislação expressamente prescreve que a lei precedente está revogada, ou regula inteiramente a matéria tratada pela primeira norma.¹²

Assim, por exemplo, uma lei local que disciplina integralmente os direitos e deveres do servidor municipal revoga o estatuto anterior: a vontade mais recente do legislador

proposta pelos funcionalistas. Os instrumentos típicos de outros métodos do urbanismo foram, na realidade, incorporados ao plano urbanístico, como, por exemplo, as técnicas de concertação público-privada, a abrandar o caráter arbitrário do planejamento.

- 11 A antinomia é chamada de aparente porque o conflito entre normas é solúvel, ou seja, não se trata de antinomia real. Na feliz expressão de Norberto Bobbio, o conflito entre lei anterior e lei posterior configura um caso de *antinomia solúvel*. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 92).
- 12 No direito brasileiro, o critério cronológico está previsto no artigo 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/1942, que é *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Nos termos desse dispositivo, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

deve prevalecer e o diploma anterior perde a validade. A vida funcional dos funcionários públicos municipais passa a ser disciplinada, por inteiro, pela nova legislação.

Outro critério para a solução de conflito entre normas legais é o *critério da especialidade*, representado pela máxima *lex specialis derogat legi generali*. A lei especial derroga a lei geral nas situações específicas (especiais) por ela reguladas. Imagine uma lei municipal que determina que todo o proprietário de imóvel urbano deva pagar o imposto de propriedade territorial (conhecido, no Brasil, como IPTU). Trata-se de uma lei geral, que impõe o pagamento do tributo para todo o proprietário de imóvel urbano. Mas imagine que outra regra isente do pagamento do tributo os proprietários de imóveis atingidos por enchentes. Há uma regra especial que é aplicável nesses casos específicos, a afastar a incidência da norma geral — que continua válida para as demais espécies de proprietários. A regra especial não revoga a regra geral — como o faz a lei posterior que regula integralmente a matéria tratada pela lei antecedente; ela apenas regula de forma específica uma situação especial. Nas palavras de Norberto Bobbio, a lei especial “subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente”.¹³

Há, ainda, outro critério utilizável para solucionar os conflitos aparentes de normas: o *critério hierárquico*. De acordo com ele, no embate entre duas regras legais que ocupam diferentes níveis na escala hierárquica, a norma superior prevalece sobre a inferior. As normas que compõem o ordenamento jurídico são organizadas em uma escala hierárquica. No topo da escala estão as normas consti-

tucionais, seguidas pelas leis infraconstitucionais, que, por sua vez, são seguidas pelos decretos, pelos contratos, pelas sentenças judiciais, pelos atos administrativos. Formase, desse modo, uma estrutura piramidal, cuja parte superior é ocupada pela Constituição. Cada uma dessas normas encontra seu fundamento de validade na norma que lhe é superior.¹⁴ Assim, a Administração Pública, ao aplicar uma multa a um motorista infrator, fundamenta-se no Código de Trânsito, que é uma lei ordinária, que, por sua vez, foi editada com base em regras constantes do Texto Constitucional. O decreto regulamentar é expedido pelo Chefe do Executivo para dar fiel execução a uma lei, produzida de acordo com as normas de competência previstas na Carta Maior. O decreto, portanto, é inferior à lei, que, de sua parte, é inferior à Constituição.

Desse modo, um ato administrativo — por exemplo, uma multa — expedido contrariamente à lei deve ser anulado; um decreto editado sem observância da regra legal que lhe serve de fundamento deve ser sustado; uma sentença judicial que condena alguém ao arrepio da lei deve ser reformada; um contrato ilegal deve ser anulado; uma lei inconstitucional deve ser invalidada. Portanto, no conflito entre uma norma que ocupe um nível hierárquico maior e outra que lhe é inferior, prevalece a primeira: *lex superior derogat legi inferiori*.

Até aqui expusemos os critérios de solução das chamadas antinomias de primeiro grau, também chamadas de antinomias aparentes ou solúveis. A doutrina costuma denominá-las dessa forma justamente porque

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 96. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “a regra de isenção ataca a própria esquematização formal da norma-padrão de incidência, para destruí-la em casos particulares, sem aniquilar a regra-matriz, que continua atuando regularmente para outras situações”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 617).

14 Nas palavras de Norberto Bobbio, a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen, serve para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo, isto é, um ordenamento cujas normas não nascem de uma única fonte. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 49). Com efeito, as normas localizadas em cada um dos graus hierárquicos encontram seu fundamento de validade nas normas imediatamente superiores, ou seja, não há uma fonte única de produção de todas as regras que compõem o ordenamento.

existem critérios normativos à disposição do intérprete para solucioná-las (lei posterior revoga anterior; norma especial prevalece sobre a geral; regra superior prevalece sobre a inferior).

Mas, ao lado dessas espécies de antinomias, reconhece-se a existência de antinomias reais ou insolúveis: são casos em que inexiste critérios legais para a solução do conflito, ou que entre os critérios disponíveis existe um conflito.¹⁵ Imagine duas regras legais, igualmente gerais e promulgadas ao mesmo tempo — dois artigos contraditórios previstos em um mesmo diploma legal, por exemplo. O conflito entre esses dispositivos não pode ser solucionado pelo critério hierárquico (as duas normas ocupam o mesmo grau de hierarquia), pelo critério de especialidade (as duas normas são igualmente genéricas) ou pelo critério cronológico (as duas regras foram promulgadas ao mesmo tempo). É por isso que esse conflito é chamado de antinomia insolúvel: não existe critério para solucioná-la; o intérprete, nesse caso, deve recorrer à interpretação equitativa,¹⁶ ao costume, à doutrina, ou a princípios gerais do Direito para dirimir o embate entre as regras antagônicas e resolver a controvérsia que lhe é apresentada. Mas, não obstante a solução do caso concreto, o fato é que a oposição entre as regras antagônicas permanecerá presente no ordenamento jurídico, até que, por exemplo, outra lei seja promulgada, a revogar uma das normas, ou as duas.

4. Inaplicabilidade dos critérios tradicionais de solução de antinomias aos conflitos havidos entre plano diretor e leis locais que regulam matéria urbana

Pois bem. Na aplicação do plano urbanístico, o uso desses critérios de solução de conflito entre normas jurídicas sofre limitações importantes.

Há diferenças relevantes no processo de aplicação da lei que institui o plano urbanístico. Pensemos, por exemplo, no emprego do critério cronológico para decidir a controvérsia existente entre uma regra do plano e outra regra legal posterior que lhe seja contrária, editada pelo mesmo ente político. Uma lei municipal de direito urbano não tem a força de revogar disposição do plano urbanístico, ainda que lhe seja posterior. Trata-se, à primeira vista, de antagonismo entre duas leis municipais que, pelos métodos tradicionais de conflito entre normas, seria facilmente solucionado a partir da utilização do critério cronológico, segundo o qual *lei posterior revoga a anterior*. Afinal, entre duas normas de mesma hierarquia, editadas pelo mesmo ente político e com o mesmo grau de generalidade, vale a regra editada por último.

Mas não é isso o que ocorre na aplicação da lei que institui o plano urbanístico. O planejamento deve ser obedecido, executado. Suas prescrições direcionam a atuação estatal e privada a um estado futuro desejável da organização urbana. O projeto traçado não pode ser alterado a todo o momento, sob pena de inviabilizar o alcance das finalidades estabelecidas pelo planejamento urbano. Um plano que é alterado constantemente deixa de ser um plano — a modificação de suas regras deve ser limitada ao estritamente necessário para o alcance de seus objetivos.

É por essas razões que as leis que disciplinam a organização do espaço urbano devem obediência às normas estabelecidas pelo plano diretor. Ainda que sejam expedidas

15 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 208. Nas palavras do autor, a antinomia real corresponde a uma “lacuna de regras de solução de antinomia”.

16 Explica Tercio Sampaio Ferraz Junior que “a solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação, a fim de que a solução seja justa” (*Ibidem*, p. 244).

pelo mesmo ente político, leis posteriores ao plano não podem contrariá-lo.

Ora, isso é o oposto do estabelecido pelo critério cronológico de solução de antinomias. Edita-se uma lei — o plano diretor — que não pode ser revogada por leis posteriores do mesmo grau hierárquico. A transformação do planejamento meramente administrativo em instrumento jurídico provoca uma importante alteração na forma como as regras legais são aplicadas. Cria-se uma nova hierarquia legal: as leis do plano urbano passam a ser superiores a outras leis que tratam de matéria urbanística, ainda que editadas pelo mesmo ente político. Diplomas legais que tratam de matéria urbana devem obedecer aos parâmetros legais impostos pelo plano, ainda que todos se situem na mesma escala hierárquica.

Fácil perceber que esse novo modo de aplicação da lei não se encaixa no sistema piramidal kelseniano. Afinal, as leis urbanísticas buscam o seu fundamento de validade em uma norma do mesmo nível hierárquico, e não em uma norma superior.

Essa dificuldade de enquadramento do plano nas categorias tradicionais de atos legislativos é lembrada com frequência pela doutrina estrangeira que trata do tema.

O autor francês Grégory Kalflèche, por exemplo, afirma que as relações entre as normas urbanísticas são distintas das relações normalmente encontradas no sistema kelseniano de normas.¹⁷ O português Fernando Alves Correia conclui que as categorias jurídicas tradicionais herdadas do Estado de Direito liberal “são incapazes de abranger a variedade das intervenções da Administração Pública na sociedade dos nossos dias, entre as quais se encontra a actividade de planificação territorial”.¹⁸ Na mesma linha, Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso ensinam que a natureza jurídica do plano urbanístico

ainda é objeto de controvérsia, a refletir as dificuldades encontradas para enquadrar devidamente a planificação em geral entre as formas típicas de atuação do Estado de Direito contemporâneo. Os dois autores espanhóis explicam que, para muitos doutrinadores, o plano urbano não se encaixa em nenhuma das formas clássicas de atuação do Estado de Direito — não é lei e nem ato administrativo. Trata-se de um ato relevante do ponto de vista jurídico, mas que não é enquadrável em nenhuma das categorias jurídicas tradicionais.¹⁹

5. Perplexidades causadas pela introdução do plano urbano no ordenamento jurídico pátrio

As perplexidades causadas pela introdução do plano urbanístico no ordenamento jurídico dos países que adotaram o urbanismo de planificação são compreensíveis. Até a primeira metade do século XX, o plano não era um instrumento juridicamente formalizado; a Administração Pública podia até planejar suas atividades — não havia nem mesmo impedimento lógico para que isso ocorresse²⁰ —, mas as metas traçadas não eram legalmente exigíveis. Ou seja, o planejamento (econômico, financeiro, administrativo, territorial etc.) não vinculava juridicamente as ações do Poder Público. O conteúdo dos planos não era obrigatório nem para o Estado, nem para os particulares.

Mas o aumento da intervenção estatal na ordem econômica e social, característico da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, intensificou a atividade planificadora do Poder Público. O plano passou a ser utilizado em larga escala pelo Poder Público para implementar as políticas de intervenção

17 KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Universitaires de France, 2012, p. 51.

18 CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 516.

19 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979, p. 179-183. Não obstante, os autores esclarecem que, na Espanha, jurisprudência e doutrina majoritária reconhecem o caráter normativo dos planos urbanísticos.

20 CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 313.

na ordem social e econômica; e passou a ser veiculado por lei, ou seja, assumiu de vez a qualidade de instrumento jurídico, de observância obrigatória, portanto.

Cria-se, assim, uma espécie de ato legislativo que, em razão do seu conteúdo planificador, passa a servir de fundamento de validade para leis situadas no mesmo grau hierárquico, de modo que a edição dessas leis não revoga a lei que instituiu o plano; ao contrário, a lei posterior com conteúdo contrário às disposições do plano carece de validade, ainda que editada pela mesma autoridade pública.

Um exemplo extraído do ordenamento brasileiro pode ajudar a compreender a questão. Pense na lei que institui o plano plurianual (PPA), editada pela União, nos termos do artigo 165, I, da Constituição Federal. Cuida-se de um plano, instituído por lei, que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração para a realização das despesas de capital e daquelas relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º). As demais leis orçamentárias, como a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) devem obediência aos preceitos do PPA, sob pena de invalidade. Da mesma forma, a LDO orienta a elaboração da LOA (CF, art. 165, § 2º), que lhe deve, portanto, obediência: as regras previstas na lei orçamentária anual devem ser editadas com fundamento nos preceitos da lei de diretrizes orçamentárias.

Note: a Constituição cria uma hierarquia entre leis da mesma espécie, editadas pelo mesmo ente da Federação. O PPA, a LDO e a LOA são leis ordinárias, criadas a partir do mesmo processo legislativo, que obedece a regras específicas previstas no artigo 166 do Texto Constitucional. Ou seja, os projetos de lei relativos às três leis orçamentárias passam pelo mesmo procedimento de aprovação (apreciação pelas duas Casas do Congresso Nacional, exame por Comissão mista permanente de Senadores e Deputados etc.),

ou seja, são aprovados a partir de regras comuns a todos eles. Não há nada que indique, do ponto de vista formal, qualquer diferença hierárquica entre as normas. A lei orçamentária anual não pode ser considerada um ato administrativo expedido com base na LDO: sua natureza é de lei ordinária, assim como as outras duas componentes do trio de leis orçamentárias.

Não obstante, o conteúdo da LOA não pode contrariar as prescrições da LDO, e as duas devem respeito ao definido pela lei que define o PPA. Deve ser considerada ilegal uma disposição da LOA que contrarie dispositivo da LDO, ainda que os dois diplomas estejam situados — formalmente — na mesma escala hierárquica.

No mesmo diapasão, nenhum diploma legal que verse sobre orçamento público pode contradizer o que diz a lei orçamentária anual de cada ente federativo. A LOA não pode ser revogada, ainda que parcialmente, por outras leis durante o transcurso do exercício financeiro ao qual se refere. Esse impedimento decorre, na verdade, dos princípios da universalidade e da unidade, que informam o direito financeiro e podem ser extraídos da redação do artigo 165, § 5º, da Constituição Federal. Essa norma impõe a unidade da peça orçamentária, visando justamente permitir que o planejamento fiscal seja eficaz. Afinal, para que o plano dê certo, necessário que todas as receitas e despesas estejam previstas em uma única lei orçamentária — é por essa razão que o dispositivo constitucional citado impõe deva constar da LOA o orçamento fiscal de todos os Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta e empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto, além do orçamento da seguridade social.

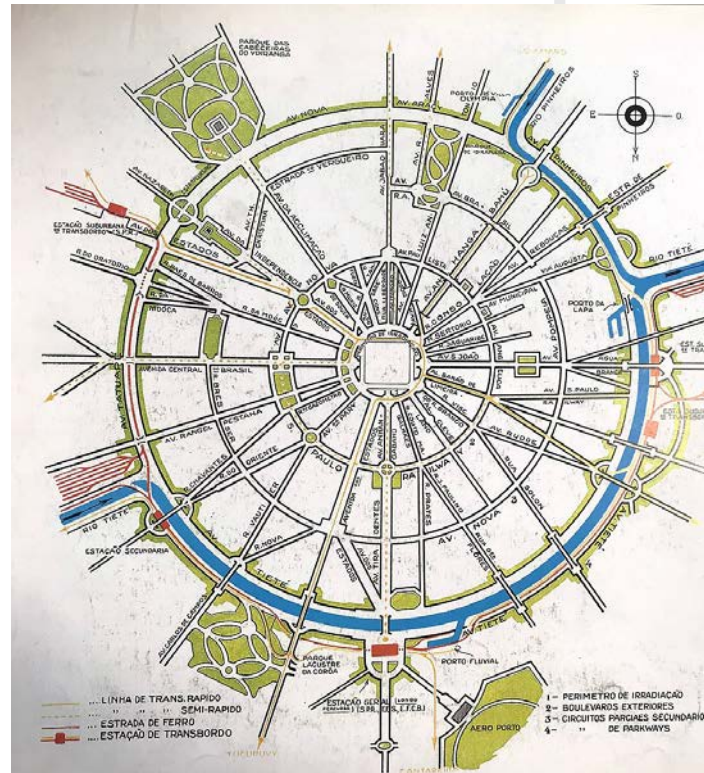
Todas as receitas e despesas devem estar previstas em um único documento, sob pena de tornar impossível ao administrador público saber, com razoável grau de precisão, o montante total de recursos financeiros dis-

poníveis e o valor das despesas a serem cobertas. Sem unidade de planejamento, também não há como estabelecer metas de déficit e superávit fiscais e muito menos tentar diminuir a dívida total do ente público. Nenhum plano que objetive melhorar a situação fiscal da Administração poderá dar certo se não incluir todas as despesas e receitas em um único documento.

É nesse sentido que a doutrina que trata do direito financeiro se refere ao *princípio da universalidade*, que significa justamente que todas as receitas e despesas devem estar previstas na lei orçamentária.²¹

6. Intensificação da atividade planificadora do Estado e o plano como ato normativo

Pois bem. Os ordenamentos jurídicos dos países que intensificaram a atividade planificadora do Estado passaram a prever o plano como espécie de ato normativo. O plano (orçamentário, econômico, urbanístico etc.) passou a ser imposto por meio de lei;²² uma lei que, como visto, deve ser acatada também por leis que pertençam à mesma escala hierárquica, ainda que editadas posteriormente. Diplomas legais posteriores com conteúdo contrário ao plano não o revogam — ao contrário, são considerados inválidos justamente por contrariar a lei que institui o plano. Não são aplicáveis, como visto, os critérios cronológico e de especialidade para a solução desse



tipo de conflito normativo.

A ordem jurídica brasileira também passou a prever o plano como ato legislativo, isto é, como instrumento normativo de observância obrigatória pelo Poder Público e por cidadãos em geral.

Além dos casos já citados, relacionados ao direito financeiro, como, por exemplo, o plano plurianual, (CF, art. 48, II, e art. 165, I), encontra-se no Texto Constitucional dispositivo que impõe sejam definidos por meio de lei os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (CF, art. 48, IV).

A Constituição Federal atribui à União a competência para a elaboração de “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (CF, art. 21, IX). São planos que estabelecem as diretrizes gerais de ordenação de todo o território brasileiro. Seu alcance é limitado pela competência atribuída aos Estados (CF, art. 25, § 3º) e, principalmente, aos Municípios (CF, art. 30, VIII) para disciplinar a

21 Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, “o princípio ganha novo conteúdo com o advento da nova Constituição Federal. Não há possibilidade de qualquer exclusão. Tudo deve estar previsto no orçamento”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122).

22 Nas palavras de José Afonso da Silva, o planejamento “não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes. É uma previsão constitucional e uma provisão legal. Tornou-se imposição jurídica, mediante a obrigação de elaborar planos, que são os instrumentos consubstanciadores do respectivo processo”. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90).

ocupação do espaço urbano.²³ Afinal, o Texto

23 Nas palavras de José Afonso da Silva, nossa experiência na edição de planos nacionais de ordenação do território é praticamente nenhuma. Nas palavras do autor, “o único exemplo destacado que tivemos foi o Capítulo IX do II PND” (Plano Nacional de Desenvolvimento – Lei nº 6.151/74) (*Ibidem*, p. 117). Já como exemplos de planos regionais de ordenação do território, podem ser citados os planos diretores previstos nas leis federais que criaram superintendências de planejamento supraestaduais, como a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE – Lei nº 3.692/1959) e a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM – Lei nº 5.173/1966). A Lei nº 3.692/1959 (SUDENE), por exemplo, faz referência expressa ao “plano diretor plurienal”, que deve discriminar, “pelos diferentes setores, os empreendimentos e trabalhos destinados ao desenvolvimento específico da região” (art. 8º, *caput*). Trata-se de disposições que, por óbvio, interferem diretamente na ordenação dos territórios dos municípios localizados na área de abrangência da lei. No mesmo sentido, a Lei nº 5.173/1966 (SUDAM) prevê a edição do “Plano de Valorização Econômica da Amazônia” (art. 3º), que deve conter, dentre outras disposições a “definição dos espaços econômicos suscetíveis de desenvolvimento planejado, com a fixação de polos de crescimento capazes de induzir o desenvolvimento de áreas vizinhas” (art. 4º, b). A SUDAM e a SUDENE foram extintas (MP nº 2.157-5/2001 e MP nº 2.156-2/2001) e substituídas, respectivamente, pela Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e pela Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE), que passaram a ser competentes para elaborar os respectivos planos de desenvolvimento. Posteriormente, a Lei Complementar nº 125/2007 instituiu novamente a SUDENE como autarquia especial, na forma do artigo 43 da Constituição Federal, com a finalidade “de promover o desenvolvimento incluyente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional” (art. 3º). Essa lei complementar também previu ser competência da SUDENE a elaboração de planos “para o desenvolvimento de sua área de atuação, em consonância com a política nacional de desenvolvimento regional, articulando-os com os planos nacionais, estaduais e locais” (art. 4º, II). A SUDAM também foi recriada, nos mesmos moldes, pela Lei Complementar nº 124/2007, que também a definiu como uma autarquia especial integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal (art. 1º), com a finalidade de “promover o desenvolvimento incluyente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional” (art. 3º). À SUDAM também foi atribuída a competência para a edição de planos regionais, que devem ser editados em consonância com a política nacional de desenvolvimento regional e com os planos nacionais, estaduais e locais (art. 4º, II). Sobre a questão, lembra Gilberto Bercovici que existe, no federalismo brasileiro, a possibilidade de cooperação no planejamento regional (CF, art. 174, § 1º). Entretanto, ressalta o autor, “é difícil uma efetiva colaboração federativa na elaboração e compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento (compatibilização esta

Constitucional não deixa dúvidas de que o protagonista da política de desenvolvimento urbano é o Poder Público municipal (CF, art. 182, *caput*). É certo que está prevista, em outro dispositivo, a competência expressa da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (CF, art. 21, XX). Ocorre que à legislação federal cabe impor apenas normas gerais de disciplina urbanística, sob pena de invasão da competência municipal para dispor sobre a ordenação urbanística de seu território. As questões urbanas devem ser resolvidas localmente: é o Poder Público local e a popu-

que é fundamental) quando os órgãos responsáveis pelo planejamento regional no país são todos parte da Administração Indireta federal” (SUDAM e SUDENE, por exemplo). O autor ressalta, ainda, que a vinculação dos planos regionais ao plano plurianual dificulta a sua concretização e reforça a tendência existente no Brasil de limitação do planejamento ao orçamento. Nas suas palavras, “estes Planos de Desenvolvimento Regional estão limitados à proposta orçamentária, sem garantir, efetivamente, os recursos para sua execução e sem fixar objetivos para a atuação do Estado. Um plano plurianual, como vimos, é uma simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle de sua execução e garantia nenhuma de efetividade” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 213-214). Com efeito, a Constituição Federal prevê que “os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional” (art. 165, § 4º). A conexão entre o PPA e os planos nacionais, regionais e setoriais visa à adequação orçamentária dos objetivos traçados no planejamento — não há como cumprir as metas fixadas se não houver recursos financeiros para tanto. Ademais, muitas dessas metas correspondem à execução de obras públicas que demandam mais de um exercício financeiro para serem concluídas. Assim, a previsão no PPA é fundamental, inclusive para fins de enquadramento na exceção prevista no artigo 57, I, da Lei nº 8.666/1993, que permite que os prazos dos contratos administrativos sejam prorrogados para mais de um exercício financeiro, desde que relacionados a projetos contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual. De outra parte, a necessidade de apreciação do plano pelo Congresso Nacional está diretamente relacionada, por óbvio, ao caráter obrigatório do plano e à sua natureza legislativa, conforme já disposto pelo artigo 48, IV, da nossa Carta Federal. Os planos de desenvolvimento não podem ser impostos por mero decreto do Poder Executivo: são peças legislativas que devem ser aprovadas pelos representantes do povo.

lação da urbe que devem decidir como será organizado o território do Município, pois, afinal, são eles que conhecem como ninguém os problemas de sua cidade.

De qualquer modo, as diretrizes gerais expedidas pela União devem ser respeitadas quando de sua suplementação pela lei local, de acordo com a disciplina imposta pela Constituição para o exercício da competência concorrente (CF, art. 24, §§ 1º a 4º, e art. 30, II). Ao ente federal cabe apenas a edição de normas gerais sobre planejamento urbano e sobre direito urbanístico em geral (CF, art. 24, I) — as normas suplementares sobre a matéria, que regularão com detalhes a disciplina do espaço urbano, devem ser editadas, principalmente, pelo Poder Público municipal. Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) determina ser competência da União a instituição de “diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público” (art. 3º, IV). Trata-se de diretrizes gerais, que devem ser suplementadas pelos entes locais, de acordo com suas particularidades.

7. Planos de natureza indicativa

Não obstante todas essas referências sobre a obrigatoriedade dos planos e a sua instituição por meio de lei, há ainda na doutrina alguma discussão acerca do alcance de suas disposições. Há quem defenda a existência de dois tipos de planos no que toca à sua compulsoriedade: o *plano imperativo* e o *plano indicativo*. As normas do primeiro são de observância obrigatória por toda a coletividade, ao passo que as disposições do segundo são apenas sugeridas pelo Poder Público — os indivíduos são livres para segui-las ou não.²⁴

24 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91. A discussão está presente, também, em outros países. Na França, como ensina Hubert Charles, a *Loi d'orientation foncière* de 30.12.1967 adotou o princípio de divisão da planificação

O Constituinte reconheceu a existência do plano indicativo, ao menos no que toca ao plano indutor de comportamentos do setor privado na seara econômica. O artigo 174 do Texto Constitucional dispõe sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da economia e prevê como um dos seus instrumentos o planejamento econômico, que é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (CF, art. 174, *caput*). Não obstante o seu caráter indicativo para os particulares, o fato é que o plano, como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico, é vinculante para a Administração Pública, ou seja, não há como negar o seu caráter compulsório e, portanto, a sua natureza legislativa. Por outro lado, o setor privado pode não ser obrigado a cumprir as determinações do plano, mas também não lhe é permitido atuar deliberadamente contra suas diretrizes.²⁵ De todo o modo, o artigo 174 da Carta prevê expressamente que a função de planejamento — assim como as funções de fiscalização e incentivo — deve ser exercida na forma da lei. Não resta dúvida, portanto, sobre a submissão da atividade planificadora do Estado ao princípio da legalidade.²⁶

No que toca especificamente ao planejamento urbanístico, pode-se afirmar que, no Direito brasileiro, estão previstas as duas modalidades de plano. O plano de organização do espaço urbano é, em regra, vinculativo. Afinal, trata-se de instrumento

urbana, mas criou dois tipos de planos: o *schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme (SDAU)*, de caráter não vinculativo, destinado à ordenação urbanística de aglomerações supracomunais, a servir apenas de referência para as escolhas fundamentais de desenvolvimento urbano; e os *plans d'occupation des sols (POS)*, esses sim de observância obrigatória, destinados a regular a organização urbanística das comunas. (CHARLES, Hubert. *Les principes de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 1993, p. 8, tradução livre).

25 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

26 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 205. Nas palavras do autor, “é a condição do plano enquanto lei, debatida e aprovada pelos representantes do povo, que dá o caráter democrático ao planejamento”.

imposto por meio de lei municipal, conclusão a que se chega pela simples leitura do artigo 182, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual o plano diretor deve ser “aprovado pela Câmara Municipal”. Portanto, as regras que definem o zoneamento urbano, os coeficientes de aproveitamento, as taxas de ocupação, os tamanhos mínimos e máximos de lotes e os demais índices urbanísticos são todas elas de observância obrigatória pelo setor privado. Sua vinculação por meio de lei é atendimento direto ao princípio da legalidade, que deve informar toda e qualquer limitação estatal à propriedade privada. É disso que se trata: os poderes do proprietário sobre o imóvel urbano sofrem restrições em favor da ordem urbanística, mas essas limitações somente podem ser impostas por lei, em respeito ao direito fundamental à proteção da propriedade privada, que é constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, XXII).

Mas há de se reconhecer, também, a previsão, no direito pátrio, de planos urbanísticos de caráter indicativo. Exemplo desse tipo de plano está na lei que cria uma operação urbana consorciada, conforme exposto, em linhas gerais, nos artigos 32 a 34-A do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). A operação urbana consorciada é um instrumento de readequação do espaço urbano característico de um método de urbanismo denominado *urbanismo concertado*, já referido em capítulo anterior deste estudo. Como típica ferramenta de concertação público-privada, a operação consorciada depende, para que seus objetivos sejam atingidos, da adesão dos particulares interessados em participar da parceria com o Poder Público municipal. É nesse sentido o dispositivo constante do art. 32, § 1º, da Lei nº 10.257/2001, que define a operação urbana consorciada como o “conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a va-

lorização ambiental”. Ou seja, a concretização das metas definidas pelo plano da operação consorciada depende da adesão do setor privado, razão pela qual é possível afirmar que o plano urbanístico da operação é apenas e tão somente indicativo para os particulares.

Com efeito, o plano previsto na lei específica que cria a operação urbana consorciada pode fixar índices urbanísticos diferenciados para a área de abrangência da operação. Isto é, as regras de ocupação definidas pelas leis municipais de uso e ocupação do solo para a área objeto da operação podem ser alteradas por lei específica que institui a intervenção urbana.²⁷ Essas medidas servem para atrair os investimentos privados necessários ao alcance dos objetivos da operação urbana consorciada, já que os proprietários e inves-

27 A Lei nº 13.769/2004 do Município de São Paulo, que instituiu a *Operação Urbana Consorciada Faria Lima*, por exemplo, em seu artigo 6º, autoriza o Executivo a efetuar, de forma onerosa, a outorga de potencial adicional de construção e de alteração dos usos e parâmetros urbanísticos estabelecidos na legislação de uso e ocupação do solo vigente à data de *protocolamento do processo*, para os lotes contidos no perímetro da operação, na conformidade dos valores, critérios e condições estabelecidos no mesmo diploma municipal, como forma de obtenção de recursos para a realização da ação consorciada. E o parágrafo único do mesmo dispositivo prescreve que “o total de potencial adicional de construção, outorgado para utilização nos lotes contidos no interior do perímetro descrito do artigo 1º, fica limitado a 2.250.000 (dois milhões, duzentos e cinquenta mil) metros quadrados, devendo ser deduzidos todos os metros quadrados de outorga de adicional de construção aprovados até a data de aprovação da presente lei [...]”. Isto é, a lei municipal autoriza o Poder Público a “vender” potencial adicional de construção aos proprietários em construir acima dos índices ordinários previstos no plano diretor, desde que os interessados arquem com determinadas contrapartidas previstas na mesma lei. Já tivemos a oportunidade de afirmar que o perímetro urbano no qual será aplicada a operação consorciada é uma região da cidade sujeita às novas regras impostas pela lei que cria a operação, e não às leis de uso e ocupação do solo, válidas para todo o território municipal (e que são obrigatórias também para a área objeto da operação consorciada antes de sua implantação). Trata-se de um “recorte” no mapa urbano, do qual resultará um território objeto de regras diferenciadas de ocupação. (LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 194).

tidores pagam,²⁸ ou dão algum outro tipo de contrapartida (como, por exemplo, construir um conjunto habitacional para a população de baixa renda), em troca do direito de construir de acordo com os novos índices urbanísticos fixados pelo plano urbanístico previsto na lei que institui a operação urbana consorciada. Note: a construção de acordo com os novos índices definidos no plano da operação consorciada somente é possível se o interessado arcar com as contrapartidas previstas na lei que institui a ação concertada. A concretização do plano da operação depende, portanto, da adesão do setor privado, razão pela qual é possível defender a natureza indicativa desse tipo de plano. Caso não haja adesão, a edificação na área seguirá os parâmetros definidos no plano diretor municipal, esse sim um plano de observância obrigatória por toda a coletividade.

8. O plano da operação urbana consorciada (plano indicativo) não revoga o plano diretor

Seria o caso, nesse momento, de perguntar: a lei que define o plano específico da operação consorciada não revoga, ainda que parcialmente, a lei que institui o plano diretor municipal? Nesse caso, não haveria a incidência do critério cronológico (lei posterior que cria a operação urbana consorciada revoga a lei anterior que institui o plano diretor) ou do critério da especialidade (lei específica para a área da operação revoga a lei que define os índices urbanísticos para toda a cidade)?

A resposta é negativa. Veja: a possibilidade de aplicação do instrumento da operação urbana consorciada deve constar do plano

diretor municipal. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.527/2001) prevê que a lei municipal específica que delimita área para a aplicação da operação consorciada deve estar baseada em prescrição do plano diretor (art. 32, *caput*), isto é, o instrumento da operação urbana consorciada somente pode ser utilizado se a lei que institui o plano diretor autorizar.²⁹ O Estatuto prevê, ainda, que as disposições relativas às operações urbanas consorciadas (área de abrangência, modificações dos índices urbanísticos, contrapartidas dos beneficiários, plano da operação, finalidades, forma de controle etc.) devem constar obrigatoriamente do plano diretor municipal, como um dos seus requisitos mínimos (Lei nº 10.257/2001, art. 42, II).

Deveras, tendo em vista que efetivar a operação urbana consorciada pressupõe alterar os parâmetros urbanísticos do plano diretor, e que o plano é um instrumento fundamental da política de desenvolvimento urbano (Constituição Federal, art. 182, § 1º, e Lei nº 10.257/2001, art. 40), a possibilidade de utilizar a ação consorciada deve estar prevista no seu texto. Caso contrário, a lei que institui o plano diretor seria alterada por uma lei municipal produzida sem obediência às regras que regulam sua elaboração, previstas na Lei nº 10.257/2001 (arts. 39 a 42-B). Assim, somente o plano diretor municipal pode autorizar a aplicação da operação urbana consorciada, visto que esta pressupõe a alteração dos índices urbanísticos por ele previstos, nos moldes do artigo 32, § 2º, da Lei nº 10.257/2001.

28 Esse pagamento pode ser realizado por meio de certificados de potencial adicional de construção (os CEPAC), valores mobiliários emitidos pelo Município e livremente negociáveis no mercado, emitidos justamente com a finalidade de servirem para o “pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada” (art. 34, § 2º, do Estatuto da Cidade).

29 O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), por exemplo, prevê que “a Prefeitura poderá realizar Operações Urbanas consorciadas, de acordo com a Lei Federal nº 10.257, de 2001, com o objetivo de promover, em um determinado perímetro, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, previstas no Projeto de Intervenção Urbanística elaborado para a área” (art. 137). A mesma lei municipal prevê, ainda, que “novas operações urbanas consorciadas poderão ser criadas, por lei específica, apenas na Macroárea de Estruturação Metropolitana, com prioridade para a realização de estudos nos seguintes subsetores: I – Arco Tamanduateí; II – Arco Tietê; III – Arco Jurubatuba; IV – Arco Pinheiros” (art. 137, parágrafo único).

Trata-se, na realidade, de aplicação do princípio da reserva do plano (CF, art. 182, §§ 1º e 2º), que promove o plano diretor à categoria de principal instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana.³⁰ O texto constitucional é expresso nesse sentido, ao determinar que as exigências fundamentais de ordenação da cidade devem estar definidas na lei que institui o plano (art. 182, § 2º). A finalidade da norma constitucional é, justamente, evitar que leis municipais esparsas regulamentem — cada qual a seu modo — a organização do espaço urbano, em evidente prejuízo ao planejamento urbano local, que deve ser único para todo o território.³¹

Portanto, não há revogação, ainda que parcial, da lei que institui o plano diretor pela lei que cria a operação urbana consorciada. Afinal, a edição desta última deve ser prevista pela primeira. A lei do plano diretor funciona, na verdade, como requisito de validade da lei que regula a ação consorciada. Esta só pode existir se sua edição estiver prevista naquelas. De outra parte, cabe lembrar que a lei da operação vale apenas para uma área es-

pecífica da cidade — que, aliás, também deve estar delimitada, ainda que em termos genéricos, pelo plano municipal (Lei nº 10.257/2001, art. 32, *caput*)³² —, todo o restante do território municipal continua com sua ocupação regulada pelas disposições do plano diretor.



Aliás, as regras do plano diretor continuam a incidir inclusive sobre a área delimitada pelo plano da operação — caso os proprietários

30 Nesse sentido, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) determina que muitos dos instrumentos urbanísticos indicados em seu texto somente serão aplicados se sua instituição for prevista pelo plano diretor municipal. Dentre eles, pode-se citar: a) o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóveis urbanos (art. 5º), inclusive no que se refere à delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o instrumento, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização (art. 42, I); b) o direito de preempção (art. 42, II c/c art. 25); c) a outorga onerosa do direito de construir e do direito de alteração do uso (art. 42, II c/c arts. 28 a 31); d) a transferência do direito de construir (art. 42, II, c/c art. 35); e e) as operações urbanas consorciadas (art. 42, II, c/c arts. 32 a 34). A maior parte desses instrumentos (parcelamento, edificação e utilização compulsórios; direito de preempção; transferência do direito de construir; e operação urbana consorciada) dependem, ainda, de lei municipal (baseada no plano diretor) que os institua.

31 Na mesma direção, Victor Carvalho Pinto invoca o princípio da reserva de plano como fundamento para a necessidade de o plano diretor prever “as bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir”. (PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 224-225).

32 A previsão, ainda que genérica, da área de implantação das operações concertadas evita que o instrumento seja utilizado de forma casuística e oportunista, sem a consonância com o planejamento urbanístico, cujas diretrizes estão expressas no plano diretor local. (LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 173).

de imóveis na região não arquem com as contrapartidas, ou seja, não participem da ação concertada —, as edificações por eles executadas deverão atender aos parâmetros do plano diretor municipal.



O mesmo raciocínio é válido para qualquer outra forma de ação concertada entre Poder Público e setor privado, como, por exemplo, a concessão urbanística, prevista, no Município de São Paulo, pela Lei nº 14.917/2009 e pelo Plano Diretor Estratégico Municipal (Lei nº 16.050/2014, art. 144). Esse instrumento também deve ter sua aplicação autorizada pelo plano diretor, sob pena de invalidade da lei que o institui.

Desse modo, permanece legítima nossa afirmação no sentido de que lei da mesma escala hierárquica que contrariar o plano diretor não tem o condão de revogá-lo. Ao contrário, deverá ser considerada inválida, caso sua edição não tenha sido expressamente por ele autorizada.

9. Plano diretor como instrumento fundamental do planejamento urbanístico

Feitas essas observações acerca da força normativa do plano e do caráter impositivo ou indicativo de suas disposições, passaremos a discorrer exclusivamente sobre o planejamento urbanístico e, mais especificamente, sobre o mais importante instrumento de ordenação urbana previsto no direito pátrio: o plano diretor municipal.

A Constituição Federal atribui ao Município o protagonismo na atividade de organização do espaço urbano. O artigo 182, em seu *caput*, prevê que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei. A lei a que se refere o Texto Constitucional é o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), expedido com fundamento no artigo 24, I, e parágrafos da Carta, que estatui, por sua vez, a competência concorrente para edição de normas de direito urbano — a União edita normas gerais e Estados, DF e Municípios, normas suplementares.

No exercício de sua competência para criação de normas gerais urbanísticas, a União editou a Lei nº 10.257/2001, que contém diversos dispositivos sobre a elaboração do plano diretor municipal. A lei federal impõe, dentre outras regras, que “o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo” (art. 40, § 2º), que “a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (art. 40, § 3º) e que devem ser realizadas, obrigatoriamente, audiências públicas no seu processo de

elaboração (art. 40, § 4º, I).

As normas gerais sobre o plano diretor constantes do Estatuto da Cidade não violam a competência do Município para organizar seu território. São apenas comandos genéricos, que não impedem que o plano diretor exerça sua função de “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, art. 182, § 1º).

Com efeito, são os preceitos da lei municipal instituidora do plano que regulam, de forma detalhada, a organização do espaço urbano: definem coeficientes de aproveitamento, taxas de ocupação, parâmetros de parcelamento, diretrizes para regularização fundiária, áreas de aplicação de operações consorciadas, áreas sujeitas à preempção (Lei nº 10.257/2001, art. 25), dentre outras especificidades do planejamento local. Tudo isso em respeito, inclusive, ao comando previsto no artigo 30, VIII, da Carta, segundo o qual compete aos Municípios “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

É certo que o planejamento urbano realizado pelo Município deve levar em conta planos nacionais ou regionais de ordenação do território (CF, art. 21, IX), bem como leis estaduais que instituem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CF, art. 25, § 3º). Afinal, União e Estados também possuem competência em matéria urbanística e podem impor regras de organização do território.

10. Limites da competência da União e dos Estados-membros em matéria urbanística — os planos nacionais e regionais de organização do espaço urbano

Mas a competência para edição de regras urbanísticas por União e Estados encontra claras limitações no Texto Constitucional. Como dito, a Constituição prevê que a política

de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público municipal (art. 182, *caput*); que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico de organização do território (art. 182, § 1º); e que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º). Assim, os planos nacionais, regionais e metropolitanos de ordenação do espaço urbano devem se limitar à edição de regras genéricas, abrangentes de uma parcela ampla do território nacional ou estadual. Essas normas são editadas para perseguir objetivos de interesse nacional — criar limitações de ordem urbanística e/ou ambiental que atingem mais de um Estado da Federação, por exemplo — ou regional — criar limitações de ordem urbanística e/ou ambiental que atingem mais de um Município, de um mesmo Estado. Trata-se, na verdade, de aplicação do princípio da predominância dos interesses, sempre lembrado pelos constitucionalistas como fundamento para a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal.

À União é atribuída a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (CF, art. 21, XIX) e para impor diretrizes nacionais para as políticas habitacionais, de saneamento básico e de transportes urbanos (CF, art. 21, XX). Com base nessas competências, foram editadas, por exemplo, a Lei nº 9.433/1997 (que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos), a Lei nº 13.465/2017 (que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana em âmbito nacional³³), a Lei nº 11.445/2007 (que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico) e a Lei nº 12.587/2012 (que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana). São diplomas legais que

33 A Lei nº 13.465/2017 institui no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes (art. 9º).

regulam aspectos importantes da ordenação do espaço urbano, mas sempre de forma genérica — todas essas matérias podem (devem) ser objeto de leis municipais específicas, que suplementem as normas gerais federais, de acordo com a realidade local.

Sobre o tema, é de se lembrar também a competência da União para elaborar o zoneamento ambiental de âmbito nacional e regional, nos termos do artigo 7º, IX, da Lei Complementar nº 140/2011.³⁴ Essa lei federal estabelece normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum para a proteção do meio ambiente, e foi editada com base no artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal. Como a competência para o exercício do poder de polícia ambiental é comum, editou-se lei complementar para definir as ações ambientais que podem ser tomadas por cada um dos entes da Federação, com o intuito de evitar sobreposição de funções. Assim, a competência para elaborar o zoneamento ambiental nacional e regional é da União (LC nº 140/2011, art. 7º, IX); aos Estados cabe elaborar o zoneamento de âmbito estadual, em conformidade com os zoneamentos de âmbito nacional e regional (LC nº 140/2011, art. 8º, IX);³⁵ e aos Municípios

compete elaborar o Plano Diretor, observando os zoneamentos ambientais (LC nº 140/2011, art. 9º, IX).

Perceba que da leitura dos dispositivos indicados da Lei Complementar nº 140/2011 não se infere, ao menos em tese, contrariedade ao princípio federativo. Não há interferência indevida da União e Estados na autonomia municipal, já que os zoneamentos ambientais federal e estadual estabelecem padrões de proteção ambiental genéricos para áreas que abrangem mais de um Estado ou mais de um Município, respectivamente. Devem ser impostas normas gerais de ocupação do espaço, sem descer a detalhes de organização do espaço urbano, que devem ficar a cargo do ente municipal, por expressa determinação constitucional (CF, art. 182), como visto.³⁶ O Poder Público municipal, ao elaborar seu plano diretor, deve levar em consideração os zoneamentos ambientais federal e estadual, da mesma forma como o faz em relação às unidades de conservação criadas com base na Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). De modo que, se uma área do Município foi definida como de proteção integral,³⁷ por exemplo, por lei federal ou estadual, para fins de proteção de determinado bioma, não pode o plano diretor municipal lhe atribuir outro tipo de uso. As leis federais e estaduais somente invadem a competência local se estipulam, por exemplo, índices ur-

34 O zoneamento ambiental é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no artigo 9º, II, da Lei nº 6.938/1981. Sua definição consta do Decreto Federal nº 4.297/2002, que lhe atribui a denominação de *Zoneamento Ecológico-Econômico* (ZEE). De acordo com o art. 2º do decreto federal, “o ZEE, instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população”.

35 Nos termos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), “os Estados que não possuem seus Zoneamentos Ecológico-Econômicos - ZEEs segundo a metodologia unificada, estabelecida em norma federal, terão o prazo de 5 (cinco) anos, a partir da data da publicação desta Lei, para a sua elaboração e aprovação” (art. 13, § 2º).

36 O Decreto Federal nº 4.297/2002, que estabelece critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), prevê que compete ao Poder Público Federal elaborar e executar “o ZEE nacional e regionais, quando tiver por objeto biomas brasileiros ou territórios abrangidos por planos e projetos prioritários estabelecidos pelo Governo Federal” (art. 6º). Portanto, a elaboração do ZEE pela União deve atender a hipóteses em que o interesse nacional ou regional exija a atuação do Poder Público federal, como nas hipóteses em que determinado bioma ocupe o território de mais de um Estado da Federação. Suas prescrições devem se limitar a aspectos ambientais genéricos sobre a ocupação desses territórios, sem invadir a competência dos Municípios localizados nos limites do zoneamento.

37 A Lei nº 9.985/2000 prevê as categorias de unidades de conservação de proteção integral (art. 8º).

banísticos específicos para todo o perímetro do Município, sob o pretexto de criar zonas de proteção ambiental.

11. Planos regionais de desenvolvimento integrado para municípios inseridos em regiões metropolitanas

O mesmo raciocínio é aplicável para Municípios inseridos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, criadas por lei estadual com base no artigo 25, § 3º, da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional permite aos Estados editar lei complementar que crie essas regiões, constituídas por agrupamentos de municípios vizinhos, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.³⁸ Com base nesse preceito constitucional, foi editada a Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), que prevê expressamente a edição do *plano de desenvolvimento integrado* como um dos instrumentos voltados ao desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas (art. 9º, I).

Assim, as regiões metropolitanas e as aglomerações urbanas devem contar com um plano de desenvolvimento integrado, aprovado por lei estadual (Lei nº 13.089/2015, art. 10), que contemple, no mínimo: “I – as diretrizes para as funções públicas de interesse comum, incluindo projetos estratégicos

e ações prioritárias para investimentos; II – o macrozoneamento da unidade territorial urbana; III – as diretrizes quanto à articulação dos Municípios no parcelamento, uso e ocupação no solo urbano; IV – as diretrizes quanto à articulação intersetorial das políticas públicas afetas à unidade territorial urbana; V – a delimitação das áreas com restrições à urbanização visando à proteção do patrimônio ambiental ou cultural, bem como das áreas sujeitas a controle especial pelo risco de desastres naturais, se existirem; e VI – o sistema de acompanhamento e controle de suas disposições” (art. 12, § 1º).

Note, portanto, que a lei estadual define uma série de regras sobre ocupação do espaço urbano, aplicáveis a todos os Municípios que compõem determinada região metropolitana ou aglomeração urbana, com o intuito de viabilizar a consecução das finalidades para as quais a região foi criada. Essas regras são veiculadas por meio do plano de desenvolvimento integrado, aprovado por lei estadual, e devem ser respeitadas pelo Município quando da edição do plano diretor local. A previsão de regras acerca do parcelamento, uso e ocupação do solo municipal, por exemplo, deve levar em conta as diretrizes do plano de desenvolvimento integrado, naquilo que pertine às finalidades da lei que cria a região metropolitana (Lei nº 13.089/2015, art. 12, § 1º, III). Novamente, aqui, não há qualquer contrariedade ao princípio da autonomia federativa municipal, visto que a competência do Estado para criar regiões metropolitanas decorre do texto original da Constituição de 1988 (CF, art. 25, § 3º).

Sobre a questão, a Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), em seu art. 10, § 2º, prevê que a elaboração do plano de desenvolvimento integrado da região metropolitana, aprovado pela lei estadual, não exime o Município integrante de região metropolitana ou aglomeração urbana da formulação do respectivo plano diretor, em atenção ao Texto Constitucional (CF, art. 182, § 1º) e de acordo com as regras de elaboração previstas na Lei

38 Lembra Paulo de Bessa Antunes que ao Município “não compete concordar ou discordar de sua inclusão em um dos instrumentos de gestão urbanística (...). Compete-lhe, única e exclusivamente, a eles se integrar da forma mais ampla possível”. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 474-475). Ou seja, o Município não pode recusar fazer parte de região metropolitana criada pelo Estado. O autor lembra, ainda, da decisão do STF que declarou inconstitucional dispositivo da Constituição do Espírito Santo que previa consulta prévia, mediante plebiscito, às populações interessadas, como requisito para criação de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (STF, Pleno, ADIn 796/ES, Relator Ministro Néri da Silveira, DJU 17/12/1999).

nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Prevê, ainda, a Lei nº 13.089/2015 que o Município deve compatibilizar seu plano diretor com o plano integrado da região metropolitana (art. 10, § 3º).

As regiões metropolitanas são criadas, especialmente, para viabilizar a execução de funções públicas de interesse comum de todos os Municípios que as compõem. Por meio desse instrumento urbanístico, constitucionalmente previsto, Municípios vizinhos podem prestar serviços públicos de forma conjunta e com muito mais eficiência, a beneficiar suas respectivas populações. Trata-se de uma união de esforços técnicos e financeiros, que viabilizam a execução de serviços supramunicipais, que não seriam prestados com a mesma eficiência se cada Município fosse responsável, sozinho, por prestá-los aos seus cidadãos. Serviços de saneamento básico, transporte público metropolitano, coleta e destinação de resíduos sólidos, enfim, serviços públicos que, pela sua própria natureza, impõem sejam prestados de forma conjunta por Municípios limítrofes, atingidos por processo de conurbação.³⁹

O plano de desenvolvimento urbano integrado previsto no Estatuto da Metrópole deve conter regras que dizem respeito à execução dessas funções públicas de interesse supramunicipal. Deve se limitar, em verdade, a estabelecer normas que viabilizem a execução

dessas atividades, como, por exemplo, regras que definam o macrozoneamento da unidade territorial urbana (Lei nº 13.089/2015, art. 12, § 1º, II). Mas o plano da região metropolitana ou da aglomeração urbana, criado por lei estadual, não pode descer a detalhes sobre a ocupação do território de cada Município, a criar regras que dizem respeito, apenas e tão somente, à organização urbanística local, sem qualquer relação com a prestação das funções para as quais foram criadas as unidades territoriais pelo Estado. Caso contrário, restaria configurada uma limitação injustificável à função urbanística municipal, prevista expressamente, como visto, na Constituição da República (arts. 30, VIII, e 182, *caput*).

Portanto, as prescrições do plano diretor municipal devem atender aos comandos de leis federais e estaduais de organização do território (zoneamentos ambientais, planos diretores metropolitanos), desde que esses diplomas se limitem a regular as funções para as quais foram editados (proteção ambiental, prestação de serviços públicos supramunicipais etc.) e não invadam a autonomia do Município para organizar seu próprio território. Essas leis não retiram do Município o papel, que lhe foi atribuído pelo Texto Constitucional, de principal executor da política urbana. Afinal, é o Poder Público local que conhece, como ninguém, as características do seu território e as necessidades de sua população, o que o torna capaz de propor soluções para os seus próprios problemas, por meio da edição do plano diretor municipal.

12. Regras do Estatuto da Cidade sobre o plano diretor

Depois de abordar, ainda que brevemente, a relação dos planos diretores municipais com as leis federais e estaduais de organização do território, passemos a analisar os dispositivos da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que tratam da sua elaboração.

O Estatuto da Cidade atribui ao plano

39 O STF, quando do julgamento da ADIn 1.842/RJ, estabeleceu alguns parâmetros para a criação das regiões metropolitanas. A Corte decidiu que a criação da região metropolitana não atenta contra a autonomia municipal, mas definiu que deve haver um interesse comum para justificar a instituição da unidade. Além disso, decidiu o STF que a integração metropolitana não deve ser realizada pela mera transferência de competência para o Estado-membro; os Municípios devem participar das decisões que digam respeito aos rumos da região metropolitana, por meio da previsão de órgão decisório colegiado, mesmo que não-paritário. Também foi decidido que a prestação conjunta do serviço de saneamento básico é justificativa suficiente para a criação da unidade territorial, tendo em vista o alto custo do serviço e o fato de sua execução ultrapassar os limites territoriais de um município (STF, Pleno, ADIn 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 16/09/2013).

diretor a função de instrumento da política urbana (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III, *a*), a ser utilizado para a consecução dos objetivos traçados na lei, em conjunto com outras espécies de planos, como os “planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, I) e o “planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, II).

Perceba que o plano diretor está inserido em um instrumento mais amplo, denominado *planejamento municipal* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III). Nesse instrumento estão incluídos, além do plano diretor: a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; o zoneamento ambiental; o plano plurianual; diretrizes orçamentárias e orçamento anual; gestão orçamentária participativa; os planos, programas e projetos setoriais; e os planos de desenvolvimento econômico e social (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III, *a a h*).

Mas as regras específicas sobre o plano diretor estão previstas nos artigos 39 a 42-B da Lei nº 10.257/2001. Há normas gerais sobre o instrumento, regras sobre o seu processo de elaboração e preceitos sobre o seu conteúdo mínimo.

13. Regras gerais sobre plano diretor no Estatuto da cidade: o plano diretor como parâmetro para o cumprimento da função social da propriedade urbana

O artigo 39, *caput*, do Estatuto da Cidade tem redação quase idêntica à do artigo 182, § 2º, da Constituição Federal. Segundo ele, o parâmetro para se aferir o respeito à função social da propriedade é o atendimento às regras constantes da lei que institui o plano diretor. Nas palavras do texto, a propriedade urbana “cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ou seja, se o imóvel urbano está construído de acordo com os índices definidos no plano, pode-se afirmar que a propriedade atende à sua função social. Se a construção respeita o coeficiente de aproveitamento,⁴⁰ a taxa de ocupação e os demais parâmetros definidos para a área da cidade em que o imóvel se localiza; se o uso conferido ao imóvel está conforme a lei de zoneamento; se o imóvel não está subutilizado; enfim, se a edificação segue as regras definidas na lei que institui o plano diretor, pode-se afirmar que a propriedade cumpre sua função social.



A prescrição é uma clara homenagem ao princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Afinal, não se pode obrigar um proprietário a dar uma utilização mínima ou máxima ao seu imóvel sem que uma lei defina critérios objetivos para tais imposições. Cuida-se de aplicar limitações à propriedade privada — ou exercício do poder de polícia, como quer a doutrina mais tradicional, — e essas somente são válidas se impostas por lei. Não se pode esquecer que o direito à propriedade privada é direito fundamental, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, XXII).⁴¹ Portanto, a imposição de penalidades ao proprietário que descumprir a função social do imóvel (CF, art. 182, § 4º, e Lei 10.257/2001, arts. 5º a 8º) não pode resultar de apreciação subjetiva por parte dos agentes de fiscalização. É preciso comparar a situação do imóvel com os parâmetros definidos na

41 A função social da propriedade é prevista na Constituição Federal no rol de direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXIII) e como princípio da ordem econômica (CF, art. 170, III). Nos dois casos, vem acompanhada da previsão constitucional que impõe o respeito à propriedade privada (CF, art. 5º, XXII, e art. 170, II). Pretendeu o Constituinte deixar claro que não há incompatibilidade entre ambos, mas qualquer limitação aos poderes do proprietário somente pode ser imposta por lei.

lei que institui o plano diretor, para se saber se o bem pode ser considerado subutilizado, ou seja, utilizado em índices inferiores aos coeficientes mínimos estabelecidos na lei municipal.⁴²

O proprietário deve edificar em seu terreno a quantidade de metros quadrados necessária para se atingir o coeficiente mínimo exigido pelo plano diretor, além de atribuir ao imóvel já edificado uma utilização mínima, também definida na lei municipal para cada área do território urbano. Da mesma forma, deve parcelar seu terreno de forma a atingir o tamanho máximo de lote permitido, pelo mesmo diploma local, para a região da cidade em que se localiza o imóvel. Em caso de descumprimento, além das sanções de parcelamento, edificação e utilização compulsórias já citadas, estará o proprietário sujeito à cobrança de IPTU com alíquota progressiva no tempo (CF, art. 182, § 4º, II, e Lei nº 10.257/2001, art. 7º) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (CF, art. 182, § 4º, III, e Lei nº 10.257/2001, art. 8º).

Essas regras de aproveitamento mínimo são estabelecidas pelo plano diretor com o intuito de fazer com que os imóveis sejam aproveitados de forma compatível com a in-

42 O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), por exemplo, determina que são considerados imóveis *não edificados* os lotes e glebas com área superior a 500m², com coeficiente de aproveitamento utilizado igual a 0 (zero) (art. 92). Já imóveis *subutilizados* são os lotes e glebas com área superior a 500m² que apresentam coeficiente de aproveitamento inferior ao mínimo definido nos Quadros 2 e 2ª, anexos à lei (art. 93). A mesma lei municipal define, ainda, que são considerados imóveis *não utilizados* aqueles com “coeficiente de aproveitamento utilizado igual ou superior ao coeficiente de aproveitamento mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos e que tenham, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de sua área construída desocupada por mais de 1 (um) ano ininterrupto” (art. 95). Perceba que o plano diretor paulistano utilizou tanto índices de coeficiente de aproveitamento em algarismos (CA 1, CA 2, CA 3 etc.) quanto em percentuais sobre a área construída utilizada. São critérios objetivos, matemáticos, que definem se o imóvel cumpre ou não sua função social e se estará ou não sujeito às sanções aplicáveis em caso de descumprimento (IPTU progressivo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública), nos termos da Lei nº 10.257/2001 (arts. 5º a 8º).



fraestrutura urbana existente. Em áreas da cidade em que o Poder Público pretenda promover um maior adensamento populacional — em razão da existência de infraestrutura urbana disponível para tanto —, são fixados coeficientes de aproveitamento mínimo mais elevados. Ao contrário, em áreas urbanas já suficientemente adensadas, o coeficiente de aproveitamento mínimo fixado pelo plano diretor deverá ser menor. Aplicam-se aqui princípios de direito urbano elencados no artigo 2º do Estatuto da Cidade: o princípio que determina seja evitado o “parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana” (art. 2º, VI, c) e o que veda a “retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização” (art. 2º, VI, e).

Busca-se impedir que imóveis situados em áreas da cidade dotadas de adequada infraestrutura urbana permaneçam ociosos, sem utilização condizente com os equipamentos públicos instalados na região.⁴³ Os investimentos realizados para a implantação dessa infraestrutura são custeados com recursos públicos e valorizam as propriedades situadas na área; deve o titular do domínio, portanto, dar uma utilização adequada ao seu bem — gerando riqueza, movimentando a economia local, disponibilizando moradia — e não simplesmente retê-lo sem qualquer uso, a aguardar a valorização proveniente desses investimentos.

Por essas razões, o artigo 39 do Estatuto da Cidade relaciona o cumprimento da função social ao atendimento dos “cidadãos quanto à sadia qualidade de vida, à justiça

social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”, respeitadas as diretrizes do artigo 2º da lei. A existência de imóveis ociosos em áreas valorizadas da cidade representa a perda de um potencial econômico; são bens que, devidamente explorados, poderiam gerar riqueza ou servir para minorar o grave déficit habitacional brasileiro. O plano diretor do Município, ao prever os parâmetros para aferir o cumprimento da função social da propriedade, deve levar em conta todos esses fatores sociais e econômicos, de acordo com a realidade local.

Já o artigo 40 da Lei nº 10.257/2001 prevê que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, além de deixar claro que deve ser aprovado por lei municipal. Trata-se de previsão similar ao disposto no artigo 182, § 1º, da Constituição, que também afirma o caráter obrigatório do plano diretor, ao prever que deve ser aprovado pela Câmara Municipal. Não há dúvida, portanto, que as regras do plano são de observância obrigatória e não meras recomendações dos órgãos competentes para organização do espaço urbano.

Visto que o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, o plano plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual devem incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas (Lei nº 10.257/2001, art. 40, § 1º). Aqui, mais uma vez, vislumbra-se o modo diferenciado de aplicação das regras pertinentes ao planejamento público. As leis orçamentárias, ainda que posteriores, não revogam as disposições da lei do plano que lhe forem contrárias, isto é, não há incidência do critério cronológico de conflitos de normas — ao contrário, as leis orçamentárias devem respeito às disposições de um diploma do mesmo grau hierárquico e devem ser editadas levando em conta o planejamento nele previsto. Assim, por exemplo, se o plano diretor prevê a construção de corredores e terminais de ônibus, visando ao incremento da mobilidade urbana, devem as leis orçamentárias

43 Já tivemos a oportunidade de escrever que as normas que preveem o parcelamento, edificação e utilização compulsórios dos imóveis urbanos têm por finalidade “impor o respeito ao princípio da função social da propriedade urbana, a impedir a retenção especulativa do imóvel, prejudicial ao planejamento urbano e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”. (LEVIN, Alexandre. *Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 265).

indicar as receitas que serão aplicadas para tal finalidade. Afinal, de nada adianta planejar se os recursos não estão disponíveis para a execução do plano. As leis que definem o planejamento urbanístico e financeiro devem estar, portanto, em total sintonia.

14. Abrangência do plano diretor

O Estatuto da Cidade prevê que o “plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo” (art. 40, § 2º). Ou seja, tanto a zona urbana quanto a zona rural devem estar abrangidas pelas prescrições do plano.

O dispositivo deve ser entendido nos seus devidos termos. O Município, ao impor regras para a ocupação de suas áreas rurais, não deve invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito agrário (CF, art. 22, I). Normas sobre a utilização da propriedade rural, sobre os direitos e obrigações relativos aos bens imóveis rurais,⁴⁴ ou sobre a aplicação das sanções à propriedade rural que não cumpre sua função social⁴⁵ são de competência do Poder Público federal. O Município não pode interferir nas questões relativas ao planejamento e à execução da política agrícola da União.⁴⁶

De modo que as prescrições que abrangem as áreas rurais dos Municípios devem se ater a aspectos urbanísticos. A princípio, a afirmação pode parecer contraditória, porque, afinal, trata-se de regras de direito urbano a incidir sobre zona rural. Mas a dúvida é logo afastada, ao se levar em conta a conexão direta entre as áreas rurais e urbanas do Município. Existem inúmeros atributos das áreas rurais que devem ser devidamente regulados pelo plano diretor, por influírem diretamente na vida dos moradores das áreas urbanas. Basta lembrar dos mananciais, que são reservatórios de água que abastecem o Município. Estão localizados em áreas rurais e sua proteção e o controle do seu uso por meio do plano diretor são essenciais, para que a população possa ter acesso à água potável.⁴⁷

Malheiros, 2003, p. 312).

47 O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) define o perímetro rural e o urbano (Mapa 1A) e prevê que as *Macroáreas de Contenção Urbana e Uso Sustentável e de Preservação de Ecossistemas Naturais* correspondem à zona rural do Município (art. 16, § 5º). Nos termos da lei municipal, essas espécies de macroáreas são caracterizadas pela “existência de fragmentos significativos de vegetação nativa, entremeados por atividades agrícolas, sítios e chácaras de recreio que protegem e/ou impactam, em graus distintos, a qualidade dos recursos hídricos e da biodiversidade, com características geológico-geotécnicas e de relevo que demandam critérios específicos para ocupação, abrigando também áreas de exploração mineral, ativas e desativadas” (art. 20). A forma de ocupação dessas áreas impacta diretamente a qualidade dos recursos hídricos que abastecem a população que vive em áreas urbanas. Daí ser necessário que o plano diretor regulamente, também, a ocupação das áreas rurais. O Plano Diretor paulistano prevê, ainda, a existência de um *Polo de Desenvolvimento Econômico Rural Sustentável*, com o objetivo de promover atividades econômicas e gerar empregos na zona rural (Lei Municipal nº 16.050/2014, art. 189). É previsto, também, a edição do *Plano Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável*, que é o instrumento norteador do desenvolvimento econômico na zona rural (art. 191). A lei municipal estabelece o conteúdo mínimo desse plano: “I – diagnóstico socioambiental, econômico e cultural; II – caracterização das cadeias produtivas existentes e potenciais, identificando os entraves a serem superados para seu desenvolvimento; III – diretrizes para orientar as articulações e parcerias com órgãos públicos, organizações da sociedade civil e instituições de ensino e pesquisa necessárias para o desenvolvimento rural paulistano; IV – diretrizes para orientar a destinação de recursos voltados a promover o desenvolvimento rural sustentável” (art. 191, I a IV).

44 Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra).

45 Lei nº 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais sobre reforma agrária (CF, arts. 184 a 191).

46 Nesse diapasão, explica Jacintho Arruda Câmara que a previsão do § 2º do artigo 40 do Estatuto há de ser entendida de forma a não contrariar o Texto Constitucional. Assim, “não é porque o plano diretor deve abranger toda a área do Município, inclusive a rural, que o legislador poderá, no exercício dessa competência específica, prescrever políticas agrárias ou disciplinar o uso de imóveis rurais. Se assim o fizesse estaria, efetivamente, usurpando competência legislativa exclusiva da União. Quando o Estatuto prevê a abrangência do plano diretor para a área de todo o Município, parte do pressuposto de que tal competência será exercida no âmbito da atuação legítima do legislador municipal, que, em relação ao citado plano, deve se ater a aspectos urbanísticos”. (CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo:

Nas áreas rurais dos Municípios são encontrados fragmentos de vegetação nativa, várzeas preservadas, nascentes e cursos d'água, remanescentes de florestas naturais, enfim, áreas de significativo valor ambiental, ainda pouco afetadas por atividades humanas. Ora, essas áreas devem ser objeto de especial proteção pelo plano diretor, pois sua degradação pode levar à perda da qualidade de vida de todos os munícipes, inclusive dos que habitam em zona urbana. A ocupação desordenada de áreas com fragilidades geológicas — como encostas de morro com mata nativa, por exemplo — pode conduzir a processos erosivos e a desmoronamentos, a afetar toda a população local.⁴⁸

Por todas essas razões, não há como o plano diretor ficar indiferente ao que acontece na zona rural do município: a ocupação dessas áreas também deve ser objeto de regulamentação, pois o que nela acontece impacta diretamente nas zonas urbanas. Segue nessa direção a diretriz da política urbana que determina a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência” (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, VII).

15. Regras sobre elaboração do plano diretor

A lei que institui o plano diretor somente pode ser editada após a tramitação de um

processo legislativo específico, que não pode ser concluído sem a ampla participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade (Lei nº 10.257/2001, art. 40, § 4º, I). Durante o processo de elaboração da lei, devem ser promovidas audiências públicas e debates com todos os interessados, garantida a ampla publicidade quanto aos documentos e informações produzidos, os quais devem ficar disponíveis ao acesso de qualquer interessado (Lei 10.257/2001, art. 40, § 4º, I a III).

As audiências e consultas públicas são instrumentos de gestão democrática da cidade (Lei 10.257/2001, art. 43) e sua realização é obrigatória, sob pena de nulidade do processo legislativo que origina o plano diretor. A gestão democrática da cidade é elevada à categoria de diretriz geral da política urbana, a obrigar a participação “dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, II).

Ninguém melhor do que a população local, que será diretamente impactada pelas regras do plano diretor, para dizer como quer que sua cidade seja organizada. Assim, as datas de realização das audiências públicas devem ser amplamente divulgadas, para que todos os interessados possam comparecer e serem ouvidos. A audiência pública não pode significar apenas uma exposição pelos órgãos públicos competentes sobre como será o novo plano diretor. Todos os interessados presentes nos encontros devem ter a chance de se manifestar e de participar de forma efetiva. Nas audiências, é discutida a possibilidade de aplicação dos instrumentos de política urbana (outorga onerosa do direito de construir, operação urbana consorciada, direito de preempção, concessão urbanística, dentre outros), as áreas do território urbano que podem ser objeto de intervenção urbanística e o zoneamento municipal. Ou seja, são debatidos todos os temas essenciais para a organização do espaço urbano.

48 Não é por outra razão que o Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014) define como objetivos da *Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental*, situada em zona rural, dentre outros: “I - conservação e recuperação dos serviços ambientais prestados pelos sistemas ambientais existentes, em especial aqueles relacionados com a produção da água, biodiversidade, proteção do solo e regulação climática; II - proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e das áreas geotecnicaamente frágeis; III - compatibilização de usos e tipologias de parcelamento do solo urbano com as condicionantes de relevo, geológico-geotécnicas, com a legislação de proteção e recuperação aos mananciais e com a preservação de bens e áreas de valor histórico, paisagístico, arqueológico, cultural e religioso [...]” (art. 17).

Vale ressaltar que, de acordo com o entendimento por nós adotado, o resultado dessas audiências não vincula os órgãos públicos.⁴⁹ No entanto, à Administração, caso não acate aquilo que foi proposto pelos cidadãos que comparecerem a esses encontros, restará o dever de motivar sua decisão, a justificar por que não as aceita e por que suas propostas são as melhores para a urbe. Afinal, a participação daqueles que habitam a cidade — os destinatários da política urbana — é obrigatória, mas o titular da função urbanística é a Administração Pública, que pode, de forma motivada, decidir contrariamente à vontade daqueles que comparecem às consultas públicas.

A participação popular não afasta a importância do protagonismo estatal na atividade urbanística. A organização do espaço urbano é função pública — *dever poder* da Administração Pública — e sua titularidade, portanto, é indelegável. Como garantidor da prevalência do interesse público sobre o privado, deve o Poder Público — por meio de seus órgãos técnicos especializados ou de entidades da Administração indireta criadas para esse fim — ser o condutor principal da ação urbanística. Essa orientação visa evitar que a política urbana seja dominada por setores específicos da sociedade, que busquem garantir privilégios muitas vezes incompatíveis com o interesse coletivo.

16. Alteração do plano diretor

A lei que institui o plano diretor não

pode ser objeto de alteração por meio de processo legislativo ordinário. Lei posterior que prescreva regras contrárias ao plano será inválida, ainda que constitua diploma normativo do mesmo grau hierárquico. Isso porque, como visto, a aplicação da lei que prevê o plano diretor é diferenciada — suas prescrições servem de fundamento para a edição de leis do mesmo grau hierárquico.

Todas as leis municipais sobre organização do espaço urbano devem estar fundamentadas na lei que prevê o plano diretor: caso seus textos sejam contrários ao plano, serão inválidas. Nesse caso, não há, como visto, derrogação de lei anterior por lei posterior, ou seja, não se aplica o critério cronológico do conflito aparente de normas.

Trata-se de aplicar o princípio da reserva de plano, que preceitua que o planejamento urbanístico seja unificado em um único documento. As principais orientações e instrumentos do planejamento urbano local devem estar inseridos no plano diretor. As principais decisões sobre organização do espaço urbano devem constar da lei que o institui. Por isso, qualquer outro diploma local sobre matéria urbanística deverá encontrar respaldo na lei que prevê o plano diretor. Assim, por exemplo, uma lei municipal somente pode criar uma operação urbana consorciada se houver previsão para tanto na lei que institui o plano diretor. Da mesma forma, a outorga onerosa do direito de construir somente pode ser aplicada se prevista no plano: nesse caso, lei municipal específica, fundamentada na lei do plano, pode estabelecer condições a serem observadas para o uso da outorga.

Vê-se, portanto, que alterar o plano diretor não é tarefa ordinária. Não basta editar outra lei para alterar seu conteúdo, ainda que parcialmente, ou ainda que a alteração se refira a apenas alguns de seus dispositivos.

Qualquer alteração da lei que institui o plano diretor está sujeita ao mesmo procedimento utilizado para sua edição. Devem ser realizadas audiências e consultas públicas

49 É a posição assumida por Mariana Mencio. A autora justifica seu entendimento com base no fato de que na audiência pública há o comparecimento apenas de uma minoria dos cidadãos, cuja vontade não pode se sobrepor à dos representantes eleitos por toda a sociedade. Nas suas palavras, “os institutos da democracia participativa não podem se sobrepor aos institutos da democracia representativa, que, por força de previsão legal, possibilita por meio de eleições livres e democráticas a escolha dos representantes políticos, que deverão deliberar sobre os assuntos administrativos e legislativos”. (MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 155).

e garantida a ampla publicidade quanto aos documentos e informações produzidos. Além disso, deve ser permitido o acesso de qualquer interessado aos documentos redigidos nesse processo de elaboração legislativa.

17. Revisão do plano diretor

Essa dificuldade na alteração da lei que institui o plano pode torná-lo obsoleto, inadequado frente à realidade local. A situação econômica e financeira do Município pode sofrer alterações significativas, que podem inviabilizar uma ação consorciada prevista no plano. Modificações demográficas importantes ou mesmo o agravamento do problema habitacional podem frustrar os objetivos traçados pelo plano diretor. Da mesma forma, a inclusão do Município em regiões metropolitanas ou a realização de empreendimentos de significativo impacto ambiental em seu território podem ensejar a necessidade de aplicação de novos instrumentos urbanísticos, não previstos no plano diretor. Todas essas alterações no cenário local podem frustrar as metas fixadas na lei do plano e justificar a sua revisão, sob pena de dificuldades no processo de (re)organização do espaço urbano.

Por todas essas razões, o Estatuto da Cidade prevê que “a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (Lei nº 10.257/2001, art. 40, § 3º). Note que a revisão pode ocorrer antes do prazo de dez anos, se necessária para fazer frente a significativas alterações do cenário local. Mas não deve ultrapassar esse prazo, sob pena de desconexão entre as prescrições do plano e a realidade social/econômica/demográfica/financeira do Município. Um plano diretor que não se renova corre o risco de se tornar um conjunto de regras inaplicáveis, em face da alteração das condições que serviram de fundamento para sua edição. Pense no caso de um plano diretor que tenha previsto a criação de uma zona industrial no Município, se as indústrias não se instalaram na área prevista, por razões diversas, não há mais fundamento

para manter a destinação industrial daquele perímetro urbano. O plano deve ser revisto para possibilitar a instalação de outros usos na área. Afinal, seu anacronismo pode impedir o alcance de sua função precípua: ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).

A revisão do plano diretor, tal como prevista na Lei nº 10.257/2001, equivale, na realidade, à edição de um novo plano diretor. Tem início um novo processo legislativo, com todos os requisitos que caracterizam o procedimento (Lei nº 10.257/2001, art. 40, § 4º, I a III). São realizadas audiências e consultas públicas, por meio das quais a população é convocada para se manifestar e formular suas propostas acerca das novas regras. Se o plano diretor original foi realizado com respeito ao princípio da gestão democrática das cidades, não há razão para proceder de forma diversa quando de sua revisão.

18. Obrigatoriedade do plano diretor

A Lei nº 10.257/2001 criou novas hipóteses de obrigatoriedade do plano diretor, além daquela prevista no Texto Constitucional. De acordo com a Constituição Federal, o plano diretor somente é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (CF, art. 182, § 1º). Já de acordo com o Estatuto da Cidade:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I - com mais de vinte mil habitantes;
- II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V - inseridas na área de influência de

empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional;

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Pode-se alegar que o diploma legal desborda do Texto Constitucional, a ampliar indevidamente as hipóteses em que é obrigatória a edição do plano diretor. Municípios com menos de vinte mil habitantes, que a princípio não são obrigados a editá-lo, passam a ter o dever de fazê-lo, o que pode ser considerado uma afronta ao princípio da autonomia federativa (CF, art. 18).

A alegação não se sustenta. As hipóteses de obrigatoriedade de edição do plano diretor constantes do Estatuto da Cidade estão, sem exceção, fundamentadas no dever do Poder Público municipal de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que é previsto constitucionalmente (CF, art. 182, *caput*). Portanto, ainda que não previstas expressamente na Constituição, as hipóteses indicadas na lei federal encontram nela o seu supedâneo.

Com efeito, os Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas necessitam de um plano diretor para adequar os seus objetivos de crescimento àqueles previstos no plano de desenvolvimento urbano integrado (Lei nº 13.089/2015, arts. 2º, VI, 9º, I, e 12). A região metropolitana é criada por lei complementar estadual (CF, art. 25, § 3º) para viabilizar o exercício de funções públicas de interesse comum (transporte intermunicipal, saneamento básico, disposição final de resíduos sólidos, etc.), “cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes” (Lei nº 13.089/2015, art. 2º, II). Esse trabalho conjunto é realizado por meio do processo de governança interfederativa, em que ocorre o “compartilhamento de respon-

sabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum” (Lei nº 13.089/2015, art. 2º, IV). Ora, não há como definir objetivos comuns (plano de desenvolvimento integrado) sem que cada um dos Municípios que compõem a região metropolitana defina suas próprias metas (plano diretor municipal). Justifica-se, assim, a previsão constante do artigo 41, II, do Estatuto da Cidade.

De outra parte, os instrumentos previstos no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal (parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública) somente podem ser aplicados se houver previsão de índices construtivos no plano diretor (coeficientes de aproveitamento mínimo e tamanho máximo de lotes). Sem a definição desses parâmetros urbanísticos no plano diretor, não há como a Administração municipal aplicar esses instrumentos. Por essa razão, o Município que deseja utilizá-los precisa editar um plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, III).

O Estatuto da Cidade obriga, ainda, os Municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico a editar plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, IV). O instrumento, nesses casos, é essencial para conciliar a exploração da atividade turística com a qualidade de vida de seus moradores. O crescimento desordenado desse tipo de atividade pode levar à degradação do espaço urbano, a prejudicar os habitantes da cidade e a própria atividade econômica desenvolvida no local.

As cidades inseridas em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental também são obrigadas a possuir um plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, V). O instrumento funciona, aqui, como uma garantia à população que habita essas cidades; uma barreira contra os efeitos nocivos da degradação ambiental. O plano diretor serve, no caso, para impor

limites à atividade geradora do impacto, a fim de que o seu exercício não impeça o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Pode o plano, por exemplo, criar zonas específicas no território da urbe, em que a atividade não pode ser exercida; pode, também, induzir o crescimento urbano para perímetros mais distantes da área de influência do empreendimento. Imagine uma cidade situada em área de mineração. A degradação causada pela atividade mineradora pode atingir grandes proporções, se combinada com a falta de planejamento local. O plano diretor pode, por exemplo, impedir que bairros residenciais sejam instalados próximos às áreas de descarte de resíduos tóxicos, por exemplo, a evitar que a população local seja severamente atingida por eventuais acidentes. Vale lembrar que a realização de atividades de significativo impacto ambiental depende da produção de estudo prévio de impacto ambiental (EIA-RIMA) (CF, art. 225, § 1º, IV, e Resolução CONAMA nº 1/86), cujas conclusões devem levar em conta, por óbvio, as regras constantes do plano diretor local. De acordo com o Estatuto da Cidade, os recursos técnicos e financeiros para elaborar o plano diretor devem estar inseridos entre as medidas de compensação adotadas pelo empreendedor da atividade geradora do impacto (Lei nº 10.257/2001, art. 41, § 1º).

Cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos também devem editar seus planos diretores (Lei nº 10.257/2001, art. 41, VI). O dispositivo foi acrescentado ao Estatuto da Cidade pela Lei nº 12.608/2012, na esteira dos gravíssimos deslizamentos de terra ocorridos nas cidades que compõem a Região Serrana do Estado de Rio de Janeiro, em janeiro de 2011. O plano diretor, nessas cidades, deve conter regras que impeçam, por exemplo, a ocupação de áreas de encosta e de terrenos próximos a cursos d'água, a fim de que esses tristes acontecimentos sejam evi-

tados. A proteção prevista pelo plano diretor deve ser somada àquela constante do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que cria áreas de preservação permanentes (APP) também em zonas urbanas (art. 4º), muitas delas destinadas a evitar processos erosivos de graves consequências para a população local.

O Estatuto da Cidade prevê, também, que cidades com mais de quinhentos mil habitantes contem com um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido (Lei nº 10.257/2001, art. 41, § 2º). A medida visa, obviamente, ao incremento da mobilidade urbana, objetivo expressamente previsto na Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.⁵⁰

Por fim, a Lei nº 13.146/2015 incluiu dispositivo que impõe às cidades a elaboração de plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor, “que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo Poder Público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes”, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros (Lei nº 10.257/2001, art. 41, § 3º). Os fundamentos para a elaboração do plano de rotas devem estar previstos no plano diretor; daí a sua imprescindibilidade.

19. Conteúdo mínimo do plano diretor

O Estatuto da Cidade impõe um conteúdo mínimo ao plano diretor, isto é, restringe a autonomia do legislador municipal para

⁵⁰ De acordo com o artigo 2º da Lei nº 12.587/2012, “a Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana”.

escolher o que deve ou não constar do plano (Lei nº 10.257/2001, art. 42).

Devem constar, obrigatoriamente, do plano diretor, além de um sistema de acompanhamento e controle, as “áreas urbanas onde poderá ser aplicado o instrumento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização” (Lei nº 10.257/2001, art. 42, I). Nota-se a importância que o Estatuto da Cidade conferiu ao instrumento: o plano diretor municipal não poderá ser editado sem a previsão dos perímetros urbanos para a sua aplicação. Trata-se, na realidade, de instrumento essencial para obrigar ao cumprimento da função social da propriedade urbana, já que, ao impor coeficientes mínimos de aproveitamento dos imóveis, evita que propriedades localizadas em áreas da cidade dotadas de infraestrutura fiquem inutilizadas. Imóveis sem utilização transformam-se, com frequência, em *vazios urbanos*, isto é, em localidades sem qualquer ocupação comercial ou residencial, à espera, no mais das vezes, de valorização do metro quadrado da região, para posterior alienação pelo seu proprietário. A situação acaba por agravar o déficit habitacional urbano, provocando a transferência de boa parte do contingente populacional para regiões periféricas da cidade, onde não está instalada a mesma infraestrutura (de transporte, de saneamento básico, de energia elétrica, de coleta de lixo etc.) das áreas centrais. Não é à toa que o instrumento do parcelamento e utilização compulsórios vem previsto no próprio Texto Constitucional (art. 182, § 4º).

Do plano diretor devem constar, também, as disposições requeridas pelos artigos 25 (áreas em que incidirá o direito de preempção); 28 (áreas de aplicação da outorga onerosa do direito de construir); 29 (áreas de aplicação da outorga onerosa do direito de alterar o uso); 32 (áreas em que serão aplicadas as operações urbanas consorciadas); e 35 (áreas de aplicação do instrumento da transferência do direito de construir).

São todos instrumentos essenciais de política urbana, que objetivam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Mas a efetiva aplicação de cada um deles depende de previsão no plano diretor municipal, que, afinal, é o documento que concentra todas as regras fundamentais em matéria de organização do espaço urbano. Com efeito, pelo princípio da reserva de plano, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (CF, art. 182, §1º). Apenas os instrumentos urbanísticos expressamente previstos no plano podem ser aplicados para fins de ordenação do espaço urbano, e somente nas áreas da cidade devidamente delimitadas pela lei. Assim, por exemplo, o direito de preempção e a operação urbana consorciada serão aplicados apenas nos perímetros definidos no plano diretor; da mesma forma, a outorga onerosa será calculada e cobrada nos termos definidos na lei que institui o plano, e assim por diante.

O planejamento urbano não teria efetividade se fosse possível a previsão de regras esparsas, sem uma direção única, ou se fosse possível editar de leis que determinassem a aplicação de instrumentos urbanísticos sem a correspondente previsão no plano diretor municipal. Esses instrumentos não podem ser aplicados sem a prévia delimitação de áreas da cidade sujeitas à sua aplicação e sem conexão com os objetivos do planejamento urbano local.

Imagine a criação de uma operação urbana consorciada em determinada área da cidade, sem previsão no plano diretor. O plano da operação altera os coeficientes de aproveitamento definidos no zoneamento municipal para a área sujeita à ação consorciada, de modo que o processo de verticalização dessa área pode, nesse caso, atingir níveis incompatíveis com a infraestrutura disponível na região, a afetar não somente o seu perímetro, mas as áreas circunvizinhas. Nenhum distrito da cidade é uma ilha: o que ocorre em seus limites em matéria de transformação do espaço urbano pode ter graves reflexos nas

outras regiões da urbe. É o plano diretor que deve unificar as medidas urbanísticas a serem adotadas, levando em conta, justamente, suas consequências para o território do Município como um todo.

20. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF

A eficácia do plano diretor municipal foi o tema do acórdão proferido pelo Plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, relatado pelo Ministro Teori Zavascki.

Nesse julgado, proferido em 29.10.2015, foi aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) contra acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), que julgou improcedente a ADIN ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal contra a Lei Complementar Distrital nº 710/2005. A lei distrital dispõe sobre a implantação de *Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU*, que dão origem ao que a doutrina especializada em matéria urbanística convencionou chamar de *condomínios horizontais, condomínios urbanos ou loteamentos fechados*.

Em resumo, a lei complementar distrital (LC nº 710/2005) passou a admitir e a regular esses empreendimentos (loteamentos fechados), ainda que sua existência não tenha sido expressamente prevista na lei do Plano Diretor distrital (LC nº 17/1997). O MPDFT

insurgiu-se contra a previsão, em sede de controle de constitucionalidade, a defender a contrariedade ao disposto na Lei Orgânica Distrital. Como o TJDF julgou improcedente a ADIn proposta pelo órgão ministerial, o órgão ministerial interpôs recurso extraordinário, alegando afronta ao disposto no artigo 182, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Para o *Parquet*, os loteamentos fechados não poderiam ter sido regulados pela Lei Complementar Distrital nº 710/2005 – DF, pois o Plano Diretor do Distrito Federal não prevê expressamente esse modo de aproveitamento do solo urbano. No seu entender, a lei que regula os loteamentos fechados “permitiu a permanência de projetos urbanísticos isolados e desvinculados da exigência constitucional do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana de municípios com mais de vinte mil habitantes”.

Os argumentos não foram aceitos pela Suprema Corte. Nos termos do voto do Relator, o fato de o plano possuir “um certo grau de universalidade na percepção dos espaços habitáveis da cidade, princípio de inteireza sem o qual ficaria ele inapto para os fins a que deve servir, de construir um planejamento coeso do desenvolvimento e da expansão distrital”, “não conduz, necessariamente, à conclusão de que todas as formas de parcelamento, uso ou ocupação do solo devam estar inteiramente disciplinadas pela Lei do Plano Diretor”. Ainda segundo o Ministro Relator, “há determinados modos de aproveitamento do solo urbano que, pelas suas singularidades, podem, legitimamente, receber disciplina jurídica autônoma”, dentre eles, o loteamento fechado.

Por outro lado, entendeu a Corte Suprema que “nem toda a matéria urbanística deve estar necessariamente contida nesse plano, cujo conteúdo material não tem delimitação objetivamente estanque no Texto Constitucional”. No *caput* e nos dois parágrafos seguintes o art. 182 da Constituição utiliza

conceitos indeterminados como *diretrizes gerais, instrumento básico e exigências fundamentais de ordenação*. Para o STF, “essa indeterminação conceitual abre espaço a legítimos preenchimentos valorativos que, sem comprometimento do núcleo normativo essencial, atendam circunstâncias especiais de espaço e de tempo”.

A legalidade e os aspectos urbanísticos dos chamados *loteamentos fechados* não serão objeto de análise neste estudo.⁵¹ O julgado em debate também procurou não enfrentar diretamente a questão, visto a complexidade da matéria, que influi sobremaneira na organização dos espaços urbanos. O voto do Ministro Dias Toffoli é elucidativo nesse sentido. Nos dizeres do Ministro, “não é o caso de fixarmos, diante de uma lei específica do Distrito Federal, parâmetros de repercussão geral sobre questões relativa a loteamentos e parcelamento do solo urbano, tendo, por ponto de partida, apenas e tão somente aquilo que a Constituição diz a respeito da necessidade de lei para municípios com mais de vinte mil habitantes”.

Assim, o STF procurou limitar sua decisão à possibilidade de lei municipal específica regular programas e projetos específicos de ordenamento urbano, desde que de forma compatível com o plano diretor.

Ocorre que o decidido partiu da discussão acerca da possibilidade de lei distrital

específica regular a criação dos loteamentos fechados, independentemente da previsão expressa no plano diretor. Assim, da leitura do aresto, é possível concluir que o STF permite que lei municipal/distrital específica preveja a existência de loteamentos fechados, ainda que o plano diretor local não preveja tal modalidade de ocupação do espaço urbano.

Com a devida vênia, a decisão proferida partiu de premissa equivocada acerca do que se entende por *compatibilidade da lei local específica com o plano diretor*.

Conforme abordado ao longo deste trabalho, as regras fundamentais de ocupação do espaço urbano devem estar previstas no plano diretor; é o plano diretor que define o *desenho urbano*, ainda que de forma genérica. E é o plano diretor que define quais as modalidades de ocupação do espaço urbano aplicáveis, inclusive aquela denominada de loteamento fechado.

Apesar de não constar expressamente do Estatuto da Cidade como conteúdo obrigatório do plano diretor (art. 42), a previsão acerca da existência dos loteamentos fechados no plano diretor é condição necessária para que essa modalidade exista. A criação de loteamentos fechados, independentemente de sua legalidade, interfere de maneira importante na organização do espaço urbano, razão pela qual deve estar expressamente prevista no plano diretor.

O Ministro Dias Toffoli reconheceu a importância da matéria em sua manifestação proferida nas discussões que se seguiram ao voto do Relator: “faz-se um grande loteamento e isso veda o acesso da população, porque esse loteamento é fechado, é um condomínio fechado. Aí, um cidadão, para ir de uma residência dele a uma escola, tem de dar a volta num longo loteamento fechado. Isso pode inviabilizar a facilidade de locomoção em determinados municípios”. Ora, um instrumento de ocupação do solo que pode inviabilizar a locomoção em determinados municípios deve ser previsto no plano diretor municipal, dada

51 O julgado foi proferido antes da edição da Lei Federal nº 13.465/2017, que passou a prever a existência de *condomínio de lotes* (art. 58 e 78). O artigo 58 da lei federal acrescentou o artigo 1.358-A ao Código Civil, cujo *caput* prevê que “pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum dos condôminos”. Já o artigo 78 da Lei Federal nº 13.465/2017 incluiu os parágrafos 7º e 8º ao artigo 2º da Lei nº 6.766/79, que passou a prever que “o lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes” e que “constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do Poder Público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados”.

a sua importância e o impacto que causa na vida urbana.

O plano diretor e a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano fazem parte do instrumento denominado *planejamento municipal* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III, *a* e *b*). As leis que instituem o plano diretor e a disciplina do parcelamento e do uso do solo urbano devem ser compatíveis entre si; suas disposições devem ser integradas umas às outras.⁵² O zoneamento divide a cidade em zonas de uso e prevê as regras locais de parcelamento e ocupação do solo. A lei local que disciplina o parcelamento deve disciplinar os procedimentos de loteamentos e desmembramentos no âmbito municipal,⁵³ de acordo com as normas gerais previstas na Lei Federal nº 6.766/1979. Deve, inclusive, definir se e onde poderão ser criados loteamentos fechados.

É a lei local que disciplina o parcelamento e uso do solo urbano que pode prever a existência de loteamentos fechados; e, como esse diploma integra o instrumento amplo do planejamento municipal (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III, *a* e *b*), deve ser editado de acordo com as diretrizes do plano diretor. Trata-se, na realidade, de leis que são editadas em conjunto: a disciplina do parcelamento e do uso do solo municipal e o plano diretor fazem parte de um arcabouço legal único. Tanto uma como outra devem ser editadas por meio de processo legislativo específico, em que estão garantidas as audiências e consultas públicas.

Assim, não pode lei municipal editada posteriormente às leis que compõem o planejamento municipal prever a criação de loteamentos fechados, se as leis que compõem o planejamento assim não o fizeram. As leis municipais que versam sobre matéria urbanística, para serem válidas, devem estar de acordo com o que dizem o plano diretor e a lei que disciplina o uso e parcelamento do solo urbano, que, como visto, fazem parte do mesmo conjunto normativo.

E não basta a compatibilidade genérica com plano diretor;⁵⁴ a possibilidade de criação de loteamentos fechados deve estar expressamente prevista nas leis que compõem o arcabouço jurídico do planejamento urbano. Não pode lei municipal regulamentar a ocupação de área da cidade sem a correspondente previsão no plano diretor.

Não se nega a possibilidade de lei local regular matéria urbanística. Não se está a defender que todas normas de direito urbano estejam contidas no plano diretor. Entretanto, pelo princípio da reserva do plano, as leis posteriores devem estar fundamentadas nas leis que integram o planejamento municipal. Como visto, leis posteriores não revogam o plano e, para serem válidas, precisam conformar suas disposições ao que está nele prescrito.

Interessante notar que o Ministro Teori Zavascki, relator do acórdão proferido no RE nº 607.940/DF, em determinado trecho do seu voto, diz expressamente que “bastaria,

52 No Município de São Paulo, a Lei nº 16.402/2016 (zoneamento municipal) disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo, de acordo com a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico (PDE). De acordo com o artigo 1º do diploma municipal, “o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no território do Município de São Paulo ficam disciplinados pelas disposições desta lei, de acordo com a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – PDE, e legislação correlata”.

53 As duas formas de loteamento, previstas na Lei Federal nº 6.766/1979 são o loteamento e o desmembramento (art. 2º). As regras específicas a respeito devem ser editadas por Estados e, principalmente, pelos Municípios (art. 2º).

54 A Lei Complementar Distrital nº 710/2005, que foi objeto de questionamento perante o STF no julgado aqui tratado, dispõe que “esta lei complementar incorpora as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal, instituído pela Lei Complementar nº 17, de 28 de janeiro de 1997, estabelecendo as condições para os Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU” (art. 2º). Ocorre que o Plano Diretor do Distrito Federal não faz menção expressa à existência dos loteamentos fechados; a Lei Complementar Distrital nº 710/2005 se diz compatível com o plano diretor, mas essa compatibilidade não existe, ao menos não no que se refere à possibilidade de criação de loteamentos fechados no território do Distrito Federal.

para manter a coesão do planejamento da cidade, que o plano diretor *considerasse, em seu interior, os zoneamentos da cidade habilitados a receber parcelamentos diferenciados como aquele previsto na Lei Complementar 710/2005*. Em outras palavras, o coeficiente de generalidade que a Constituição exige para o plano diretor não determina que ele apresente uma regulamentação detalhada a respeito de cada umas das formas admissíveis de aproveitamento do solo, *mas apenas que ele indique onde poderão ser aplicadas essas diferentes modalidades de urbanização no plano global da cidade*”. (destaques nossos).

Ora, esse trecho do julgado parece ir de encontro ao que foi nele decidido. O STF decidiu que os loteamentos fechados podem ser regulados por lei local, ainda que sua existência não esteja prevista no plano diretor, mas, neste trecho do seu voto, o Relator reconhece a necessidade de previsão das áreas da cidade aptas a receber essa modalidade de ocupação do solo urbano.

Com efeito, sem a previsão dessa modalidade de ocupação do solo urbano nas leis que compõem o planejamento municipal, não há como criar loteamentos fechados; nesses casos, as leis específicas que regulam esses loteamentos são contrárias ao plano diretor. São, portanto, inválidas.

21. Considerações finais

Os modos tradicionais de solução de conflitos entre normas legais não são aplicáveis às antinomias existentes entre a lei que institui o plano diretor e as leis locais sobre matéria urbanística.

As leis urbanísticas editadas posteriormente ao plano diretor lhe devem respeito, ou seja, suas regras devem encontrar fundamento nos preceitos da lei que institui o plano. A lei superveniente sobre direito urbano não revoga a lei que institui o plano, ainda que pertençam à mesma escala hierárquica. Isso porque o plano diretor foi alçado pela

Constituição a instrumento fundamental de organização do espaço urbano (CF, art. 182, §§ 1º e 2º), de modo que o zoneamento, as regras sobre parcelamento e todos os instrumentos urbanísticos aplicáveis à ocupação do solo devem estar previstos no plano diretor, para que possam ser efetivamente utilizados pelo Poder Público local no exercício de sua função urbanística.

O planejamento urbano deve ser único. A ordem jurídica pátria não permite que leis esparsas regulem a organização do espaço urbano de forma desvinculada ao que diz o plano diretor. É possível a edição de leis locais sobre matéria urbanística, desde que compatíveis com as regras da lei que institui o plano.

Nesse sentido, modalidades específicas de ocupação do solo urbano, como a operação urbana consorciada e os loteamentos fechados, somente podem ser utilizadas pelo poder local se previstas expressamente na lei que institui o plano diretor.

Referências

- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho urbanístico: instituciones básicas*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1986.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- CHARLES, Hubert. *Les principes de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 1993.

CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades – uma antologia*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979.

JACOBS, Jane. *Morte e vida de grandes cidades*. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Universitaires de France, 2012.

LE CORBUSIER. *La Charte d'Athènes* (suivi de entretien avec les étudiants des écoles d'architecture). Paris: Minuit, 1957.

LE CORBUSIER. *Urbanismo*. Fundação Le Corbusier. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEVIN, Alexandre. *Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo III – Bienes públicos e Derecho urbanístico*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL

0005028-67.2008.4.03.6104

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: SMART SECURITY SEGURANÇA PRIVADA LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA DE SEGURANÇA. CONDICIONAMENTO À COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. EXIGÊNCIAS - ART. 32, § 7º, DECRETO 89.056/83 E PORTARIA 387/2006. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ART. 5º, II, CF/88.

1. A Lei nº 7.102/83 que dispõe sobre a prestação de serviços de vigilância, entre outros, quanto a Lei nº 9.017/95, que lhe introduziu alterações, não estabelecem como requisito para a expedição de licença a apresentação de certidão negativa de débitos, de natureza fiscal ou administrativa.

2. O Decreto nº 1.592/95, ao introduzir alterações no Decreto nº 89.053/83 passou a exigir (art. 32, § 7º, “b” e “c”) a apresentação de certidões negativas de débito do FGTS, da Previdência, da Receita Federal e da Dívida Ativa, bem como de comprovante de quitação das penas de multa eventualmente aplicadas por infração administrativa, para renovação da autorização de funcionamento das empresas de vigilância.

3. Com base na exigência do Decreto nº 1.592/95, a Superintendência do Departamento da Polícia Federal editou a Portaria nº 387/2006, dispondo em seu art. 10º, I, sobre a obrigatoriedade de apresentação das “certidões negativas da Dívida Ativa”, da União, Estado e Município, para a obtenção da renovação.

4. As exigências tanto do Decreto nº 89.056/83, quanto a Portaria nº 387/2006 da Superintendência do Departamento da Polícia Federal desbordam dos comandos da Lei nº 7.102/83 ao disporem de forma diversa do conteúdo de lei para fins de renovação da autorização de funcionamento das empresas de segurança.

5. A questão da ilegalidade da exigência de certidões de regularidade fiscal, por imposição do Decreto nº 89.056/83, na redação dada pelo Decreto nº 1.592/95, encontra-se pacificada pela jurisprudência desta E. Corte.

6. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de agosto de 2019.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação pelo rito ordinário ajuizada por Smart Security Segurança Privada Ltda., em face da União Federal (Fazenda Nacional), objetivando provimento jurisdicional para determinar que a ré promova a renovação da Autorização de Funcionamento com a expedição do alvará respectivo, independente da existência de pendências fiscais. Foi dado à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Sustenta a autora ser empresa prestadora de serviços de vigilância patrimonial e que necessita renovar, anualmente, a autorização para funcionamento. Aduz que a exigência de certidão negativa de débitos, veiculada no art. 32, § 7º, “b”, do Decreto nº 1.592/95 e Portaria do Departamento da Polícia Federal nº 387/06, como condição à renovação do alvará de funcionamento é ilegal.

Alega a ilegalidade da exigência, por ter sido veiculada por norma infralegal, em violação à Lei nº 7.102/83, que dispôs acerca do funcionamento das empresas prestadoras de serviços de segurança privada. Valor atribuído à causa: R\$ 1.000,00 em 21/07/2008.

O pedido de tutela antecipada foi deferido às fls. 54/57. Contra essa decisão a União interpôs agravo de instrumento, tendo sido indeferido o efeito suspensivo (fls. 104/108).

Por meio de sentença, o MM. Juízo *a quo* a julgou procedente a ação, para determinar o prosseguimento do processo de “Renovação de Autorização de Funcionamento”, sem a apresentação da Certidão Negativa de Débito do FGTS, Previdência Social e Dívida Ativa da União, se não houver outro óbice que o impeça, condenando a ré em honorários advocatícios, fixados em R\$ 600,00 (seiscentos reais), com fundamento no § 4º, do artigo 20, do CPC/73.

Apela a União, pugnando pela reforma da sentença, alegando a legitimidade dos atos administrativos, visto que a empresa apelada não atendeu as exigências previstas na legislação (fls. 127/136).

Contrarrazões às fls. 140/144, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

A Lei nº 7.102/83 que dispõe sobre a prestação de serviços de vigilância, entre outros, quanto a Lei nº 9.017/95, que lhe introduziu alterações, não estabelecem como requisito para a expedição de licença a apresentação de certidão negativa de débitos, de natureza fiscal ou administrativa.

Dispõe o artigo 14 da Lei nº 7.102/83, *in verbis*:

Art. 14 - São condições essenciais para que as empresas especializadas operem nos Estados, Territórios e Distrito Federal:

I - autorização de funcionamento concedida conforme o art. 20 desta Lei; e

II - comunicação à Secretaria de segurança Pública do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.”

Lei nº 9.017, de 1995.

Art. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante

convênio com as Secretarias de segurança Pública dos Estados e Distrito Federal:
I - conceder autorização para o funcionamento:

O Decreto nº 89.056/83 que regulamentou a Lei nº 7.102/83, estabeleceu que não seria concedida autorização de funcionamento à empresa desprovida de recursos financeiros.

Posteriormente, o Decreto nº 1.592/95, ao introduzir alterações no Decreto nº 89.053/83 passou a exigir (art. 32, § 7º, “b” e “c”) a apresentação de certidões negativas de débito do FGTS, da Previdência, da Receita Federal e da Dívida Ativa, bem como de comprovante de quitação das penas de multa eventualmente aplicadas por infração administrativa, para renovação da autorização de funcionamento das empresas de vigilância.

Com base na exigência do Decreto nº 1.592/95, a Superintendência do Departamento da Polícia Federal editou a Portaria nº 387/2006, dispondo em seu art. 10º, I, sobre a obrigatoriedade de apresentação das “certidões negativas da Dívida Ativa”, da União, Estado e Município, para a obtenção da renovação.

Ora, as exigências tanto do Decreto nº 89.056/83, quanto a Portaria nº 387/2006 da Superintendência do Departamento da Polícia Federal desbordam dos comandos da Lei nº 7.102/83 ao disporem de forma diversa do conteúdo de lei para fins de renovação da autorização de funcionamento das empresas de segurança.

Com efeito, a confirmar a procedência da ação, a questão da ilegalidade da exigência de certidões de regularidade fiscal, por imposição do Decreto nº 89.056/83, na redação dada pelo Decreto nº 1.592/95, encontra-se pacificada pela jurisprudência desta E. Corte.

AGRAVO INOMINADO ART. 557, § 1º, CPC - ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA - RENOVAÇÃO - EXIGÊNCIAS - ART. 32, § 7º, DECRETO 89.056/83 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - ART. 5º, II, CF/88 - RECURSO IMPROVIDO.

1 - As imposições expressas no Decreto nº 89.056/83, com as alterações trazidas pelo Decreto nº 1.592/95, não gozam de legalidade, posto que extrapolam o disposto na Lei nº 7.102/83.

2 - Não há fundamento legal que abarque as exigências previstas no art. 32, § 7º, alíneas “a”, “b” e “c” do Decreto nº 89.056/1983, não podendo se valer de tal dispositivo para obstar o prosseguimento do processo administrativo voltado à renovação do alvará de funcionamento da parte autora sob pena de afronta ao princípio da legalidade, art. 5º, II, da Carta Magna.

3 - Não tendo o agravante trazido relevante argumento, mantém-se a decisão agravada como proferida.

4 - Agravo inominado improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0004400-56.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2015)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. DECRETO 89.056/83 E PORTARIA 992/95. RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA DE SEGURANÇA. CONDIÇÃOAMENTO À COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA. ILEGALIDADE.

1. A questão da ilegalidade da exigência de cnd relativa ao INSS, por determinação do Decreto 89.056/83 e da Portaria 992/95, já se encontra pacificada pela jurisprudência pátria.

2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

3. Agravo legal improvido.

(AC nº 2000.61.00.009234-5, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, Sexta Turma, j. 20/01/2011, DJ 27/01/2011)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA DE SEGURANÇA - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA.

1. A Lei nº 7.102/83, que regulamenta a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, não estabelece como requisito para a expedição de licença a apresentação de Certidão Negativa de Débitos relativos ao INSS.

2. Contudo, o Decreto 89.056/83, que regulamenta referida lei, e a Portaria 992/95, que normatiza e uniformiza os procedimentos relacionados às empresas prestadoras de segurança privada, condicionam a revisão da autorização à apresentação de Certidão Negativa de Débitos relativos ao INSS, exigência esta que desborda dos comandos da Lei nº 7.102/83.

3. Referidos atos normativos incorreram em ilegalidade, posto ser vedado ir além dos limites impostos pela lei.

4. Sentença mantida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0010726-81.1999.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 04/03/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2010 PÁGINA: 345)

Dessa forma, incorreu referido ato normativo em ilegalidade, tendo em vista ser vedado ao administrador ir além dos limites impostos pela lei, na esteira do disposto no art. 5º, inciso II, 37, caput, e 84, inciso IV, todos da Constituição Federal.

De rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0015147-31.2010.4.03.6100

Apelantes: HELIMARTE TAXI AEREO LTDA E JORGE BITAR NETO
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA - INFRAERO.
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2019

EMENTA

DIREITO AEROPORTUÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. PODER INSTRUTÓRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PREÇO PELO SERVIÇO PRESTADO (PAN) E ADICIONAL ATAERO. TARIFA DE USO DAS COMUNICAÇÕES E DOS AUXÍLIOS À NAVEGAÇÃO AÉREA. REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS DESTINADOS A APOIAR E TORNAR SEGURA A NAVEGAÇÃO AÉREA. CONTRIBUINTE QUE OPERA TÃO SOMENTE VOOS VISUAIS E NÃO POR INSTRUMENTOS. IRRELEVÂNCIA.

1. Não conhecido o agravo retido interposto pela Infraero, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme disposição do art. 523, § 1º, do CPC/1973, vigente à época.

2. Contudo, o agravo retido interposto pela parte autora e reiterado nas razões de seu recurso deve ser conhecido, mas não prosperar.

3. Aduz a autora que apenas um especialista seria capaz de saber se as suas aeronaves são ou não equipadas para realização de voos por instrumento, questão essa essencial para o deslinde da demanda, porquanto os serviços relativos ao preço público em comento só são utilizados por tais aeronaves. Afirma que o colhimento do depoimento de seus pilotos também poderia corroborar as suas alegações.

4. Ora, se para o Juízo de origem “(...) *toda aeronave necessita e deve estar submetida ao controle e orientações e, por consequência, ao contrário do aventado, usufruem efetivamente dos serviços prestados (...)*”, devendo ser cobrada a tarifa “(...) *em virtude de serviços mais abrangentes e indispensáveis para o controle e segurança aéreos (...)*”, não haveria razão para que a prova oral ou pericial fossem deferidas no presente caso.

5. No caso concreto, cinge-se a questão em saber se a parte autora, ora apelante, estaria ou não obrigada ao recolhimento do Preço pelo Serviço Prestado (PAN) e do respectivo adicional ATAERO, mesmo que as aeronaves por ela operadas realizem tão somente voos visuais, *i.e.*, sem qualquer tipo de comunicação ou auxílio à navegação, e não por instrumentos.

6. Da leitura da legislação analisada, percebe-se que a tarifa em questão remunera diversos serviços prestados com o fim de tornar mais segura a aviação civil, tais como informação aeronáutica, tráfego aéreo, meteorologia, facilidades de comunicações e auxílios à navegação aérea em rota, busca e salvamento, além de outros serviços auxiliares de proteção ao voo.

7. O fato gerador da tarifa aeroportuária em questão e do respectivo adicional é exa-

tamente “(...) a utilização das instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea”, havendo uma abrangência muito maior do que quer fazer crer a apelante quando assevera que somente estaria obrigada a recolher as aludidas exações se utilizasse os serviços de comunicações e de auxílio à navegação aérea, o que não seria o seu caso, porquanto não operaria qualquer voo por instrumentos, mas apenas visuais.

8. Agravo retido interposto pela Infraero não conhecido. Agravo retido interposto pela parte autora conhecido e desprovido. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido interposto pela Infraero, conhecer do agravo retido interposto pela parte autora e negar-lhe provimento e negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2019.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de apelação em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Helimarte Táxi Aéreo Ltda. e Jorge Bitar Neto em face da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), objetivando a exclusão da cobrança da tarifa aeroportuária baseada no Preço pelo Serviço Prestado (PAN), bem como a devolução do valor indevidamente recolhido, juntamente com o respectivo adicional ATAERO, em dobro da quantia já paga ou, alternativamente, apenas o que foi efetivamente pago, alegando ser indevida a tarifa em questão, eis que, como realizam apenas voo visual, não se valem dos equipamentos necessários para o voo por instrumento, não se utilizando, conseqüentemente, dos serviços de comunicações e de auxílios à navegação aérea, o que daria ensejo à cobrança da supracitada tarifa.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 500.640,04 (quinhentos mil seiscentos e quarenta reais e quatro centavos).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 752/753).

Foi deferida a intervenção da União Federal na demanda na qualidade de assistente simples (fl. 830), tendo a Infraero interposto agravo retido em face dessa decisão (fls. 891/895).

Instadas as partes a especificar as provas que pretendiam produzir, requereu a parte autora a produção de prova oral e pericial (fl. 890), o que foi indeferido (fl. 932), razão pela qual a parte autora interpôs agravo retido (fls. 984/987).

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo, com resolução mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC/1973 e condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Apelou a parte autora, reiterando o julgamento do agravo retido, a fim de anular a r.

sentença recorrida, com a regular produção das provas oral e pericial pleiteadas, pleiteando, alternativamente, a reforma da r. sentença para que o pedido seja julgado inteiramente procedente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

A apelação não deve prosperar.

Em um primeiro momento, deixo de conhecer do agravo retido interposto pela Infraero, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme disposição do art. 523, § 1º, do CPC/1973, vigente à época.

Por sua vez, o agravo retido interposto pela parte autora e reiterado nas razões de seu recurso não deve prosperar.

A condução do processo e a análise da pertinência e necessidade das provas competem ao juiz, visto que é ele o seu destinatário final. O Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz atribui ao magistrado pleno poder na avaliação das provas e documentos que servirão de base para sua decisão, razão pela qual cabe a ele deferir ou não a sua produção de acordo com o seu entendimento.

Com efeito, em análise às questões trazidas aos autos e considerando o quadro probatório existente, poderá o magistrado, a fim de formar sua convicção, entender pela necessidade ou não da realização de prova pericial, com base em seu poder instrutório (art. 130 do CPC/1973).

No caso concreto, o r. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de produção das provas oral e pericial por entender que *a matéria versada nestes autos é exclusivamente de direito*.

Por outro lado, aduz a parte autora que apenas um especialista seria capaz de saber se as suas aeronaves são ou não equipadas para realização de voos por instrumento, questão essa essencial para o deslinde da demanda, porquanto os serviços relativos ao preço público em comento só são utilizados por tais aeronaves. Afirma que o colhimento do depoimento de seus pilotos também poderia corroborar as suas alegações.

Ora, se para o Juízo de origem “(...) *toda aeronave necessita e deve estar submetida ao controle e orientações e, por consequência, ao contrário do aventado, usufruem efetivamente dos serviços prestados (...), devendo ser cobrada a tarifa (...) em virtude de serviços mais abrangentes e indispensáveis para o controle e segurança aéreos (...)*”, não haveria razão para que as provas oral ou pericial fossem deferidas no presente caso.

Passo, assim, à análise do mérito propriamente dito.

No caso concreto, cinge-se a questão em saber se a parte autora, ora apelante, estaria ou não obrigada ao recolhimento do Preço pelo Serviço Prestado (PAN) e do respectivo adicional ATAERO, mesmo que as aeronaves por ela operadas realizem tão somente voos visuais, *i.e.*, sem qualquer tipo de comunicação ou auxílio à navegação, e não por instrumentos.

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) é uma empresa pública

federal responsável pela prestação dos serviços públicos de infraestrutura aeroportuária, cuja criação foi autorizada por meio da Lei nº 5.862/1972.

A fim de dispor sobre a utilização e a exploração dos aeroportos e das facilidades à navegação aérea, foi editada a Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973, que trata das tarifas aeroportuárias, sendo oportuna a transcrição dos seguintes dispositivos, *in verbis*:

Art. 2º A efetiva utilização de áreas, edifícios, instalações, equipamentos, facilidades e serviços de um aeroporto está sujeita ao pagamento referente aos preços que incidirem sobre a parte utilizada.

Parágrafo único. Os preços de que trata este artigo serão pagos ao Ministério da Aeronáutica ou às entidades de Administração Federal Indireta responsáveis pela administração dos aeroportos, e serão representados:

a) por tarifas aeroportuárias, aprovadas pela Agência Nacional de Aviação Civil, para aplicação em todo o território nacional;

(...)

Art. 8º A utilização das instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea, proporcionados pelo Comando da Aeronáutica, está sujeita ao pagamento das seguintes tarifas de navegação aérea:

I - Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Rota - devida pela utilização do conjunto de instalações e serviços relacionados ao controle dos voos em rota, de acordo com as normas específicas do Comando da Aeronáutica; (Grifei)

Por sua vez, com o objetivo de normatizar a utilização de instalações e serviços destinado a apoiar e tornar segura a navegação aérea, foi editado o Decreto-Lei nº 1.896, de 17 de dezembro de 1981, cuja redação em vigor à época, previa:

Art. 1º A utilização de instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea, proporcionados pelo Ministério da Aeronáutica ou por entidade especializada da Administração Federal Indireta, a ele vinculada, está sujeita ao pagamento referente aos preços que incidirem sobre a parte utilizada.

(...)

Art. 2º As tarifas a que se refere o artigo anterior são assim denominadas e caracterizadas:
I - Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea - devida pela utilização dos serviços de informações aeronáuticas, tráfego aéreo, meteorologia, facilidades de comunicações, auxílio à navegação aérea e outros serviços auxiliares de proteção ao voo proporcionados pelo Ministério da Aeronáutica ou por empresa especializada da Administração Federal Indireta, a ele vinculada; incide sobre o proprietário ou explorador da aeronave;

Por fim, a fim de estabelecer critérios e procedimentos para o cálculo e a cobrança das Tarifas de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Rota foi editada pelo Comando da Aeronáutica a Portaria SDAD nº 1/2005:

Art. 5º - As Tarifas de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Rota remuneram os seguintes serviços e facilidades disponíveis aos usuários, destinados a apoiar e a tornar segura a navegação aérea, proporcionados pelo Comando da Aeronáutica (Comaer) ou, quando por ele autorizado, por Empresa da Administração Federal Indireta, órgão ou empresa operadora de Epta (Estação Permissionária de Telecomunicações Aeronáuticas):

I - remunerados pela TAN:

- a) Serviços de Informação Aeronáutica (AIS);
- b) Tráfego Aéreo (ATM);
- c) Meteorologia (MET);
- d) Facilidades de Comunicações e Auxílios à Navegação Aérea em Rota (COM);
- e) Busca e Salvamento (SAR); e
- f) outros Serviços Auxiliares de Proteção ao Vôo;

Já no que se refere ao Adicional de Tarifa Aeroportuária (ATAERO) dispõe a Lei nº 7.920/1989:

Art. 1º É criado o adicional no valor de 50% (cinquenta por cento) sobre as tarifas aeroportuárias referidas no artigo 3º da Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973 e sobre as tarifas relativas ao uso dos auxílios à navegação aérea e das telecomunicações referidas no artigo 2º do Decreto-lei nº 1.896, de 17 de dezembro de 1981.

§ 1º O adicional de que trata este artigo destina-se à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma, expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea.

Art. 2º A sistemática de recolhimento do adicional será a mesma empregada para a cobrança das respectivas tarifas.

Da leitura da legislação supramencionada, percebe-se que a tarifa em questão remunera diversos serviços prestados com o fim de tornar mais segura a aviação civil, tais como informação aeronáutica, tráfego aéreo, meteorologia, facilidades de comunicações e auxílios à navegação aérea em rota, busca e salvamento, além de outros serviços auxiliares de proteção ao voo.

Assim, o fato gerador da tarifa aeroportuária em questão e do respectivo adicional é exatamente “(...) a utilização das instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea”, havendo uma abrangência muito maior do que quer fazer crer a apelante quando assevera que somente estaria obrigada a recolher as aludidas exações se utilizasse os serviços de comunicações e de auxílio à navegação aérea, o que não seria o seu caso, porquanto não operaria qualquer voo por instrumentos, mas apenas visuais.

Como bem aduziu o r. Juízo *a quo*, “em casos como o dos autos, toda aeronave necessita e deve estar submetida ao controle e orientações e, por consequência, ao contrário do aventado, usufruem efetivamente dos serviços prestados (...)”, razão pela qual agiu bem ao não acolher a pretensão deduzida na exordial, por ser devido o preço público em testilha.

Em face de todo o exposto, *não conheço do agravo retido interposto pela Infraero, conhecimento do agravo retido interposto pela parte autora e nego-lhe provimento, assim como à apelação por ela interposta*, devendo ser mantida a r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0001373-54.2013.4.03.6123

Apelantes: MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA CORREIA E JOÃO CARLOS DA SILVA TORRES

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO MUNICÍPIO. MULTA CIVIL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSOS DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Trata-se de ação civil ajuizada pelo Ministério Público Federal, visando à condenação por atos de improbidade administrativa, consoante o artigo 12, II e III, da Lei nº 8.429/92, tendo em vista que o réu, na qualidade de Prefeito Municipal de Joanópolis - SP, celebrou com a União, por meio do Ministério do Turismo, o Convênio nº 703639/2009, para um evento de incentivo ao turismo, com shows musicais e festividades juninas, durante as datas de 19 a 24 de junho de 2009.

2. Houve contratação para a realização de shows artísticos, com inexigibilidade de licitação, sob a alegação de que a parte ré, representava exclusivamente os artistas contratados, sendo o valor total do contrato de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

3. Sustenta o Ministério Público Federal que a contratação mediante o processo de inexigibilidade de licitação ocorreu de forma irregular, tendo em vista a ausência de documentação comprobatória de exclusividade de comercialização dos artistas por parte da parte ré, contrariando o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

4. Conforme o art. 23, I, da Lei nº 8.429/92, as ações destinadas a levar a efeito as sanções concernentes a atos de improbidade administrativa podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função comissionada, sendo que o prazo prescricional quinquenal e o respectivo termo inicial devem ser estendidos aos demais réus, que concorreram para a prática dos atos tidos como ímprobos.

5. Os atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 causam danos "*in re ipsa*" ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça.

6. Evidente a prática de atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário, os quais podem ser praticados mediante ação ou omissão, dolosa ou culposa, uma vez que ao deixar de realizar procedimento licitatório, bem como fundamentar eventual dispensa ou inexigibilidade, para aquisição de bens destinados à realização do evento, objeto do convênio, não houve observância ao interesse público.

7. Embora o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabeleça várias sanções, as quais variam em grau e espécie conforme o ato de improbidade administrativa

incorrido pela parte ré, cabe ao juiz eleger quais serão aplicadas ao agente, podendo fixá-las de maneira cumulativa ou isolada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

8. No tocante à pena de ressarcimento ao erário, em que pese a conduta praticada pelos réus configurar um ato de improbidade administrativa, não pode prosperar tal condenação, porque os serviços foram efetivamente prestados, de modo que, conclusão em sentido contrário, causaria enriquecimento ilícito do Poder Público.

9. Ressalta-se, ainda, que o valor de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sete centavos) não se mostra desproporcional ou desarrazoável para um evento que visou incentivar o turismo no Município, com shows musicais e festividades juninas, durante as datas de 19 a 24 de junho de 2009.

10. A multa civil, além do caráter punitivo, possui as funções de coibir e desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, não devendo se confundir, portanto, com o ressarcimento do dano, o qual visa tão somente recompor o patrimônio público violado.

11. No caso em tela, revela-se adequada para reprimir e prevenir a prática de atos de improbidade administrativa a condenação, a título de multa civil, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

12. Com efeito, indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita, rejeito a preliminar de prescrição e dou parcial provimento aos recursos de apelação, a fim de reformar a r. sentença, somente para excluir a pena de ressarcimento ao erário e reduzir o valor da multa civil para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo as outras sanções fixadas na sentença.

13. Recursos de apelação parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita e dar parcial provimento aos recursos de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de João Carlos da Silva Torres, Maria Aparecida de Oliveira Correia e Maria Aparecida de Oliveira Correia - ME, visando à condenação por atos de improbidade administrativa, consoante o artigo 12, II e III, da Lei nº 8.429/92.

Aduz o Ministério Público Federal que o réu João Carlos da Silva Torres, na qualidade de Prefeito Municipal de Joanópolis - SP, celebrou com a União, por meio do Ministério do Turismo, em 10 de junho de 2009, o Convênio nº 703639/2009, a fim de incentivar o turismo no Município, com a realização do evento denominado “Festividades Juninas”, com aporte de recursos públicos, sendo R\$ 100.000,00 (cem mil) do orçamento do Ministério do Turismo e

R\$ 4.166,67 (quatro mil, cento e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos) do orçamento municipal.

Nesse panorama, a parte ré MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA CORREIA - ME, representada pela requerida Maria Aparecida de Oliveira Correia, foi contratada para a realização dos shows artísticos, com inexigibilidade de licitação, sob a alegação de que representava exclusivamente os artistas contratados, sendo o valor total do contrato de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

Sustenta o Ministério Público Federal que a contratação realizada mediante o processo de inexigibilidade de licitação ocorreu de forma irregular, tendo em vista a ausência de documentação comprobatória de exclusividade de comercialização dos artistas por parte da empresa contratada, contrariando o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

Maria Aparecida de Oliveira Correia - ME e Maria Aparecida de Oliveira Correia apresentaram contestação, às fls. 157/165, alegando, em síntese: que os shows das bandas “Edson Brazilian”, “Meridian”, “Oclarroma”, “Alta Frequência”, “Master Show” e do cantor Almir Sater efetivamente ocorreram nas “Festividades Juninas”, entre os dias 19 e 24 de junho de 2009, e foram devidamente quitados, nos exatos termos das propostas apresentadas junto à Prefeitura Municipal de Joanópolis; que não agiram com dolo para configurar ato de improbidade administrativa; a prescrição de 5 (cinco) anos, conforme o artigo 23 da Lei nº 8.429/92.

João Carlos da Silva Torres ofereceu contestação, às fls. 191/198, sustentando a nulidade processual, tendo em vista a falta de sua intimação sobre a decisão de recebimento da inicial; falta de acesso ao procedimento administrativo de julgamento das contas do convênio; inexistência de frustração do procedimento licitatório; inexistência de enriquecimento ilícito de qualquer pessoa; não ocorrência de lesão ao erário; inoocorrência de irregularidades no contrato; que a prestação de contas foi feita dentro dos padrões possíveis diante do seu afastamento do cargo de prefeito municipal.

A r. sentença, às fls. 540/548, julgou procedentes os pedidos, com resolução de mérito, para condenar a parte ré a solidariamente restituir à União o valor de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos), corrigido monetariamente e com juros de mora a partir do evento danoso; pagar multa civil de duas vezes o valor deste dano atualizado, a ser apurado em liquidação; suspensão de direitos políticos; perda de eventual função pública que exerça; proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Às fls. 551/555, Maria Aparecida de Oliveira Correia e Maria Aparecida de Oliveira Correia - ME ofereceram recurso de apelação, argumentando a incidência de prescrição, tendo em vista que os supostos atos ímprobos ocorreram em junho de 2009, e, no que tange ao mérito, a reforma da r. sentença, considerando que a dispensa da licitação, sem objetivo de enriquecimento ilícito, não demonstra desonestidade.

Inconformado, o réu JOÃO CARLOS DA SILVA Torres interpôs recurso de apelação, às fls. 556/561, requerendo o benefício da assistência judiciária gratuita e a reforma da r. sentença, para afastar a pena de ressarcimento e reduzir as penas fixadas pelo juízo “a quo”.

O Ministério Público Federal, às fls. 574/578, opinou pelo não provimento dos recursos de apelação dos réus, ressaltando que o prejuízo ao patrimônio público é presumido, sendo inerente à contratação irregular, e que, no caso em tela, atingiu o montante de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelos réus JOAO CARLOS DA SILVA TORRES, MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA CORREIA E MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA CORREIA - ME em face de sentença que julgou procedentes os pedidos para condená-los pela prática de atos de improbidade administrativa, consoante o artigo 12, II e III, da Lei nº 8.429/92.

Inicialmente, segundo a declaração de hipossuficiência para fins de assistência judiciária gratuita, à fl. 562, do apelante João Carlos da Silva Torres, cabe mencionar o artigo 99 do Código de Processo Civil:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º *O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. (Destacamos)

Nesse panorama, para o deferimento da assistência judiciária gratuita, basta a declaração de hipossuficiência, a qual, no entanto, tem presunção relativa, admitindo prova em contrário.

Havendo documentos nos autos acerca da capacidade econômica da requerente, é facultado ao juiz analisá-los, a fim de decidir pela concessão ou não do benefício.

No caso em comento, de acordo com o documento de fl. 113, verifica-se que o ora apelante é proprietário de 3 (três) carros: “Fiat/Strada Fire CE Flex”, “JTA/Suzuki Katana 125” e “Ford/Escort 1.0 Hobby”.

Ademais, à fl. 150, há o extrato bancário de uma conta na Caixa Econômica Federal, em nome do apelante, com um saldo de R\$ 28.989,62 (vinte e oito mil, novecentos e oitenta e nove reais e sessenta e dois centavos), em 02/06/2009, sendo suficiente para afastar a presunção de hipossuficiência.

Assim, indefiro o pedido de benefício da assistência judiciária gratuita, à fl. 562.

O apelante JOAO CARLOS DA SILVA TORRES, às fls. 556/561, requer a nulidade da sentença, ressaltando que o juízo “*a quo*” deu personalidade distinta à Maria Aparecida de Oliveira Correia ME e condenou diferentemente da pessoa física participante do contrato.

Todavia, além de o apelante não fundamentar adequadamente o pedido de nulidade, salienta-se que pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, ainda que desacompanhada de seus sócios, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PES-

SOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, manifestando-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive em relação às quais o recorrente alega contradição e omissão.

2. *Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios.*

3. Recurso especial não provido.

(REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012) (Destacamos)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

(...)

4. *A afirmação de que não exerce função delegada do poder público nos convênios impugnados é irrelevante, tendo em vista que o art. 3º da Lei 8.429/1992, tido por violado, é claro ao estender o seu alcance aos particulares que se beneficiem do ato de improbidade. A expressão “no que couber” diz respeito às sanções compatíveis com as peculiaridades do beneficiário ou partícipe, conforme entendimento do STJ.*

5. *O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.*

6. O argumento da empresa de que não possui responsabilidade sobre o dano ao Erário apontado na petição inicial ultrapassa os limites do acórdão recorrido, tendo em vista que o Tribunal de origem não adentrou o mérito da questão, limitando-se a afastar a suscitada ilegitimidade passiva ad causam.

(...)

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1038762/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009) (Destacamos)

Ademais, aduziu o apelante JOAO CARLOS DA SILVA TORRES que a r. sentença presumiu o prejuízo ao erário e que houve violação ao devido processo legal, com grave violação à ampla defesa, pois *“atribuiu aos réus toda carga probatória para contrariedade das alegações ministeriais”*.

No caso em tela, constata-se que não houve qualquer nulidade ou violação ao devido processo legal, pois houve a descrição, de forma clara, dos fatos que caracterizaram os atos de improbidade administrativa.

Nesse panorama, a ação civil por ato de improbidade administrativa teve trâmite regular, com respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, de modo que não se vislumbram motivos para afirmar que houve qualquer desrespeito aos princípios constitucionais.

Às fls. 551/555, a parte apelante Maria Aparecida de Oliveira Correia e Maria Aparecida de Oliveira Correia - ME argumentou a incidência de prescrição e a inaplicabilidade do artigo 23 da Lei nº 8.429/92, tendo em vista que não ocupava cargo público, nunca teve mandato, cargo em comissão ou função de confiança, sendo uma empresária individual destinada à

intermediação e agenciamento de eventos artísticos.

Entretanto, de acordo com os documentos de fls. 455/458 do Inquérito Civil Público nº 1.34.028.000042/2012, em apenso, constata-se que o contrato administrativo, sob o fundamento de inexigibilidade de licitação, foi assinado em 18/06/2009 e a presente ação civil por ato de improbidade administrativa foi ajuizada em 12/08/2013.

Ressalta-se que, conforme disposição especial contida no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92, as ações destinadas a levar a efeito as sanções concernentes a atos de improbidade administrativa podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função comissionada.

O prazo prescricional quinquenal e o respectivo termo inicial devem ser estendidos aos demais réus, por se tratarem de particulares que concorreram para a prática dos atos tido como ímprobos ou, ao menos, se beneficiaram deles, porquanto apenas incorrem nas sanções decorrentes de atos de improbidade, quando atuam em conjunto com o agente público, à luz do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICULAR BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPROBO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SIMETRIA COM PRAZO DO AGENTE PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes.

2. Ademais, ainda que a título de obiter dictum, cumpre reafirmar que esta Corte alberga o entendimento de imprescritibilidade da pretensão de condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, formulada em ação civil pública, ante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República. Recurso especial improvido.

(REsp 1433552/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014) (Destacamos)

Além disso, as apelantes destacaram que “a ausência de dolo, ou seja, aquela conduta imbuída de intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, desnatura o ato de improbidade administrativa descrito na exordial, especialmente se levarmos em consideração que não houve má-fé da Requerida.”

Por conseguinte, os atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, da Lei nº 8.429/92 causam danos “*in re ipsa*” ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, conforme entendimento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.429/1992. DANO IN RE IPSA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI Nº 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA Nº 211 DO STJ.

(...)

7. O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, “o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)” (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012).

(...)

(REsp 1376524/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014) (Destacamos)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO IRREGULAR. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DANO IN RE IPSA. ELEMENTO ANÍMICO. DOLO GENÉRICO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

4. Nas hipóteses em que se discute a regularidade de procedimento licitatório, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a contratação direta de empresa prestadora de serviço, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano “*in re ipsa*”, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Trata-se de dano jurídico derivado de previsão legal expressa, não dependente, portanto, da comprovação de que houve superfaturamento ou má-prestação do serviço ora contrato.

5. No que tange especificamente aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 951.389/SC, firmou jurisprudência no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade, faz-se necessária a análise do elemento volitivo, consubstanciado pelo dolo, ao menos genérico, de agir no intuito de infringir os princípios regentes da Administração Pública. Não se faz necessária a demonstração de que houve falha na prestação dos serviços, uma vez que o entendimento consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assevera que os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

6. In casu, restou configurada a prática de ato de improbidade administrativa, porquanto o recorrente “conhecia as regras para a dispensa e ainda assim autorizou o pagamento dos valores relativos à compra feita ao arrepio do que determina a lei” (fl. 1323).

7. Tendo o acórdão recorrido demonstrado a atuação desonesta do ex-Prefeito Municipal, a alteração das conclusões adotadas, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

8. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1604421/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018) (Destacamos)

Destaca-se ainda que não é imprescindível o enquadramento da conduta ímproba em um dos tipos descritos nos incisos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, vez que enumera, de maneira exemplificativa, atos ímprobos, não sendo um rol “*numerus clausus*”:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL ATRAI O ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. CONTRATAÇÃO DIRETA REALIZADA PELO PODER PÚBLICO SEM SUPORTE LEGAL. *DOLO GENÉRICO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RÉU NO CAPUT DO ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE PROVA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE*. RECURSO DESPROVIDO.

1. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência. A deficiência na fundamentação recursal inviabiliza a abertura da instância especial e atrai, por simetria, o óbice da Súmula 284/STF.

2. *No âmbito das contratações pelo Poder Público, a regra é a subordinação do administrador ao princípio da licitação, decorrência, aliás, do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Tratando-se, portanto, a inexigibilidade de licitação de exceção legal, é certo que sua adoção, pelo gestor público, deverá revestir-se de redobrada cautela, em ordem a que não sirva de subterfúgio à inobservância do certame licitatório. No caso concreto dos autos, desponta que a contratação direta realizada pelo Poder Público de Assis-SP, por intermédio de seus prepostos, careceu de suporte legal.*

3. O STJ tem compreensão no sentido de que “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão local, sobre o qual não há controvérsia, restou claramente evidenciado o dolo do recorrente, quando menos genérico, no passo em que anuiu à inexigibilidade de procedimento licitatório, ensejando a indevida contratação direta de prestação de serviço técnico de elaboração de estudos de viabilidade, projeto e acompanhamento do processo de municipalização do ensino de 1º grau em Assis-SP. Tal conduta, atentatória ao princípio da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

5. *É fora de dúvida que a conduta do agente ímprobo pode, sim, restar tipificada na própria cabeça do art. 11, sem a necessidade de que se encaixe, obrigatoriamente, em qualquer das figuras previstas nos oito incisos que compõem o mesmo artigo, máxime porque aí se acham descritas em caráter apenas exemplificativo, e não em regime numerus clausus.*

6. O ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1275469/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 09/03/2015) (Destacamos)

Evidente, portanto, a prática de atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário, previstos nos artigo 10, *caput* e VIII, da Lei nº 8.429/92, os quais podem ser praticados mediante ação ou omissão, dolosa ou culposa, uma vez que ao deixar de realizar procedimento licitatório, bem como fundamentar eventual dispensa ou inexigibilidade, para aquisição de bens destinados à realização do evento, objeto do convênio, não houve observância ao interesse público.

Comprovados o prejuízo ao erário, a culpa e o nexo de causalidade, é de rigor manter a condenação dos apelantes pela prática de atos de improbidade administrativa, devendo-se passar ao exame das sanções.

A fixação das sanções consiste em ato discricionário juridicamente vinculado, pois o magistrado, respeitando os parâmetros mínimo e máximo previamente fixados pela lei, deverá estabelecer um patamar justo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pautando-se na extensão do dano causado e no proveito patrimonial obtido pelo agente, segundo o art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

Embora o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabeleça várias sanções, as quais variam em grau e espécie conforme o ato de improbidade administrativa incorrido pelo réu, cabe ao juiz eleger quais serão aplicadas ao agente, podendo fixá-las de maneira cumulativa ou isolada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No tocante à pena de ressarcimento ao erário, em que pese a conduta praticada pelos réus configurar um ato de improbidade administrativa, não pode prosperar tal condenação, porque os serviços foram efetivamente prestados, de modo que, conclusão em sentido contrário, causaria enriquecimento ilícito do Poder Público.

Ressalta-se, ainda, que o valor de R\$ 65.766,67 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e sete centavos) não se mostra desproporcional ou desarrazoável para um evento que visa incentivar o turismo no Município, com shows musicais e festividades juninas, durante os dias de 19 a 24 de junho de 2009.

No tocante ao tema do ressarcimento dos valores recebidos e do enriquecimento ilícito do Município, cabe trazer à baila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

(...)

8. O exame acerca da nulidade da contratação para a prestação de serviços de assessoria jurídica, em face da ausência de prova de notória especialização ensejadora da inexigibilidade de licitação, in casu, enseja análise de matéria fático-probatória, interdita em sede de recurso especial, ante a ratio essendi da Súmula 07/STJ.

9. A lei de improbidade administrativa prescreve no capítulo das penas que na sua fixação o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (Parágrafo único do artigo 12 da lei nº 8.429/92).

10. In casu, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito da contratada, tendo em vista a efetiva prestação de serviços, reconhecidos pelo Tribunal local à luz do contexto fático delineado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção econômica imposta à parte, ora recorrente, a uma: porque, nada obstante o pedido fosse de ressarcimento ao erário, ao agente público não foi imposta nenhuma penalidade, ante a ausência de provas acerca da prática de ato improprio; a duas: porque a manutenção da condenação na hipótese in foco, em que os serviços efetivamente foram prestados, enseja enriquecimento injusto do Município.

Precedentes do STJ: REsp 717375/PR, DJ 08.05.2006 e REsp 514820/SP, DJ 06.06.2005.

11. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação imposta à parte, ora recorrente.

(REsp 861.566/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 23/04/2008)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. INVIABILIDADE.

(...)

5. Quanto ao mérito, a questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação, com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.666/93 - que refere-se à inexigibilidade de licitação.

6. *Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.*

7. *No entanto, apesar do caso tratado nos autos não ser hipótese de dispensa de licitação, o pedido do recorrente de que o advogado efetue a devolução dos valores recebidos não pode prosperar. Este Tribunal entende que, se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.*

8. A interposição do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, o que não ocorre na espécie.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 1238466/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011) (Destacamos)

A mesma orientação é perfilhada por esta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DANO “IN RE IPSA”. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL. MULTA MANTIDA.

(...)

15. *Embora a dispensa da licitação fora das hipóteses previstas em lei configure ilícito penal e civil, para a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa do artigo 10, da Lei nº 8.429/92 não é imprescindível a demonstração inequívoca de prejuízo ao Erário, pois, como exposto acima, o dano é in re ipsa. Por outro lado, a Lei nº 8.429/92 visa tutelar não apenas o patrimônio público, na acepção de complexo de bens e direitos dotados de valor econômico, mas também os princípios que regem a Administração Pública, independentemente da ocorrência de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário.*

(...)

19. *No presente caso, as provas também são insuficientes a desconstituir a conclusão de que fornecedores distintos prestaram serviços ao CREA/SP concomitantemente com a empresa.*

20. Não tendo as testemunhas ouvidas em sede criminal, cujos depoimentos embasaram a absolvição pela prática de delito de estelionato, trazido esclarecimento ou narrado fatos diversos, de rigor afastar a responsabilidade do corréu J.E.P.A., bem como de K.R.C. e S.T. por atos de improbidade administrativa diversos da dispensa indevida de licitação.

21. Embora o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabeleça várias sanções, as quais variam em grau e espécie conforme o ato de improbidade administrativa incorrido pelo réu, cabe ao juiz eleger quais serão aplicadas ao agente, podendo fixá-las de maneira cumulativa ou isolada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

22. Quanto ao pleito ministerial de condenação dos réus ao ressarcimento ao erário, em que pese a conduta praticada pelos réus enquadrar no ato de improbidade do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, não pode prosperar tal pedido, porque os serviços de “coffee break” foram efetivamente prestados, de modo que, conclusão em sentido contrário, causaria enriquecimento ilícito do Poder Público.

23. No tocante à condenação dos réus às penas de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, refuto tais sanções desproporcionais e despidas de razoabilidade ao caso em tela, mormente pelo fato dele ter cometido o ato de improbidade por negligência, o que revela uma menor reprovabilidade em seu comportamento.

24. *A multa civil, além do caráter punitivo, possui as funções de coibir e desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, não devendo se confundir, portanto, com o ressarcimento do dano, o qual visa tão somente recompor o patrimônio público violado.*

25. *Revela-se adequada para reprimir e prevenir a prática de atos de improbidade administrativa, manter as penas de multa civil no valor de uma remuneração mínima mensal do profissional de engenharia indicada no site do CREA/SP, cujo montante deve ser revertido ao próprio conselho, nos termos estabelecidos na r. sentença.*

26. Em relação à condenação ao ressarcimento de danos morais difusos, não vislumbro que as condutas ímprobadas praticadas pelos réus tenham causado razoável significância, ultrapassando os limites do tolerável, com significativa repulsa social, tampouco desprestígio à Administração Pública apto a prejudicar a prestação de serviços públicos.

27. Deve-se excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios, em face do comando constitucional previsto no artigo 128, §5º, II, “a”, da Lei Maior, que veda o recebimento de tal verba pelo *Parquet*.

28. Apelação do Ministério Público Federal e de K.R.C. improvidas e apelação de J.E.P.A. provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1976207 - 0015695-27.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/01/2017) (Destacamos)

Sobreleva consignar, no entanto, que a mera demonstração da realização do evento não é suficiente, por si só, para eximir a parte apelante da responsabilidade pelo cometimento dos referidos atos de improbidade administrativa.

Necessário destacar que a multa civil, além do caráter punitivo, possui as funções de coibir e desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, não devendo se confundir, portanto, com o ressarcimento do dano, o qual visa tão somente recompor o patrimônio público violado.

No caso em tela, revela-se adequada para reprimir e prevenir a prática de atos de improbidade administrativa a condenação, a título de multa civil, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Transcrevo, por pertinente, os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CULPA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS DE RESSARCIMENTO E MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. O réu, na qualidade de Prefeito Municipal, celebrou convênio com o Ministério do Turismo, no montante de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), sendo que R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foram oriundos do Ministério do Turismo, com o objetivo de promover o turismo na região por meio da implementação do projeto intitulado “9º Encontro Nacional de Companhia de Reis”, evento a ser realizado entre os dias 28 de dezembro de 2007 a 20 de janeiro de 2008 (fls. 33/34 do Anexo 1).

2. O réu, durante o exercício de seu mandato de prefeito municipal, foi o responsável pela gestão e administração dos recursos federais transferidos pelo Ministério do Turismo à municipalidade por força de convênio, tendo efetivado pagamentos e transferências de valores a terceiros utilizando-se dos recursos disponibilizados, sem a devida conciliação bancária; e deixado de realizar processo licitatório para contratação de bens e serviços para a execução do objeto do convênio, sem apresentar justificativa de dispensa ou inexigibilidade das empresas pessoas físicas contratadas.

3. Evidente a prática de atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário, previstos nos artigo 10, caput e VIII, da Lei nº 8.429/92, os quais podem ser praticados mediante ação ou omissão, dolosa ou culposa, uma vez que ao deixar de realizar procedimento licitatório, bem como não fundamentar eventual dispensa ou inexigibilidade, para adquirir bens destinados à realização do evento, objeto do convênio, o réu malbarateou recursos públicos, causando efetivos prejuízos aos cofres públicos federal e municipal.

4. A mera demonstração da realização do evento não é suficiente por si só para eximir o réu da responsabilidade pelo cometimento dos referidos atos de improbidade administrativa, uma vez que deveria demonstrar, de maneira cabal, perante o Ministério do Turismo, através de regular prestação de contas, que a verba repassada foi utilizada integralmente na consecução do objeto do convênio.

5. Não é imprescindível o enquadramento da conduta ímproba em um dos tipos descritos nos incisos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, vez que enumera, de maneira exemplificativa, atos ímprobos, não sendo um rol *numerus clausus*.

6. Resta evidente que o réu agiu negligentemente ao cometer diversas irregularidades na gestão dos recursos públicos, ainda mais quando ele próprio afirmou, em seu depoimento pessoal, que firmou outros convênios na condição de prefeito municipal, de modo que tinha pleno conhecimento sobre o trâmite e execução do convênio, além de ter incorrido em culpa in elegendo ao delegar parcela de suas atribuições a outros agentes.

7. Comprovados o prejuízo ao erário, a culpa e o nexo de causalidade, é de rigor manter a condenação do réu pela prática de atos de improbidade administrativa.

8. A fixação das sanções consiste em ato discricionário juridicamente vinculado, pois o magistrado, respeitando os parâmetros mínimo e máximo previamente fixados pela lei, deverá estabelecer um patamar justo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pautando-se na extensão do dano causado e no proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/92).

9. Embora o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabeleça várias sanções, as quais variam em grau e espécie conforme o ato de improbidade administrativa incorrido pelo réu, cabe ao juiz eleger quais serão aplicadas ao agente, podendo fixá-las de maneira cumulativa ou isolada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

10. No tocante ao pleito do órgão ministerial de se incluir na condenação as penas de perda da função pública que porventura o réu esteja exercendo à época da sentença, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, embora o réu fosse detentor do mandato de Prefeito, o cargo mais elevado no âmbito do Poder Executivo Municipal, tais sanções são desproporcionais e despidas de razoabilidade ao caso em tela, mormente pelo fato dele ter cometido o ato de improbidade por negligência, o que revela uma menor reprovabilidade em seu comportamento.

11. *A multa civil, além do caráter punitivo, possui as funções de coibir e desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, não devendo se confundir, portanto, com o ressarcimento do dano, o qual visa tão somente recompor o patrimônio público violado.*

12. Revela-se adequada para reprimir e prevenir a prática de atos de improbidade administrativa, a manutenção das penas de ressarcimento do valor de R\$ 76.268,85 (setenta e seis mil, duzentos e sessenta e oito reais e oitenta e cinco centavos) ao município, relativo ao dano causado, e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos estabelecidos na r. sentença.

13. Deve-se excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios, em face do comando constitucional previsto no artigo 128, §5º, II, “a”, da Lei Maior, que veda o recebimento de tal verba pelo Parquet.

14. Apelações improvidas e exclusão, ex officio, da condenação em honorários advocatícios. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2015007 - 0001378-62.2011.4.03.6118, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 07/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016) (Destacamos)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10, XI E 12, II DA LEI Nº 8.429/92. REALIZAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PREJUÍZO AO ERÁRIO. CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. MULTA CIVIL. MONTANTE FIXADO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ATENDIMENTO.

(...)

5. *O simples argumento de que o evento não ocorreria sem as tendas, boiada e demais estruturas, cujas despesas foram glosadas, não tem o condão de regularizar a contratação em comento.*

6. Também restou comprovado o elemento subjetivo do ato de improbidade, porquanto a apelante tinha plena ciência dos termos do Convênio e respectivo plano de trabalho, participou do evento e mesmo assim anuiu com as alterações que não foram informadas ao Ministério do Turismo, sendo incapaz, igualmente, de comprovar as despesas específicas descritas.

7. Demonstrado que a apelante praticou conscientemente ato que causou prejuízo ao Erário (realização de despesa não autorizada), deve sujeitar-se às punições previstas no art. 12, II, da Lei nº 8.429/92.

8. A nota fiscal de fl. 47 é genérica e não discrimina corretamente os serviços prestados em decorrência do convênio outrora celebrado com o Ministério do Turismo.

9. Não há prova cabal de que os valores obtidos em decorrência da celebração do Convênio nº468/2008 foram efetivamente destinados para a realização da 37ª Festa do Peão de Boiadeiro de Palmares Paulista, de modo que prevalece a glosa efetivada pelo Ministério do Turismo.

10. *No que concerne ao montante fixado a título de multa civil, também não merece reforma a r. sentença, pois o MM. Juiz atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao levar em consideração a extensão do dano causado, arbitrando-o na metade do valor máximo possível.*

11. *Quanto às penas de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, estas já foram aplicadas observando o mínimo legal, não prosperando o pedido subsidiário de redução.*

12. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2005100 - 0002814-92.2011.4.03.6106, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO, julgado em 02/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2017) (Destacamos)

Por fim, deve-se excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios, em face do comando constitucional previsto no artigo 128, §5º, II, “a”, da Lei Maior, que veda o recebimento de tal verba pelo “*parquet*”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGENTE POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TIPICIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. ELEMENTOS DE PROVA.

REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuidam os autos de ato de improbidade administrativa atribuída a Procurador-Geral de Município e subordinado, pelo desempenho de atividades de interesse particular - advocacia - no âmbito da Administração Pública. Ficou demonstrada na fundamentação do acórdão recorrido a existência do elemento subjetivo dos agentes, em ato que causou lesão ao erário - art. 10, XIII, da Lei 8.429/1992 -, e violação dos princípios insculpidos no caput do art. 11, da Lei 8.429/1992.

(...)

4. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 895.530/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, por maioria, firmou que, em ação civil pública movida pelo Parquet, devem ser seguidas as seguintes balizas: I) o Ministério Público não pode auferir honorários por vedação constitucional, consoante o art. 128, § 5º, II, letra “a”, da Constituição da República; II) aplicam-se estritamente os critérios previstos nas regras específicas da Lei 7.347/85, quanto à verba honorária; III) *o STJ entende que o Ministério público somente pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios apenas nos casos de prova irrefutável de sua má-fé e; IV) dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los. (Precedente: REsp 1099573/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010).*

Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1264364/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012) (Destacamos)

Com efeito, indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita, rejeito a preliminar de prescrição e dou parcial provimento aos recursos de apelação, a fim de reformar a r. sentença, somente para excluir a pena de ressarcimento ao erário e reduzir o valor da multa civil para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo as outras condenações fixadas na sentença.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento aos recursos de apelação.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0 010 801-32.2013.4.03.610 0

Apelantes: BENEDITO DELICIO E UNIÃO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2019

EMENTA

APELAÇÃO. JUÍZO POSITIVO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, CPC/2015. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA INTEGRAL POR INVALIDEZ. ROL TAXATIVO. O STF, no julgamento do RE nº 656.860/MT, que tramitou sob o rito da repercussão geral, fixou o entendimento de que, relativamente à aposentadoria por invalidez e com proventos integrais, é taxativo o rol de doenças incapacitantes previstas em lei. Enfermidades de que o autor padece não se subsomem ao rol do art. 186, §1º, da Lei nº 8.112/90. Juízo positivo de retratação. Apelação do autor improvida. Apelação da União Federal provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo positivo de retratação, *negar provimento* à apelação e *dar provimento* à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de agosto de 2019.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de incidente de juízo de retratação, nos termos do artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil de 2015, decorrente de recurso especial interposto pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão julgado por esta Segunda Turma (fls. 779/788), tendo em vista o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 656.860/MT, à luz do artigo 543-C do então vigente Código de Processo Civil de 1973.

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 656.860/MT, que tramitou sob o rito da repercussão geral, fixou o entendimento de que, relativamente à aposentadoria por invalidez e com proventos integrais, é taxativo o rol de doenças incapacitantes previstas em lei, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS. ART. 40, § 1º, I, DA CF. SUBMISSÃO AO DISPOSTO EM LEI ORDINÁRIA. 1. O art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência nele estabelecido o direito a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. O benefício será devido com proventos integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, “na forma da lei”. 2. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência asentada pelo STF, tem natureza taxativa. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 656.860/MT, Rel. Min. Teori Zavascki, v.u., j. 21.08.2014, DJe-181 18.09.2014).

Na mesma oportunidade, assim restou fixada a tese de repercussão geral (Tema 524):

A concessão de aposentadoria de servidor público por invalidez com proventos integrais exige que a doença incapacitante esteja prevista em rol taxativo da legislação de regência.

Por conseguinte, o rol do artigo 186, §1º, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado taxativamente. Para ilustrar, constam de sua redação as seguintes enfermidades, *in verbis*:

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Relativamente ao caso em comento, o autor foi diagnosticado (fl. 50) com, *in verbis*:

I 80.2 flebite e tromboflebite de outros vasos profundos dos membros inferiores
I 83.0 varizes dos membros inferiores com úlcera.

Como se verifica, as enfermidades de que ele padece não se subsomem às hipóteses previstas no aludido §1º, de modo que não tem direito à aposentadoria por invalidez permanente do artigo 186, I.

Este exercício do juízo de retratação positivo, ao negar provimento à apelação do autor e ao dar provimento à apelação da União Federal - reformando *in totum* a sentença e revogando a tutela antecipada concedida às fls. 607/611 - acaba por alterar a distribuição das verbas de sucumbência.

O provimento que se deve dar a esta apelação acaba por alterar a distribuição da sucumbência. Como a presente apelação foi interposta sob a vigência do recém-revogado Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) e como se trata de medida de natureza sancionatória, afastam-se as atuais disposições do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), devendo incidir, pois, aquelas da recém-revogada Lei nº 5.869/73.

Nos termos do artigo 20, §3º, condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Ante todo o exposto, em juízo de retratação positivo, voto por negar provimento à apelação do autor e por dar provimento à apelação da União Federal, a fim de reformar *in totum* a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002041-11.2015.4.03.6105

Agravante: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: SILVIO GONÇALVES DA SILVA E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Apelados: OS MESMOS, ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO ASSUPERO E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2019

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA A ALUNO QUE SOFREU PERCALÇOS ACADÊMICOS, NO CENÁRIO DO FIES. PRESENÇA DE GRAVES SOFRIMENTOS ÍNTIMOS. RESPONSABILIDADE DO FNDE E DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RECURSO IMPROVIDO

1. O autor, ora agravado, desde o 1º semestre de 2012, é aluno do curso de Comunicação Social (Jornalismo) da UNIP, instituição de ensino superior mantida pela corre ASSUPERO, e, em razão do referido curso, firmou contrato de financiamento estudantil (FIES) com o FNDE. Todavia, o aditamento do contrato do autor foi obstado em razão de falha no sistema eletrônico de controle do FIES (SisFIES), em virtude da mudança de código do curso do autor, o que veio a ser corrigido durante a tramitação deste processo.

2. A responsabilidade do FNDE, ora agravante, pelos danos morais suportados pelo autor é evidente. Isso porque a solução da questão dependia de implementações a serem adotadas por agente seu, tardiamente levadas a efeito, embora tempestivamente comunicadas tanto pelo autor quanto pela instituição de ensino. À fl. 371 dos autos o próprio FNDE afirma que “todos os procedimentos para a regularização já foram implementados por este Agente Operador, de tal modo que os aditamentos de renovação semestrais referentes ao 2º semestre de 2012 e 1º semestre de 2013 encontram-se, atualmente, regularmente contratados”, de modo que não subsiste a alegação de inexistência de relação de causalidade entre sua conduta e o dano experimentado pelo autor.

3. Como se não bastasse, a prova dos autos mostra o calvário suportado pelo jovem estudante, que durou quase três anos, onde ele foi tratado como “bola de ping-pong” pelos réus. O sofrimento moral é evidente, indiscutível, indo além de meras contrariedade e aborrecimentos.

4. Por tal razão, foram os réus ASSUPERO e FNDE condenados ao pagamento de danos morais ao autor no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um, carreados solidariamente, valor este proporcional aos ditames do caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais.

5. Neste TRF/3ª Região é pacífica a jurisprudência no sentido da indenizabilidade do aluno pelos sofrimentos experimentados graças a falhas e erros que o impedem de desfrutar do FIES. Precedentes.
6. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de julho de 2019.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por SÍLVIO GONÇALVES DA SILVA em face da ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO - ASSUPERO, do FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL objetivando seja concretizada sua matrícula no 7º semestre do curso de Comunicação Social (Jornalismo), com a condenação dos réus ao aditamento de seu contrato do FIES e ao pagamento de danos morais. Alternativamente, requer seja a ré ASSUPERO condenada a manter as mesmas condições de pagamento do curso garantidas pelo FIES.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 269, I, do CPC/73, julgando parcialmente procedente a ação para “condenar o co-réu FNDE ao pagamento da quantia equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixados nesta data, a título de danos morais, atualizados pela taxa Selic até o efetivo pagamento” e improcedente a ação “em relação às co-rés, CAIXA e ASSUPERO”. O processo foi extinto sem análise do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, quanto aos pedidos de aditamento do contrato e de matrícula. O FNDE restou condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% do valor da condenação, bem como o autor, que deverá pagar honorários advocatícios em favor da CAIXA e da ASSUPERO, no percentual de 5% sobre o valor atribuído à causa. Sentença sujeita ao reexame necessário (fls. 423/426).

A parte autora e o FNDE apelaram (fls. 429/435 e 443/448).

Com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC/73, este Relator *deu parcial provimento* à apelação do autor, ao apelo do FNDE e à remessa oficial (fls. 504/508).

O FNDE interpõe, agora, recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC/15. Defende, em suma, a inexistência de nexo causal entre a sua conduta e o dano experimentado pelo autor (fls. 511/516).

Contrarrazões apresentadas (fls. 518/522).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pelo FNDE, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação do autor, ao seu apelo e à remessa oficial.

Na situação vertente, os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Consta dos autos que o autor, ora agravado, desde o 1º semestre de 2012, é aluno do curso de Comunicação Social (Jornalismo) da UNIP, instituição de ensino superior mantida pela corre ASSUPERO, e, em razão do referido curso, firmou contrato de financiamento estudantil (FIES) com o FNDE.

De acordo com as normas de regência, o aludido contrato deve ser aditado semestralmente, mas o autor estaria impossibilitado de assim proceder, desde o 2º semestre de 2012 e, a partir do 1º semestre de 2015, teve impedida sua matrícula no semestre letivo em razão das pendências financeiras apresentadas junto à Universidade.

Conforme documentação colacionada aos autos, o aditamento do contrato do autor foi obstado em razão de falha no sistema eletrônico de controle do FIES (SisFIES), em virtude da mudança de código do curso do autor, o que veio a ser corrigido durante a tramitação deste processo.

Diante de tais fatos, andou bem o MM. Magistrado *a quo* ao extinguir a ação sem a análise do mérito, ante a perda superveniente de seu objeto, quanto aos pedidos de aditamento do contrato do FIES e de matrícula do autor no 7º semestre do curso, posto que o problema foi resolvido administrativamente, remanescendo o debate apenas quanto aos danos morais devidos ao autor.

A responsabilidade do FNDE, ora agravante, pelos danos morais suportados pelo autor é evidente. Isso porque a solução da questão - falha no SisFIES - dependia de implementações a serem adotadas por agente seu, tardiamente levadas a efeito, embora tempestivamente comunicadas tanto pelo autor quanto pela instituição de ensino.

À fl. 371 dos autos o próprio FNDE afirma que “todos os procedimentos para a regularização já foram implementados por este Agente Operador, de tal modo que os aditamentos de renovação semestrais referentes ao 2º semestre de 2012 e 1º semestre de 2013 encontram-se, atualmente, regularmente contratados”.

Assim, não subsiste a alegação de inexistência de relação de causalidade entre sua conduta e o dano experimentado pelo autor.

Como se não bastasse, a prova dos autos mostra o calvário suportado pelo jovem estudante, que durou quase três anos, onde ele foi tratado como “bola de ping-pong” pelos réus. O sofrimento moral é evidente, indiscutível, indo além de meras contrariedade e aborrecimentos.

Neste TRF/3ª Região é pacífica a jurisprudência no sentido da indenizabilidade do aluno pelos sofrimentos experimentados graças a falhas e erros que o impedem de desfrutar do FIES (PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2270411 - 0001400-68.2016.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 20/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/04/2018 - SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2230385 - 0003951-82.2015.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 23/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2018 -).

No mais, a indenização é devida, pois se trata de dano *in re ipsa* (TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2282621 - 0009274-59.2015.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018 - SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1936658 - 0000117-76.2012.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 09/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018).

Por tal razão, foram os réus ASSUPERO e FNDE condenados ao pagamento de danos morais ao autor no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um, carregados solidariamente, valor este proporcional aos ditames do caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais.

Em casos análogos, já se decidiu:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES EM AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO VINDICADA POR ALUNO QUE SOFREU PERCALÇOS ACADÊMICOS, NO CENÁRIO DO FIES. CONDUTAS DO BANCO DO BRASIL S/A, DO FNDE E DA ORGANIZAÇÃO “BARÃO DE MAUÁ”. LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO DO BRASIL, NA ESPÉCIE. CONDENAÇÃO A MULTA DIÁRIA RATIFICADA. DEVOLUÇÃO DE MENSALIDADES PAGAS DIRETAMENTE PELO ALUNO, CORRIGIDAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: PRESENÇA DE GRAVES SOFRIMENTOS ÍNTIMOS. APELAÇÕES DOS RÉUS DESPROVIDAS. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Reitera-se a legitimidade do BANCO DO BRASIL para figurar no polo passivo enquanto agente financiador e administrador do FIES, na forma do art. 6º da Lei 10.260/01, participando do contrato de financiamento.

2. Não há falar em afastamento da multa diária aplicada, pois o fato de o autor ter conseguido realizar sua matrícula e continuar com sua formação acadêmica não exime a responsabilidade do FNDE no descumprimento da determinação judicial, já que o discente só voltou ao curso de medicina por ordem judicial.

3. No que se refere às mensalidades pagas diretamente pelo autor à instituição de ensino, estas devem ser devolvidas de forma atualizada (Res. 267/CJF), uma vez que houve os repasses financeiros do FNDE à organização Barão de Mauá; não sendo assim, restaria consumado o enriquecimento sem causa (duplicidade de pagamentos). Ainda, era ônus da organização de ensino superior suportar as mensalidades até que o repasse lhe fosse feito.

4. O ato de indeferimento da matrícula para o primeiro semestre de 2012, por falha em procedimento burocrático relativo ao repasse de verbas, constitui uma afronta aos princípios do acesso à educação, razoabilidade e proporcionalidade, o que poderia ter comprometido a formação educacional do autor.

5. A organização Barão de Mauá deve ser condenada ao pagamento de danos morais ao autor no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor este proporcional aos ditames do caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais. Quanto ao valor de condenação ao pagamento de danos morais por parte do Banco do Brasil e do FNDE, é proporcional o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um, de forma solidária. As indenizações serão corrigidas na forma da Res. 267/CJF.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1936658 - 0000117-76.2012.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 09/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

APELAÇÃO E REEXAME EM MANDADO DE SEGURANÇA. FIES. PRELIMINARES AFASTADAS: ILEGITIMIDADE DA CEF E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO: ADITAMENTO DO CONTRATO IMPOSSIBILITADO POR FALHA NO SISTEMA ELETRÔNICO

DE CONTROLE DO FIES. RESPONSABILIDADE DO FNDE, IMPOSSIBILITANDO QUE O ESTUDANTE SUPORTE OS PREJUÍZOS. SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA.

1. Preliminarmente, reitera-se a legitimidade da CEF de figurar no polo passivo do *mandamus*, enquanto agente financiador e administrador do FIES. Precedentes. A tese de inadequação da via eleita por travestir a causa discussão de lei em tese não merece guarida, haja vista que o risco de não obter a matrícula junto a UNIP configura suficiente concretude a ensejar a impetração.

2. Após auditoria interna realizada, constatou-se que o registro da impetrante no sistema encontrava-se em looping, alternando seu status entre “validado para contratação” e “enviado ao banco”. O motivo deu-se pela não efetivação do aditamento de renovação contratual referente ao 02º semestre de 2010 - modalidade de aditamento simplificado, no qual a instituição de ensino superior procede à renovação e o estudante apenas a confirma, eletronicamente -, por inconsistências sistêmicas que interferiram no processo de realização de aditamento. Constatou-se ainda que o saneamento da situação importaria na intervenção manual do sistema SisFIES e da CEF por parte da área técnica competente.

3. O óbice à manutenção do financiamento estudantil não foi motivado pela impetrante, mas sim pelo ente administrativo responsável pela operabilidade dos sistema SisFIES, devendo-lhe ser reconhecido o direito líquido e certo à matrícula nos respectivos semestres e ao repasse dos valores em atraso que impediam a sua efetivação.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 363593 - 0000966-53.2014.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2016)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FIES. ADITAMENTO IMPOSSIBILITADO POR MOTIVO ALHEIO A VONTADE DO ESTUDANTE CUJOS ESTUDOS SERIAM FINANCIADOS. NÃO ATENDIMENTO AO PRAZO REGULAMENTAR E FALHA NO SISTEMA: AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS IMPETRANTES PELOS DEFEITOS QUE ACABARAM POR PREJUDICÁ-LOS. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA; REEXAME E APELAÇÃO DESPROVIDOS, MANTENDO A CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Confirma-se a legitimidade da CEF de figurar no polo passivo do *mandamus*, enquanto agente financiador e administrador do FIES. Já a alegada inexistência de interesse de agir pela via eleita, na espécie, confunde-se com o mérito da causa e deve ser apreciada em conjunto com este.

2. Não obstante a Portaria MEC / FNDE 267/14 ter concedido o prazo de 01.07.14 a 15.07.14 para que a Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento (CPSA), órgão vinculado a Universidade, procedesse ao pedido de aditamento do financiamento referente ao 02º semestre de 2012, esta se manteve inerte, impossibilitando a regularização, haja vista cumprir a esta o início do procedimento na forma da Portaria Normativa MEC 23/11.

3. É notória a recorrente falha nos sistemas eletrônicos de controle do FIES e do PROUNI, causando inúmeros transtornos aos estudantes que dependem do financiamento ofertado pela União Federal, como se depreende das inúmeras ações judiciais tratando da situação e das constantes notícias veiculadas nos meios de imprensa. Precedentes.

4. Em resposta a ofício encaminhado pela DPU, a própria Universidade afirma que “a plataforma onde o acadêmico apresenta as informações sobre seu financiamento, nos últimos meses, tem apresentado alguns problemas de acesso”, acentuando os problemas enfrentados, que inclusive ensejaram a renovação da matrícula dos impetrantes em semestres anteriores diante da impossibilidade de aditamento pelo sistema.

5. O art. 2º da Portaria 267/14 aponta para o problema ao dispor que “(o)s impedimentos à realização dos aditamentos de que trata esta Portaria, decorrentes de óbices operacionais não motivados pelo estudante financiado, serão avaliados por este agente operador do FIES, nos termos do art. 25 da Portaria Normativa MEC nº 1, de 22 de janeiro de 2010”. Não por outra

razão são constantemente renovados os prazos de aditamento e de cadastro nos referidos sistemas, o que permite conferir veracidade a alegação de que o aditamento não foi realizado também em decorrência de inconsistências apresentadas no sistema eletrônico do SisFIES.

6. Preliminares rejeitadas. Apelação e reexame desprovidos.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 362993 - 0002699-87.2014.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2016)

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

REEXAME NECESSÁRIO

5004835-36.2018.4.03.6000

Parte Autora: LETICIA LAUXEN GONÇALVES E BRUNO FERNANDO MONTEIRO DIAS

Parte Ré: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Intimação via sistema: 06/08/2019

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PARTICIPAÇÃO EM CERIMÔNIA DE COLAÇÃO DE GRAU. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

- O ponto central dos autos é a possibilidade de participação da impetrante em solenidade de colação de grau, de forma simbólica, não obstante estivesse com matérias pendentes de conclusão à época da cerimônia.

- No caso concreto, foi deferida a participação da impetrante na solenidade, realizada no dia 23 de agosto de 2017, em razão da concessão do pedido liminar (doc. 6903160 – pág. 38).

- A participação *simbólica* de estudante na solenidade de colação de grau não configura ilegalidade, por não conferir ao aluno o título pretendido, não produzindo efeitos jurídicos, mas apenas garante a confraternização com os demais colegas e com a família. Precedentes.

- Remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, por maioria, negou provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE, com quem votou o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à remessa oficial. Lavrará acórdão a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

Reexame necessário da sentença proferida (ID 6903160) nos autos de mandado de segurança, a qual confirmou a liminar e concedeu a ordem, para o fim de garantir definitivamente à impetrante o direito à participação, de forma simbólica, na cerimônia de colação de grau do curso de Direito da UFMS, sem, contudo, assinar o livro de ata e receber diploma ou certificado de conclusão de curso. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da

Lei nº 12.016/2009.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do desprovimento da remessa oficial (ID 7721909).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO VENCIDO

Reexame necessário da sentença proferida (ID 6903160) nos autos de mandado de segurança, a qual confirmou a liminar e concedeu a ordem, para o fim de garantir definitivamente à impetrante o direito à participação, de forma simbólica, na cerimônia de colação de grau do curso de Direito da UFMS, sem, contudo, assinar o livro de ata e receber diploma ou certificado de conclusão de curso. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Inicialmente, cabe destacar o que dispõem os artigos 205 e 207 da Constituição Federal:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Por sua vez, tem o seguinte teor o inciso VI do artigo 53 da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

(...)

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

No caso em apreço, a impetrante não poderá apresentar comprovante de conclusão de curso na data estipulada para a participação da cerimônia de colação de grau em razão de não o ter finalizado em tempo hábil e pretende no mandamus sua atuação, ainda que de forma simbólica, no respectivo evento, sob a alegação de que teria prejuízos, já que firmou contrato para participar da festividade e pagou desde o 3º semestre. Entretanto, verifica-se dos autos que inexistia o direito pleiteado, uma vez que, como reconhecido pela própria aluna, não houve a conclusão do curso e, dessa forma, não foram cumpridos os requisitos exigidos para a inclusão na respectiva colação, a qual consiste em solenidade oficial, como alegado pela impetrada nas informações prestadas (ID 6903160). As questões de ordem particular ensejadoras do descumprimento das condições necessárias à participação no evento não se afiguram aptas a infirmar ou desconstituir a autonomia da instituição de ensino prevista no dispositivo constitucional citado (artigo 207) e, ademais, eram de pleno conhecimento da estudante os requisitos exigidos. Desse modo, não há como se deferir o pedido apresentado.

Corroborar esse entendimento o seguinte julgado desta corte, dado que assim se manifestou em situação semelhante:

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU SIMBÓLICA. DISCENTE QUE NÃO CONCLUIU O CURSO DE MEDICINA.

1. A colação de grau é ato oficial e obrigatório para conclusão de curso e emissão do respectivo diploma de graduação, realizando-se em sessão solene e pública, ocasião em que se confere aos concluintes habilitados o grau acadêmico.

2. A instituição de ensino superior frequentada pela impetrante dispõe no sentido de que só poderão participar da cerimônia de Colação de Grau os alunos que integralizarem o currículo do Curso.

3. Portanto, não poderia a impetrante ter participado da Colação de Grau do Curso de Medicina, na medida em que não concluiu todas as disciplinas constantes da grade curricular daquele curso.

(REOMS 356351, PROC: 00123903420144036000, Rel. Des. Federal MAIRAN MAIA, SEXTA TURMA, Julg.: 13/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2015)

Destarte, evidenciado o descabimento da participação da impetrante, é de rigor a reforma da sentença, visto que a teoria do fato consumado afigura-se inaplicável ao caso, dado que o reconhecimento da ausência do direito pleiteado, inobstante ao fato de se tratar de cerimônia já realizada. A respeito, confira-se a seguinte jurisprudência, aplicável ao caso por analogia:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA-CAPACITAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. *A jurisprudência do STJ se orienta pela inaplicabilidade, em regra, da Teoria do Fato Consumado para consolidar situação constituída por força de liminar posteriormente cassada, sob pena de se perpetuar situação contrária à lei.*

2. A controvérsia tem como cerne a questão da impossibilidade da Administração adentrar o mérito do ato administrativo, podendo apenas examinar a sua legalidade.

3. O recorrente não foi capaz de infirmar os fundamentos da decisão recorrida e demonstrar a ofensa ao direito líquido e certo; portanto, deve ser mantido o acórdão recorrido.

4. Recurso Ordinário não provido. (STJ, RMS 48489/RO, PROC: 2015/01348290, Rel. Min. HERMANN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julg.: 20/08/2015, DJe 10/09/2015)

Ante o exposto, *dou provimento à remessa oficial*, para reformar a sentença e denegar a segurança.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

DECLARAÇÃO DE VOTO

A fim de deixar consignadas nos autos as razões que me levaram a divergir do voto proferido pelo i. Relator, procedo à presente declaração de voto.

Trata-se de discussão a respeito da possibilidade de participação do impetrante em solenidade de colação de grau, de forma simbólica, não obstante estivesse com matérias pendentes de conclusão.

No caso concreto, foi deferida a participação do impetrante na solenidade, realizada no dia 23 de agosto de 2017, em razão da concessão do pedido liminar (doc. 6903160 – pág. 38).

A participação *simbólica* de estudante na solenidade de colação de grau não configura ilegalidade, por não conferir ao aluno o título pretendido, não produzindo efeitos jurídicos, mas apenas garante a confraternização com os demais colegas e com a família.

Neste sentido, confira-se os julgados desta C. 4ª Turma:

ADMINISTRATIVO - MANDADO SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - COLAÇÃO DE GRAU - PARTICIPAÇÃO DE FORMA SIMBÓLICA - LIMINAR DEFERIDA E CONFIRMADA PELA SENTENÇA - SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A impetrante requereu na inicial a concessão da segurança para participar, de forma simbólica, da solenidade de colação de grau no Curso de Direito, realizada em 09 de setembro de 2011, sem que tivesse concluído a disciplina de Direito Civil V.
2. A liminar, deferida em 08 de setembro de 2011, foi confirmada pela sentença em 17 de fevereiro de 2012, do que se depreende que o objetivo perseguido pela impetrante já foi alcançado.
3. Considerando que a participação da estudante na cerimônia simbólica de colação de grau não lhe conferirá o título de bacharel em direito, e que a efetiva conclusão do curso se dá com a assinatura da documentação e registro junto aos órgãos competentes, é razoável que se aplique a teoria do fato consumado para preservar a situação consolidada pelo decurso do tempo. Precedentes do STJ e TRF-3.

4. Remessa oficial desprovida.

(REOMS 0009178-10.2011.4.03.6000/MS, QUARTA TURMA, Relator Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, j. 18/10/2012, e-DJF3 26/10/2012)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. PARTICIPAÇÃO EM CERIMÔNIA DE COLAÇÃO DE GRAU. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. A participação simbólica de estudante na solenidade de colação de grau não configura ilegalidade, por não conferir a este o título pretendido.
2. A simples participação simbólica da impetrante na solenidade de colação de grau não produz nenhum efeito legal ou jurídico, pois não lhe outorga o grau, apenas lhe garante confraternizar com os demais colegas e com a família.
3. No caso, em razão do deferimento da liminar postulada nos autos, a impetrante já participou da solenidade, que ocorreu em 18, 19 e 20.12.2013.
4. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS 0001670-58.2013.4.03.6124, Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, julgado em 18/05/2016, e-DJF3 DATA: 30/05/2016)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU SIMBÓLICA GARANTIDA POR LIMINAR E CONFIRMADA POR SENTENÇA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Observa-se que o pedido da impetrante não diz respeito à participação oficial em colação de grau, mas tão somente à sua participação simbólica, na cerimônia festiva, que não ostenta qualquer reflexo na obtenção do diploma ou certificação de aptidão para o exercício da atividade profissional. Além do mais, a impetrante não pode ser obstada de ter acesso a todos os documentos relativos à sua vida acadêmica, tais como, histórico escolar, grade curricular, frequência, notas.
2. A participação da estudante na cerimônia simbólica de colação de grau não lhe conferirá o diploma do curso superior de Medicina Veterinária, e a efetiva conclusão do curso se dá

com a assinatura da documentação e registro junto aos órgãos competentes, é razoável que se aplique a teoria do fato consumado para preservar a situação consolidada pelo decurso do tempo, tendo em vista que a colação de grau ocorreu em 20/12/2013.

3. Evidencia-se situação consolidada pelo transcurso do tempo e que deve ser mantida em prol da segurança jurídica.

4. Remessa oficial improvida.

(REOMS 00088124620134036114, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por estes fundamentos, nego provimento à remessa oficial.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5028891-91.2018.4.03.0000

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Agravado: MUNICÍPIO DE SILVEIRAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Intimação via sistema: 19/08/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. PRESENÇA DE ENFERMEIRO EM UNIDADE HOSPITALAR. LEI 7.498/1986. SUPERVISÃO E COORDENAÇÃO DOS DEMAIS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO PRESENCIAL E EM PERÍODO INTEGRAL.

- A ação civil pública foi proposta pelo COREN/SP contra o Município de Silveiras com o objetivo de obrigá-lo a manter enfermeiros durante todo o período de funcionamento na sua Unidade Básica de Saúde para que possam supervisionar e orientar as atividades realizadas pelos técnicos e auxiliares de Enfermagem. O juízo *a quo* indeferiu a tutela de urgência nesse sentido, exatamente a decisão agravada.

- A legislação que regulamenta o exercício da Enfermagem exige que as atividades dos técnicos e auxiliares da área sejam sempre desempenhadas sob orientação e supervisão de enfermeiro, de forma que, evidentemente, a presença do último deve dar-se durante todo o período de funcionamento de uma unidade básica de saúde. Esse o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1521889/RJ.

- No caso concreto, restou comprovado que na Unidade Básica de Saúde de Silveiras não há a presença de enfermeiro durante todo o horário de funcionamento, com o que está configurada a probabilidade do direito.

- Outrossim, está caracterizado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, uma vez que a população do Município de Silveiras não tem atendimento adequado na unidade de saúde, à vista da ausência do profissional legalmente indicado para determinadas atividades. O acesso à saúde constitucionalmente previsto é prejudicado.

- Agravo de instrumento provido, a fim de conceder a tutela de urgência para que o agravado mantenha enfermeiro durante todo o período de funcionamento da Unidade Básica de Saúde de Silveiras, bem como antecipação parcial da tutela recursal ratificada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, a fim de conceder a tutela de urgência para que o agravado mantenha enfermeiro durante todo o período de funcionamento da Unidade Básica de Saúde de Silveiras, bem como RATIFICOU a antecipação da tutela recursal anteriormente deferida, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com

quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pelo *Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo - COREN/SP* contra decisão (Id 7846007 - págs. 60/62) que, em sede de ação civil pública, indeferiu a tutela de urgência requerida nos seguintes termos (pág. 13 do mesmo Id):

a) Concessão da tutela de urgência, inaudita altera pars, tendo em vista a relevância dos fundamentos da presente demanda e havendo fundado receio de ineficácia do provimento final no caso da demora, para manutenção de Enfermeiros durante todo o período de funcionamento da Unidade Básica de Saúde de Silveiras para que possam supervisionar e orientar as atividades de enfermagem realizadas pelos Técnicos e Auxiliares de Enfermagem.

Sustenta o agravante, em síntese, que:

a) a Lei nº 7.498/1986, que regulamenta o exercício profissional de Enfermagem, estabeleceu expressamente no artigo 15 que as atividades de Enfermagem, quando exercidas em instituições de saúde, públicas e privadas, e em programas de saúde, somente poderão ser desempenhadas sob orientação e supervisão do enfermeiro, a quem compete privativamente a direção do órgão de Enfermagem e da chefia de serviço e de unidade de Enfermagem (artigo 11, inciso I, da mesma lei), com o que é imprescindível sua presença em todo o horário de funcionamento nas unidades de saúde;

b) o artigo 12 da referida lei dispõe que o técnico de Enfermagem exerce atividades simples que envolvem orientação e acompanhamento do trabalho em grau auxiliar e sob supervisão do enfermeiro;

c) na área da Enfermagem, o único profissional habilitado e que tem conhecimento de base científica e capacidade para tomar decisões imediatas é o enfermeiro (artigo 11, inciso I, alínea “m”, da Lei nº 7.498/1986);

d) a avaliação dos pacientes que chegam à unidade de saúde por profissionais não habilitados caracteriza afronta direta ao direito fundamental à saúde e expõe a integridade física da população, em especial a de baixa renda, que recorre aos serviços de saúde oferecidos pelo município;

e) inegável a necessidade de se conceder a tutela de urgência, mesmo porque não se está diante apenas de descumprimento de norma legal (Lei nº 7.498/1986), mas de ofensa ao direito social à saúde (artigo 196 da Constituição Federal);

f) no caso, no transcorrer do procedimento administrativo de fiscalização constatou-se a inexistência de enfermeiro nos períodos de segunda-feira a sábado, das 23h às 7h, e aos domingos, durante 16 horas, na Unidade Básica de Saúde de Silveiras, localizada no município agravado.

Pleiteia o provimento do recurso para que seja reformado o *decisum* no que tange à tutela de urgência.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal, a fim de conceder a tutela de urgência para

que o agravado mantenha enfermeiro durante todo o período de funcionamento da Unidade Básica de Saúde de Silveiras (Id 8143361).

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

O Ministério Público Federal que oficia no segundo grau opina seja o recurso provido (Id 50318831).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

A ação civil pública foi proposta pelo COREN/SP contra o Município de Silveiras com o objetivo de obrigá-lo a manter enfermeiros durante todo o período de funcionamento na sua Unidade Básica de Saúde para que possam supervisionar e orientar as atividades realizadas pelos técnicos e auxiliares de Enfermagem (Id 7846007 - págs. 13/14). O juízo *a quo* indeferiu a tutela de urgência nesse sentido, exatamente a decisão agravada (págs. 60/62 do mesmo Id).

Dispõem os artigos 11, 12, 13 e 15 da Lei nº 7.498/1986, que regulamenta o exercício da enfermagem:

Art. 11. *O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:*

I - privativamente:

- a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;*
- b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;*
- c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;*
- d) (VETADO);*
- e) (VETADO);*
- f) (VETADO);*
- g) (VETADO);*
- h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;*
- i) consulta de enfermagem;*
- j) prescrição da assistência de enfermagem;*
- l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida;*
- m) cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas;*

II - como integrante da equipe de saúde:

- a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;*
- b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;*
- c) prescrição de medicamentos estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;*
- d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;*
- e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar e de doenças transmissíveis em geral;*
- f) prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados à clientela durante a assistência de enfermagem;*
- g) assistência de enfermagem à gestante, parturiente e puérpera;*
- h) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;*
- i) execução do parto sem distocia;*

j) educação visando à melhoria de saúde da população.

Parágrafo único. As profissionais referidas no inciso II do art. 6º desta lei incumbe, ainda:

- a) assistência à parturiente e ao parto normal;
- b) identificação das distocias obstétricas e tomada de providências até a chegada do médico;
- c) realização de episiotomia e episiorrafia e aplicação de anestesia local, quando necessária.

Art. 12. O Técnico de Enfermagem exerce atividade de nível médio, envolvendo orientação e acompanhamento do trabalho de enfermagem em grau auxiliar, e participação no planejamento da assistência de enfermagem, cabendo-lhe especialmente:

- a) participar da programação da assistência de enfermagem;
- b) executar ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do Enfermeiro, observado o disposto no parágrafo único do art. 11 desta lei;
- c) participar da orientação e supervisão do trabalho de enfermagem em grau auxiliar;
- d) participar da equipe de saúde.

Art. 13. O Auxiliar de Enfermagem exerce atividades de nível médio, de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares de enfermagem sob supervisão, bem como a participação em nível de execução simples, em processos de tratamento, cabendo-lhe especialmente:

- a) observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas;
- b) executar ações de tratamento simples;
- c) prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente;
- d) participar da equipe de saúde.

Art. 15. *As atividades referidas nos arts. 12 e 13 desta lei, quando exercidas em instituições de saúde, públicas e privadas, e em programas de saúde, somente podem ser desempenhadas sob orientação e supervisão de Enfermeiro.*

[ressaltei e grifei]

Verifica-se que a legislação exige que as atividades dos técnicos e auxiliares de Enfermagem sejam sempre desempenhadas sob orientação e supervisão de enfermeiro, de forma que, evidentemente, a presença do último deve dar-se durante todo o período de funcionamento de uma unidade básica de saúde. Esse o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIDADE HOSPITALAR. PROFISSIONAL ENFERMEIRO. LEI 7.498/1986. SUPERVISÃO E COORDENAÇÃO DOS DEMAIS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO PRESENCIAL E EM PERÍODO INTEGRAL. AGRAVO INTERNO DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. *É firme o entendimento desta Corte Superior de que é necessária a presença de Enfermeiro na instituição de saúde durante todo o período de funcionamento, cumprindo o dever de supervisão e coordenação dos Técnicos de enfermagem.* Precedentes: AgRg no REsp. 1.342.461/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28.2.2013; REsp. 477.373/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 15.12.2003.

2. Agravo Interno da UNIÃO desprovido.

(AgInt no REsp 1521889/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017 – ressaltei e grifei)

Aliás, tal conclusão consta, inclusive, do julgado mencionado no *decisum* recorrido:

[...] 5. É fato incontroverso que de acordo com a Lei n.º 7.498/86, exige-se a presença de enfermeiro legalmente habilitado e inscrito no Conselho Regional de Enfermagem - COREN durante todo o horário de funcionamento das unidades de saúde, cabendo-lhe também exercer supervisão e orientação de técnicos e auxiliares. (AC 00019688020124058500, Desembar-

gador Federal André Carvalho Monteiro, TRF5 – Quarta Turma, DJE - Data::23/04/2018 - Página::314.)

No caso concreto, restou comprovado que na Unidade Básica de Saúde de Silveiras não há a presença de enfermeiro durante todo o horário de funcionamento. Cite-se o ofício nº 503/2017 destinado ao COREN, do próprio prefeito municipal, que admite tal fato, *verbis* (Id 7846007 - págs. 20/22):

Em atendimento ao Relatório nº 582/02-10-2017-VF, referente a visita fiscalizatória realizada em 02 de outubro de 2017 [...], informo a Vossas Senhorias que a atual Administração está se empenhando para aprimorar a qualidade dos serviços de saúde disponibilizados à população silveirense e, para tanto, buscou sanar todas as irregularidades apontadas no relatório do Conselho Regional de Enfermagem, a saber:

IRREGULARIDADES APONTADAS NA UNIDADE MISTA DE SAÚDE DE SILVEIRAS:
[...]

5. Inexistência de Enfermeiro onde são desenvolvidas as atividades de Enfermagem. No horário das 23h às 07h, de segunda a sábado e aos domingos por 16h em períodos alternados: De acordo com a Lei Municipal nº 972/17, há previsão, na estrutura Administrativa do Município, de 4 (quatro) vagas de Enfermeiros a serem preenchidas na Unidade Mista de Saúde, entretanto, todas já se encontram ocupadas [...]. Sendo assim, esclareço, mais uma vez, que estão sendo viabilizados estudos com a finalidade de criação de novas vagas para profissionais de Enfermagem para a Unidade Mista de Saúde do Município de Silveiras, uma vez que o concurso realizado para a contratação de pessoal de Enfermagem ainda está no prazo de vigência, contudo não há mais vagas para serem preenchidas. Peço a dilação de prazo para que tal irregularidade seja sanada, vez que será necessária a propositura de um Projeto de Lei para a criação de mais vagas [...] somente após a Lei ser sancionada, será possível viabilizar a contratação de mais Enfermeiros, completando, assim, a escala de 24h na Unidade Mista de Saúde, durante toda a semana. [...] - grifei

Segundo o prefeito, novas vagas seriam criadas para completar a escala da unidade de saúde. No entanto, a despeito de tal informação ter sido prestada há mais de um ano - em 14/11/2017, data do ofício (Id 7846007 - pág. 20) -, ainda não há, conforme o agravante, enfermeiro em todo o período de funcionamento da unidade de saúde da cidade, *verbis* (Id 7846007 - pág. 6):

O Prefeito encaminhou resposta à notificação em 14 de novembro de 2017, informando que não há vagas no quadro atual, sendo necessário a criação de novas vagas pela Câmara Municipal, bem como dificuldades financeiras.

Em 09 de março de 2018, realizou-se reunião com a Secretaria Municipal de Saúde, sendo relatado que estavam providenciando a realização de processo seletivo, mas sem previsão de conclusão.

Em 11 de abril de 2018, a instituição de saúde apresentou o Cálculo de Dimensionamento de Pessoal de Enfermagem, que indicou déficit de 03 (três) Enfermeiros e 05 Auxiliares/Técnicos de Enfermagem.

Esse déficit influencia diretamente na irregularidade referente à inexistência de Enfermeiro em alguns períodos da unidade de saúde, em nítida violação à Lei 7.498/86.

Todavia, até a presente data, não foi apresentado cronograma de contratação, tampouco a solução para as irregularidades constatadas, prejudicando o atendimento de saúde prestado à população, motivo pelo qual não restou outra alternativa senão requer a tutela jurisdicional.

Está configurada, portanto, a probabilidade do direito.

Outrossim, está caracterizado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, uma vez que a população do Município de Silveiras não tem atendimento adequado na unidade de saúde, à vista da ausência do profissional legalmente indicado para determinadas atividades. O acesso à saúde constitucionalmente previsto é prejudicado.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento*, a fim de conceder a tutela de urgência para que o agravado mantenha enfermeiro durante todo o período de funcionamento da Unidade Básica de Saúde de Silveiras, bem como *RATIFICO a antecipação da tutela recursal* anteriormente deferida.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

Direito Comercial



REEXAME NECESSÁRIO

5000362-60.2016.4.03.6102

Parte Autora: INTELLI INDÚSTRIA DE TERMINAIS ELÉTRICOS LTDA.
Recorrida: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SAO PAULO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2019

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. REGISTRO DE COMÉRCIO. EFEITOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA. PODER REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REMESA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A Deliberação Jucesp nº 02/2015, exige a comprovação da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para arquivamento dos documentos societários das sociedades limitadas de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, fundamentando a medida a sentença judicial, proferida nos autos do processo 2008.61.00.030305-7, e as disposições da lei 11.638 /07.
2. Na forma do art. 472, do CPC, o comando da sentença, ainda não transitada em julgado, somente é oposto contra quem participou do processo. Vale dizer, não pode beneficiar, nem prejudicar terceiros.
3. A correta exegese do art. 3º, da lei 11.638/07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei nº 6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras.
4. A escrituração e a elaboração de balanço, na forma da Lei 6.404/76, não implica, necessariamente, na consequente publicação.
5. Não tendo sido a exigência em questão objeto de lei, a Deliberação Jucesp nº 02/2015, exorbita os limites do seu poder regulamentar, violando o princípio da legalidade.
6. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por maioria, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal relator, acompanhado pelo voto do senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães; vencido o senhor Desembargador Federal Peixoto Junior, que lhe dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial interposta pela Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP em face de sentença que julgou procedente o pedido para conceder a segurança, em sede de *mandamus*, por meio do qual a impetrante objetivou provimento jurisdicional que a autorize ao arquivamento dos seus documentos societários, sem a necessidade de observar a imposição das publicações de suas demonstrações financeiras interpostas pela deliberação Jucesp nº 02/2015.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo provimento do reexame necessário.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

A deliberação Jucesp nº 02/2015, exige a comprovação da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para arquivamento dos documentos societários das sociedades limitadas de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, fundamentando a medida a sentença judicial, proferida nos autos do processo 2008.61.00.030305-7, e as disposições da Lei 11.638 /07.

De início, a ação nº 2008.61.00.30305-7, que tramitou perante a 25ª Vara Federal de São Paulo/SP, foi ajuizada pela ABIO - Associação Brasileira de Imprensas Oficiais em face da UNIÃO. Na demanda, foi julgado procedente pedido de declaração de nulidade do item 7 do Ofício Circular nº 099/2008 do DNRC - Departamento Nacional de Registro de Comércio, o qual conferia às empresas de grande porte a faculdade de publicar suas demonstrações financeiras em jornais oficiais ou em outro meios de divulgação, determinando a comunicação da decisão a todos os Presidentes de Juntas Comerciais, Procuradores e Secretários Gerais.

Pois bem. Verificado em consulta realizada no Sistema de Acompanhamento Processual da Justiça Federal que pende de apreciação nesta Corte a apelação interposta pela União contra a sentença proferida, conforme relatado a parte autora não participou do processo. Pode, dessa forma, questionar a exigência de obrigatoriedade de divulgação das informações patrimoniais e financeiras.

Na forma do art. 472, do CPC, o comando da sentença, ainda não transitada em julgado, somente é oposto contra quem participou do processo. Vale dizer, não pode beneficiar, nem prejudicar terceiros.

Por sua vez, dispõe o art. 3º da Lei 11.638 /2007:

Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

A correta exegese do art. 3º, da Lei 11.638 /07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei n 6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras.

E, interessa notar, que a escrituração e a elaboração de balanço, na forma da Lei 6.404/76, não implica, necessariamente, na consequente publicação.

Por fim, não tendo sido a exigência em questão objeto de lei, a deliberação Jucesp nº 02/2015, exorbita os limites do seu poder regulamentar, violando o princípio da legalidade.

Nesse mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTAMENTO. REQUISITOS LEGAIS QUE FORAM OBSERVADOS. DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELIBERAÇÃO JUCESP N. 02/2015. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS NA IMPRENSA OFICIAL E EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DICÇÃO DO ART. 37, CAPUT, DA CF/88. APELAÇÃO PROVIDA. - Afasto a preliminar de nulidade da sentença por aplicação indevida do disposto no artigo 285-A do CPC/73, pois os requisitos lá previstos foram observados, vez que se trata de questão apenas de direito e foi proferida sentença de improcedência em caso idêntico. Dispõe o art. 1º da deliberação jucesp n. 02/2015 que as sociedades empresárias de grande porte deverão publicar o Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. - Por sua vez, da leitura do art. 3º da Lei n. 11.638 /07 conclui-se que as disposições a serem observadas pelas sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de S/A são aquelas relativas à escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, e não quanto a sua publicação. - Desse modo, não cabe ao administrador público ampliar, por meio de ato administrativo infralegal de caráter normativo, os termos estipulados pela lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988. - O princípio em referência, no âmbito do Direito Administrativo, tem conteúdo diverso daquele aplicável na seara do Direito Privado. É que, enquanto no Direito Privado o princípio da legalidade estabelece ser lícito realizar tudo aquilo que não esteja proibido por lei, no campo do Direito Público a legalidade estatui que à Administração Pública só é dado fazer aquilo que esteja previsto em lei. - Recurso de apelação a que se dá provimento.(AMS 00222329220154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE EMPRESA. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. I. O artigo 3º da Lei 11.638 /07 limitou-se a estender às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, apenas no que tange à “escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários”. II. Deste modo, exorbita da referida legislação (art. 3º da Lei 11.638 /07), impor, por meio da deliberação Jucesp nº 02/2015, às sociedades de grande porte, não sujeitas ao regime da Lei nº 6.404/76, a obrigatoriedade de publicação Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. III. Dessa forma, não havendo menção no artigo 3º, da Lei nº 11.638 /07 quanto à publicação destes, inviável a ampliação da norma

por parte da Jucesp . IV. Apelação a que se nega provimento. (AMS 00126867620164036100, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. REGISTRO DE COMÉRCIO. EFEITOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA. PODER REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. Apelação e reexame necessário de sentença.

2. De acordo com o disposto no art. 472 do CPC, a coisa julgada somente produz efeitos em relação aos integrantes da relação jurídico-processual em curso de maneira que, em regra, terceiros não podem ser beneficiados ou prejudicados. Assim, o simples fato da ação proposta pela “ABIO” ter sido julgada procedente, em primeira instância, não pode caracterizar o único fundamento para a exigência das publicações das demonstrações financeiras, conforme determina a deliberação nº 2/2015 da Jucesp .

3. Conforme as disposições do art. 3º da Lei 11.638 /2007, não há obrigatoriedade da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para registro dos atos societários das empresas de grande porte na Jucesp .

4. Ao administrador público, no exercício do poder regulamentar, não é permitido ampliar esses limites legais, criando obrigações às sociedades de grande porte, as quais não estão previstas na norma jurídica, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

5. Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AMS 0009826-39.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 24/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2015)

Assim, conclui-se pela manutenção da sentença.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa necessária*.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Divergindo no julgamento efetuado e ficando vencido procedo à declaração de voto.

O entendimento que adoto na questão é de que além do que se pode concluir em linha de interpretação teleológica avulta em desfavor da tese sustentada pela empresa de grande porte a adequação conceitual entre os elementos envolvidos na questão. Na hora da elaboração das demonstrações financeiras tanta exigência de “clareza” (art. 176, “caput”, da Lei 6.404/76), de não utilização de “designações genéricas” (§2º), de “notas explicativas” (§4º) etc e da escurituação minuciosa observância de métodos e critérios contábeis (art. 177) e de normas em consonância com padrões internacionais de contabilidade (§§3º e 5º) etc mas quando se trata de conhecimento ao público não importa o raio de divulgação, esta a “lei” qual interpretada pela parte interessada. Não pode ser. Não faz sentido uma equiparação manca, que não acompanha

deixando à distância relevantes interesses protegidos pela divulgação das demonstrações financeiras. Por outro lado, caráter de tergiversação é o que se vislumbra em argumentos baseados em distinções entre elaboração e escrituração, de um lado, e publicação, de outro, ninguém deste lado estando a dizer fossem coisas no mundo físico idênticas mas que o fundamental na questão é considerar o que sejam *disposições* sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e desse conceito participa a publicação e sua forma determinadas na lei.

A Lei nº 11.638/07 é clara ao dispor sobre a aplicação às empresas de grande porte do regime de escrituração e elaboração de demonstrações financeiras previsto para as sociedades anônimas, nele inserindo-se a publicação ordenada, incluída entre as disposições gerais da seção tratando das demonstrações financeiras, e na linha de interpretação exposta motivos não há para considerar-se excluída do alcance da equiparação legal a determinação da forma de divulgação, pelo teor abrangente do conjunto de publicações nela ordenadas apropriadamente inserida nas disposições gerais da Lei nº 6.404/76.

Observa-se que o legislador optou tratar das demonstrações financeiras em seção homônima com duas divisões, a primeira estabelecendo disposições gerais e ordenando a publicação e a segunda dispondo sobre a escrituração, e subsequentes estatuinto sobre elaboração de cada espécie de demonstrações financeiras e o ora interpretado dispositivo legal compatibiliza-se com a forma de divisão de assuntos escolhida na Lei nº 6.404/76.

Na ótica das empresas de grande porte, a lei imaginária apta a impor a exigência poderia ser esta: *“Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração, elaboração e publicação de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários”*, com redação tratando como objetos de disposições diversas a escrituração, a elaboração e a publicação das demonstrações financeiras, mas a publicação ordenada é disposição referente à escrituração e elaboração das demonstrações financeiras, convindo anotar que não só do arbítrio do legislador retira essa condição mas das noções juridicamente e não empiricamente entendidas.

Uma coisa é a materialidade das demonstrações financeiras nas páginas dos jornais depois das pertinentes providências operacionais, fisicamente diversa das ações de especialistas com escrupulosas minúcias produzindo as demonstrações financeiras, outra as demonstrações financeiras elevadas do insignificante plano físico e juridicamente concebidas, e a consequente visão no momento, aliás crucial, do conhecimento ao público, de mesmo dever que se prolonga, e não outro de natureza diversa que com solução de continuidade tomasse lugar.

Em suma, a convicção que formo é de que a questionada exigência não decorre de nenhuma “ampliação” da lei, a tese favorável aos interesses das empresas de grande porte é que indevidamente restringe o comando legal.

Quanto ao processo de nº 0030305-97.2008.403.6100, cabe anotar a possibilidade de a JUCESP, por decisão sua com significado de voluntário cumprimento da lei, deliberar acerca de tal exigência legal, pelo que não se põem questões reportando-se aos atos do referido feito, mas somente a de interpretação da lei que ora se faz.

Também assevero que decidi este julgador amparado no princípio da livre convicção, que não sofre limitações fora dos casos expressos da lei, a propósito cabendo anotar que a questão ainda se encontra em incipiente estado de discussão nos tribunais e o quadro que se delineia na jurisprudência é somente de provisória e não definitiva vantagem da tese sustentada pela parte autora.

Estas as razões de meu voto dando provimento à remessa oficial.

É o voto declarado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

Direito Constitucional



**AGRAVO INTERNO EM
APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA
0024672-37.2010.4.03.6100**

Agravante: BENEFICÊNCIA NIPO BRASILEIRA DE SÃO PAULO
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2019

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 14 DO CTN. CEBAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Trata-se de ação de ordinária em que a autora objetiva a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no que tange ao recolhimento do Imposto de Importação - II, do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, do PIS-Importação e da COFINS-Importação -, invocando a imunidade fixada no artigo 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, atinente a bens e produtos importados para utilização de serviços médico-assistenciais, uma vez reconhecida a sua natureza de instituição civil de caráter assistencial e sem fins lucrativos.

2. Inicialmente, cumpre anotar que a imunidade quanto aos impostos, prevista no artigo 150, VI, alínea c, da CF, exige do contribuinte o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN.

3. Da leitura do Estatuto Social, constata-se que a autora é uma associação de caráter beneficente, fundada em janeiro de 1959, sem fins lucrativos, que tem por objetivo precípuo prestar serviços na área da saúde e de assistência social, moral e material às pessoas necessitadas, sem distinção de raça, nacionalidade, condição social, religião ou outras formas de discriminação - artigo 1º do referido Estatuto - fls. 23 e ss. dos presentes autos.

4. Demais disso, consta expressamente do Estatuto que todas as receitas, rendas, superávits e outros recursos da entidade serão aplicados integralmente no país, para manutenção e desenvolvimento de sua finalidade (art. 45, § 4º), bem como não haverá nenhuma remuneração, vantagem ou benefício, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, aos seus diretores, conselheiros, consultores, membros honorários, associados ou pessoas equivalentes (art. 61).

5. Convém ressaltar que a limitação da imunidade, não abarcando os impostos incidentes sobre a importação de produtos estrangeiros, sequer encontra amparo na jurisprudência dominante do próprio STF, de modo que a autora, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea c, da CF, faz jus à liberação das mercadorias importada independentemente do recolhimento do imposto de importação (II) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI), PIS-Importação e COFINS-Importação.

6. Nesse exato sentido, o E. STF, no AI 669.257AgR/RS, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 17/03/2009, DJe 17/04/2009; no AI 535.922 AgR/RS, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, j. 30/09/2008, DJe 14/11/2008; no RE 243.807/SP, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, j. 15/02/2000, DJ 28/04/2000, e no RE nº 203.755/ES, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, j. 17/09/1996, DJ 08/11/ 1996.

7. Cabe deixar assentado que o Estatuto Social não pode ser encarado como um mero protocolo de intenções, não oponível ao Fisco, sobretudo diante da inegável força normativa das obrigações nele assumidas, que, uma vez descumpridas, ensejam a responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes, conforme dispõe o artigo 135 do CTN.

8. Importa assinalar que a hipótese refere-se, em verdade, à imunidade, uma vez que as isenções reclamam atuação legislativa, ao passo que as imunidades, por estarem previstas no texto constitucional, somente podem sofrer limitação por Lei Complementar, consoante entendimento pacificado pelo E. STF em sede de repercussão geral.

9. Nesse andar, novamente o C. STF, no RE 434.978 AgR/SC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 21/03/2017, DJe 17/05/2017.

10. Nesse diapasão, oportuno anotar que, com efeito, a Certificação pela autoridade competente, seja com fundamento na Lei nº 12.101/09 e no Decreto nº 8.242/2014, seja em atos normativos anteriores, implica, também, no reconhecimento da condição de entidade beneficente de assistência social prevista no art. 195, § 7º, da CF, conforme decidido pelo E. STF na ADI 2.028/DF, Relatora p/ Acórdão Ministra ROSA WEBER, Tribunal Pleno, j. 02/03/2017, DJe 08/05/2017.

11. Portanto, a apresentação do CEBAS pela entidade exterioriza o benefício da imunidade das contribuições sociais - STF, RMS 28.200 AgR/DF, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 16/10/2017, DJe 27/10/2017, e RMS 23.368 AgR/DF, Relator Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, j. 24/11/2015, DJe 10/12/2015.

12. Em razão da efetividade da norma constitucional que trata da imunidade dos impostos e contribuições sociais, sua negativa por parte da autoridade fiscal limita-se à eventual falta ou cassação do CEBAS, ou ainda à hipótese de descumprimento ao disposto nos incisos do art. 14 e/ou no § 1º do art. 9º do CTN, vinculando-se o Fisco aos motivos do ato de suspensão do benefício, nos moldes do § 1º do art. 14 do CTN.

13. Como não se tem notícia acerca da cassação do Certificado aqui apresentado e diante da ausência de prova de que os representantes da entidade beneficente tenham sido responsabilizados por infração ao estatuto social mediante distribuição de parcela do seu patrimônio ou renda (art. 14, I, CTN); não aplicação dos recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (art. 14, II, CTN); e/ou ausência de escrituração contábil (art. 14, III, CTN), não vislumbro justificativa para se negar o direito à imunidade conferida pelo Constituinte.

14. A final, os honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa - R\$ 42.500,00, com posição em dezembro/2010 -, estão de acordo com o fixado pelo artigo 20, § 4º do CPC/73, aplicável à espécie, e seguindo entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora.

15. Agravo interno a que se dá provimento, reformando-se a r. decisão monocrática para, desprovendo-se a apelação da União Federal e remessa oficial, manter a r. sentença que julgou procedente o pedido da autora no sentido de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento do II, IPI PIS-Importação

e COFINS-Importação sobre o desembaraço aduaneiro das mercadorias descritas nas Licenças de Importação n°s 10/2738792-0 e 10/2738793-9, em razão da imunidade tributária aqui reconhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo interno interposto pela impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de maio de 2019.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

Agravo interno interposto pela BENEFICENCIA NIPO BRASILEIRA DE SAO PAULO (fls. 240/255) contra decisão que, nos termos do artigo 932, inciso V, alínea “b”, do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial a fim de reformar a sentença apelada e, em consequência, julgar improcedente o pedido e condenar a apelada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (fls. 233/238).

Alega, em síntese, que:

a) a imunidade do II, IPI, PIS-Importação e COFINS-Importação em relação à entidade beneficente de assistência social é indiscutível, consoante previsto nos artigos 150, inciso VI, “c”, e 195, § 7º, da Constituição Federal;

b) o preenchimento dos requisitos do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, por ser mais rigoroso, importa, via reflexa, no dos insertos no artigo 14 do Código Tributário Nacional;

c) o estatuto social, em seu artigo 45, §§ 3º e 4º, comprova a observância dos requisitos do artigo 14, incisos I e II, do Estatuto Tributário, quais sejam, a ausência de distribuição de resultados e dividendos e do pagamento de remuneração, vantagens ou benefícios para o exercício das funções atribuídas no documento societário;

d) entender que o estatuto social não passa de mera declaração de intenções atenta a boa-fé e o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37);

e) para obtenção do título de utilidade pública teve que comprovar a manutenção de escrituração de receitas e despesas;

f) a jurisprudência desta corte é no sentido de que a juntada do CEAS ou de seu substituto ulterior, o CEBAS, por si só presta a demonstrar o preenchimento dos requisitos do artigo 14 do Diploma Tributário.

Contraminuta apresentada às fls. 258/259, na qual a União requer seja desprovido o recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

Agravo interno interposto pela BENEFICENCIA NIPO BRASILEIRA DE SAO PAULO (fls. 240/255) contra decisão que, nos termos do artigo 932, inciso V, alínea “b”, do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial a fim de reformar a sentença apelada e, em consequência, julgar improcedente o pedido e condenar a apelada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (fls. 233/238).

A autora pretende o reconhecimento do direito à imunidade relativa ao PIS-Importação, à COFINS-Importação, ao II e ao IPI, a qual é prevista no artigo 150, inciso VI, alínea c, e § 4º da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, *das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o *patrimônio*, a renda e os serviços, *relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

[...] - ressaltei e grifei

Trata-se de imunidade de tributos, da qual não podem gozar todas as entidades beneficentes de assistência social sem fins lucrativos, mas tão somente as que atendam às exigências previstas em lei, bem como no que tange ao patrimônio, a renda e os serviços relacionados às suas finalidades essenciais.

Como na alínea ‘c’ há menção aos requisitos da lei, havia controvérsia no que toca à espécie que poderia regulamentar a imunidade, se ordinária ou complementar, em virtude da redação do artigo 146, inciso II, da Carta Política, que estabelece:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

[...]

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.622, na sistemática da repercussão geral, no sentido de que “*ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar*” (RE 566622, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017). Dessa forma, à vista de que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Carta Magna com *status* de lei complementar, a entidade beneficente de assistência social deve preencher os requisitos previstos nos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional, o

que afasta a observância do artigo 55 da Lei nº 8.212/91. Assim, o preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 55 da Lei nº 8.212/91 não importa, via reflexa, no dos insertos na lei tributária, as quais dispõem:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

II - cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

III - estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais;

IV - cobrar imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) o *patrimônio, a renda ou serviços* dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, *das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos*, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001)

d) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

§ 1º O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

§ 2º O disposto na alínea a do inciso IV aplica-se, exclusivamente, aos serviços próprios das pessoas jurídicas de direito público a que se refere este artigo, e inerentes aos seus objetivos. [ressaltei]

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos. [ressaltei]

No caso dos autos, a autora juntou cópia do estatuto social (fls. 23/39), certificado de entidade beneficente de assistência social (fls. 46 e 55) e respectivos pedidos de renovação (fls. 60 e 67/72), certificado de regularidade de FGTS (fl. 49), certidão negativa de contribuições previdenciárias (fl. 50), certidão positiva com efeitos de negativa de tributos federais (fl. 51), título de utilidade pública federal (fls. 56, 61/62 e 64). Quanto ao estatuto social, entendo que não passa de mera declaração de intenções, que é insuficiente para a satisfação das exigências legais. Dessa forma, não restou demonstrada a presença das exigências postas no citado artigo 14 do Diploma Tributário, porquanto os documentos carreados aos autos não trazem informações suficientes, tais como as relativas à escrituração de suas receitas e despesas em livros

revestidos de formalidades capazes de assegurar a exatidão dos seus objetivos institucionais, bem como a prova da aplicação no Brasil de seus recursos para obtenção da sua finalidade social (artigo 14, inciso III, do CTN).

Filio-me ao entendimento de que a apresentação do certificado de entidade beneficente de assistência social não é prova bastante para o reconhecimento do direito à imunidade tributária nos termos pleiteados, uma vez que, para a sua obtenção, a análise é feita pelo ministério competente, a qual não vincula a autoridade fazendária e nem o Judiciário, que, ao ser provocado, deve examinar o preenchimento dos requisitos legais, à luz da prova que lhe é apresentada. Nesse sentido, confira-se:

TRIBUTÁRIO. CONFRONTO DE TESES JURÍDICAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE EDUCACIONAL. ESCRITURAÇÃO DE DESPESAS E RECEITAS. ART. 14, III, DO CTN. FORMALIDADES. CUMPRIMENTO DOS INCISOS I E II DO MESMO NORMATIVO LEGAL.

1. Não se aplica a Súmula 7 do STJ ao caso, visto que o recurso especial sustenta tão somente tese jurídica quanto ao conceito de “escrituração revestida de formalidades”, insculpido no art. 14, inciso III, do CTN.

2. A escrituração exigível nos termos do inciso III do art. 14 do CTN é aquela fundada em um instrumento ou meio adequado para verificar, com exatidão, que os demais requisitos constantes nos incisos I e II estão sendo cumpridos. Precedente.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 100.911/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012)

Apesar de o artigo 45, §§ 3º e 4º, do seu estatuto estabelecer que os diretores, conselheiros e consultores não são remunerados pelo exercício de cargo na entidade, entendo que não passa de mera declaração insuficiente para a satisfação da exigência legal, à vista de que não foram apresentados elementos de prova de que tem sido cumprida concretamente por meio de balanço patrimonial, demonstração de receitas e despesas, origens e aplicações de recursos, declaração de imposto de renda da pessoa jurídica, entre outros. Assim, está claro que não foram comprovados os requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional.

À vista do não atendimento de todos os requisitos, consoante fundamentação, a agravante não faz *jus* à imunidade pleiteada, de modo que a decisão agravada deve ser mantida neste ponto.

Ante o exposto, voto para negar provimento ao agravo interno.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Inicialmente, cumpre anotar que a imunidade quanto aos impostos, prevista no artigo 150, VI, alínea c, da CF, exige do contribuinte o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN.

Da leitura do Estatuto Social, constata-se que a autora é uma associação de caráter beneficente, fundada em janeiro de 1959, sem fins lucrativos, que tem por objetivo precípua prestar serviços na área da saúde e de assistência social, moral e material às pessoas neces-

sitadas, sem distinção de raça, nacionalidade, condição social, religião ou outras formas de discriminação - artigo 1º do referido Estatuto - fls. 23 e ss. dos presentes autos.

Demais disso, consta expressamente do Estatuto que todas as receitas, rendas, superávits e outros recursos da entidade serão aplicados integralmente no país, para manutenção e desenvolvimento de sua finalidade (art. 45, § 4º), bem como não haverá nenhuma remuneração, vantagem ou benefício, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, aos seus diretores, conselheiros, consultores, membros honorários, associados ou pessoas equivalentes (art. 61).

Acerca da matéria, acompanho conclusão da Ministra Regina Helena Costa: “a qualificação de uma entidade como sendo ‘sem fins lucrativos’ exige o atendimento de dois únicos pressupostos: a não-distribuição dos lucros auferidos (ou superávits) e a não-reversão do patrimônio da mesma às pessoas que a criaram, com a aplicação dos resultados econômicos positivos obtidos na própria entidade” (in *Imunidades tributárias - teoria e análise da jurisprudência do STF*. Malheiros: São Paulo, 2006, 2ª ed., p.181).

Convém ressaltar que a limitação da imunidade, não abrangendo os impostos incidentes sobre a importação de produtos estrangeiros, sequer encontra amparo na jurisprudência dominante do próprio STF, de modo que a autora, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea c, da CF, faz jus à liberação das mercadorias importada independentemente do recolhimento do imposto de importação (II) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI), PIS-Importação e COFINS-Importação.

Nesse exato sentido os seguintes arestos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA REALIZADA POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal abrange o ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos.

II - Agravo improvido.

(AI 669.257AgR/RS, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 17/03/2009, DJe 17/04/2009)

ICMS. IMUNIDADE. (ART. 150, VI, C, DA CF). AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NO MERCADO INTERNO. ENTIDADE BENEFICENTE.

1. A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição, compreende as aquisições de produtos no mercado interno, desde que os bens adquiridos integrem o patrimônio dessas entidades beneficentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AI 535.922 AgR/RS, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, j. 30/09/2008, DJe 14/11/2008)

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMPORTAÇÃO DE “BOLSAS PARA COLETA DE SANGUE”.

A imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.

(RE 243.807/SP, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, j. 15/02/2000, DJ 28/04/2000)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, “c”.

I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade.

II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido.

(RE nº 203.755/ES, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, j. 17/09/1996, DJ 08/11/ 1996)

Cabe deixar assentado, no meu entender, que o Estatuto Social não pode ser encarado como um mero protocolo de intenções, não oponível ao Fisco, sobretudo diante da inegável força normativa das obrigações nele assumidas, que, uma vez descumpridas, ensejam a responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes, conforme art. 135 do CTN, a saber:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Importa assinalar que a hipótese refere-se, em verdade, à imunidade, uma vez que as isenções reclamam atuação legislativa, ao passo que as imunidades, por estarem previstas no texto constitucional, somente podem sofrer limitação por Lei Complementar, consoante entendimento pacificado pelo E. STF em sede de repercussão geral, *verbis*:

ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - IMUNIDADE - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - ARTIGOS 146, II, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar. Precedente: recurso extraordinário nº 566.622/RS, de minha relatoria, julgado no âmbito da repercussão geral em 23 de fevereiro de 2017.

(RE 434.978 AgR/SC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 21/03/2017, DJe 17/05/2017)

Nesse diapasão, oportuno anotar que, com efeito, a Certificação pela autoridade competente, seja com fundamento na Lei nº 12.101/09 e no Decreto nº 8.242/2014, seja em atos normativos anteriores, implica, também, no reconhecimento da condição de entidade beneficente de assistência social prevista no art. 195, § 7º, da CF, conforme decidido pelo E. STF na ADI 2.028/DF, Relatora p/ Acórdão Ministra ROSA WEBER, Tribunal Pleno, j. 02/03/2017, DJe 08/05/2017.

Portanto, a apresentação do CEBAS pela entidade exterioriza o benefício da imunidade das contribuições sociais. Vejamos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RENOVAÇÃO DE CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICIÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADIs 2.028, 2.036,

2.228 e 2.621 e do RE 566.622-RG, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos das Leis nºs 8.212/1991, 8.742/1993 e 9.732/1998 e dos Decretos nºs 2.536/1998 e 752/1993, porque estabeleciam requisitos materiais para o gozo de imunidade tributária não previstos em lei complementar.

2. Mesmo após a inconstitucionalidade reconhecida nesses julgados, permanece incólume um dos fundamentos do ato impugnado. O requisito de não distribuição de qualquer parcela de patrimônio ou renda da entidade é exigido por diploma com estatuta de lei complementar (Código Tributário Nacional, art. 14, I).

3. A entidade não possui direito adquirido à manutenção perpétua da imunidade, sendo legítima a exigência de renovação periódica da demonstração do cumprimento dos requisitos constitucionais para a fruição da imunidade. Precedentes.

(...)

5. Agravo a que se nega provimento.

(RMS 28.200 AgR/DF, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 16/10/2017, DJe 27/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADQUIRIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que não ofende a Constituição Federal a exigência de emissão e renovação periódica de Certificado de Entidade Filantrópica para fazer jus à imunidade tributária, nos termos do art. 55, II, da Lei 8.212/91.

2. Não há razão jurídica em se pleitear o direito à imunidade por prazo indeterminado, mediante a renovação indefinida do certificado de entidade beneficente de assistência social, porquanto inexiste direito adquirido a regime jurídico.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 23.368 AgR/DF, Relator Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, j. 24/11/2015, DJe 10/12/2015)

Em razão da efetividade da norma constitucional que trata da imunidade dos impostos e contribuições sociais, sua negativa por parte da autoridade fiscal limita-se à eventual falta ou cassação do CEBAS, ou ainda à hipótese de descumprimento ao disposto nos incisos do art. 14 e/ou no § 1º do art. 9º do CTN, vinculando-se o Fisco aos motivos do ato de suspensão do benefício, nos moldes do § 1º do art. 14 do CTN:

Art. 14.....

(...)

§1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente poderá suspender a aplicação do benefício.

Como não se tem notícia acerca da cassação do Certificado aqui apresentado e diante da ausência de prova de que os representantes da entidade beneficente tenham sido responsabilizados por infração ao estatuto social mediante distribuição de parcela do seu patrimônio ou renda (art. 14, I, CTN); não aplicação dos recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (art. 14, II, CTN); e/ou ausência de escrituração contábil (art. 14, III, CTN), não vislumbro justificativa para se negar o direito à imunidade conferida pelo Constituinte.

A final, os honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa - R\$ 42.500,00, com posição em dezembro/2010 -, estão de acordo com o fixado pelo artigo 20,

§ 4º do CPC/73, aplicável à espécie, e seguindo entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora.

Ante o exposto, reformando a r. decisão monocrática, dou provimento ao agravo interno para, desprovido a apelação da União Federal e remessa oficial, manter a r. sentença que julgou procedente o pedido da autora no sentido de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento do II, IPI PIS-Importação e COFINS- Importação sobre o desembaraço aduaneiro das mercadorias descritas nas Licenças de Importação nºs 10/2738792-0 e 10/2738793-9, em razão da imunidade tributária aqui reconhecida.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL

0018914-09.2012.4.03.6100

Apelante: KAREN DANIELA PRIETO CUBILLOS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2019

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. MULTA. SOPESAMENTO DE DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. FILHO MENOR BRASILEIRO. PERMANÊNCIA REGULAR NO MOMENTO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade, ou não, da anulação do Auto de Infração e Notificação nº 2401/2012, lavrado contra Karen Daniela Prieto Cubillos, nacional da República da Colômbia, para imposição de multa no valor de R\$ 827,75, com fundamento nos artigos 96 e 125, IV, da Lei 6.815/1980, por não apresentar documento comprobatório de estada legal no País (f. 20).

2. A autora narra que ingressou em território brasileiro em 26.05.2010, com dados de seu pedido de Refúgio feito pelo CONARE (f. 13), tendo dado à luz a filho brasileiro, nascido em 27.11.2011, em São Paulo/SP (f. 12), em uma casa-abrigo da Fundação Francisca Franco, que atende mulheres em situação de violência doméstica (f. 11).

3. Em 05.04.2012, compareceu à Superintendência da Polícia Federal para requerer a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira, momento em que teve lavrado contra si o referido auto de infração, por infringência ao artigo 125, IV, da Lei nº 6.815/1980: “*não apresentar documento comprobatório de estada regular no País*”. Mesmo com aplicação da multa, foi deferido o pedido de permanência definitiva foi deferido e publicado no Diário Oficial da União.

4 Na espécie, apesar de a União ter confirmado expressamente que a República da Colômbia teria aderido ao *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile*, promulgado por meio do Decreto 6.975/2009, que prevê hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários no artigo 3º, a sentença afastou sua aplicação sob o fundamento de que não haveria qualquer anistia a multa já imposta validamente, uma vez que a multa foi imposta à autora em 05.04.2012, antes, portanto, da adesão da República da Colômbia ao Acordo, em 29.06.2012.

5. A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Ainda, está expressamente posta no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal e preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. A doutrina, por sua vez, opta muitas vezes por destrinchar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, viabilizando melhor exercício da ponderação de

direitos fundamentais. Assim, surgem os vetores da adequação, que traduz a compatibilidade entre meios e fins; a necessidade enquanto exigência de utilizar-se o meio menos gravoso possível; e a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido pelo ato administrativo.

7. Não se coaduna com essa postura a adoção de um formalismo jurídico simplista em detrimento da dignidade humana daqueles que o país se pretende a ajudar. Há muito no ordenamento jurídico brasileiro já é reconhecida a normatividade das normas constitucionais que não podem servir de letra morta frente a qualquer dispositivo de lei infraconstitucional.

8. Importa-se mencionar, portanto, que, na hipótese em comento, a teleologia da regra que rege a matéria em questão busca tutelar o controle e a ordem da situação dos estrangeiros em território nacional, de modo que não se pode considerar como intimidadora ou nociva a situação do autor que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira.

9. Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pela apelante, que tem seu direito de permanência fortemente ameaçado ante sua falta de condições financeiras para arcar com a multa imputada, é infinitamente maior do que a perda estatal em promover uma regularização fora do prazo prescrito em lei.

10. Por fim, destaca-se que a multa aplicada no valor de R\$ 827,75 é maior do que o salário mínimo vigente à época de sua imputação, revelando-se totalmente desproporcional para uma pessoa com baixa renda, assistida da Defensoria Pública da União, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família.

11. Ademais, há uma particularidade no caso de fundamental importância para o deslinde da causa, qual seja, a autora aqui constituiu família e teve filho brasileiro, o que lhe garantiu a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980.

12. Desta forma, no momento da lavratura do auto de infração (05.04.2012), a permanência da autora no país já estava assegurada pela existência do filho brasileiro, sob sua guarda e dependência econômica, eis que menor de idade. Assim, deve ser anulado o auto de infração lavrado.

13. Apelação da parte autora provida. Inversão do ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Karen Daniela Prieto Cubillos, representada pela Defensoria Pública da União, nos autos de ação de rito ordinário, em que objetiva a anulação do Auto de Infração nº 2401/2012 do Departamento de Polícia Federal, que aplicou multa no valor de R\$ 827,75 (oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos), com fundamento nos artigos 96 e 125, da Lei nº 6.815/1980, em razão de *não apresentar documento comprobatório de estada legal no país* (f. 20).

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida (f. 30-31).

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), ficando suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita (f. 50-51v.).

Apela a parte autora, sustentando que:

a) possui nacionalidade colombiana, sendo genitora de filho brasileiro, tendo direito subjetivo à concessão do visto de permanência, independentemente do pagamento de multas e outras sanções administrativas mais gravosas, eis que sua situação está acobertada pelo Decreto nº 6.975/09, que lhe é aplicável;

b) a permanência da multa poderia violar o direito de convivência familiar da criança e o direito de proteção à família, já que a apelante estaria impedida de retornar ao Brasil;

c) a apelante recolheu todos os documentos a fim de regularizar a sua situação, tanto que o seu pedido de permanência, fundamentado no artigo 75, inciso II, “b”, da Lei nº 6.815/80, foi deferido;

d) porém, em comportamento contraditório, o Departamento de Polícia Federal, com fulcro no art. 125 da Lei nº 6.815/80, aplicou multa à apelante, em razão da violação do artigo 96 do mesmo diploma legal, sendo patente a incongruência da atuação da União - concomitantemente atesta a regularidade da situação da apelante e aplica-lhe multa por considerar sua situação anterior irregular;

e) a apelante faz jus ao tratamento dispensado no Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, internalizado pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.975/09, que dispõe sobre a regularização da residência de nacionais de Estado membro em outro Estado membro, mediante a comprovação da sua nacionalidade e apresentação de determinados requisitos;

f) nos termos do art. 3º, item 2, as previsões do aludido decreto se aplicam aos nacionais de uma Parte que se encontrem no território de outra Parte, caso da apelante, desde que apresentem perante os serviços de migração sua solicitação de regularização e a documentação necessária, o que também foi providenciado pela apelante;

g) o próprio Decreto nº 6.975/09 dispõe que esse procedimento será aplicado independentemente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território de recepção, e, além disso, em seu art. 3º, prevê que a adoção do aludido procedimento implicará em isenção de multas e outras sanções mais gravosas;

h) a situação da apelante se subsume perfeitamente às disposições contidas no Decreto nº 6.975/09, pelo que este lhe é aplicável, sendo que a multa a ela cominada é indiscutivelmente indevida, por força da isenção prevista no artigo 3º;

i) irrelevante o fato que a apelante tenha fundamentado o pedido de sua regularização com base no art. 75, inciso II, “b”, da Lei nº 6.815/80, e não no referido Decreto nº 6.975/09, sendo descabido afastar a incidência deste - em primeiro lugar porque tendo sido o decreto

devidamente aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, suas disposições são de observância obrigatória e de conhecimento público, sendo indiferente que o peticionário não as tenha mencionado expressamente na ocasião do requerimento;

j) tal interpretação implicaria em ofensa ao direito de convivência familiar da criança e violação à proteção da família, além da vedação expressa, contida no art. 75, do Estatuto do Estrangeiro, da expulsão de alienígena que possui cônjuge ou filho brasileiro, nos termos da Súmula n.º 1, do STF, e do art. 9º, item 2, do Decreto n.º 6.975/09;

k) no caso, a apelante será impossibilitada de retornar ao território nacional caso não pague a multa imposta, conforme prevê o art. 26, §1º, da Lei n.º 6.815/80.

Com as contrarrazões, subiram os autos à Superior Instância.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade, ou não, da anulação do Auto de Infração e Notificação n.º 2401/2012, lavrado contra Karen Daniela Prieto Cubillos, nacional da República da Colômbia, para imposição de multa no valor de R\$ 827,75, com fundamento nos artigos 96 e 125, IV, da Lei 6.815/1980, por não apresentar documento comprobatório de estada legal no País (f. 20).

A autora narra que ingressou em território brasileiro em 26.05.2010, com dados de seu pedido de Refúgio feito pelo CONARE (f. 13), tendo dado à luz a filho brasileiro, nascido em 27.11.2011, em São Paulo/SP (f. 12), em uma casa-abrigo da Fundação Francisca Franco, que atende mulheres em situação de violência doméstica (f. 11).

Em 05.04.2012, compareceu à Superintendência da Polícia Federal para requerer a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira, momento em que teve lavrado contra si o referido auto de infração, por infringência ao artigo 125, IV, da Lei n.º 6.815/1980: “*não apresentar documento comprobatório de estada regular no País*”. Mesmo com aplicação da multa, foi deferido o pedido de permanência definitiva foi deferido e publicado no Diário Oficial da União.

No caso em tela, a apelante foi multada com fundamento nos artigos 96 e 125, IV, da Lei n.º 6.815/1980, Estatuto do Estrangeiro, que foi revogado pela Lei n.º 13.445, de 24.05.2017, que instituiu a Lei de Migração, por não apresentar documento comprobatório de estada legal no País (f. 20).

Ao decidir pela aplicabilidade da multa imposta, o Juízo *a quo* aduziu que, *verbis* (50v.-51v.):

(...)

A multa foi imposta à autora, nacional da Colômbia, por meio do auto de infração n.º 2401/2012, pelo Departamento de Polícia Federal, com fundamento nos artigos 96 e 125, inciso IV, da Lei 6.815/1980 (motivo de direito do ato administrativo), que dispõe o seguinte:

Art. 96. Sempre que lhe for exigido por qualquer autoridade ou seu agente, o estrangeiro deverá exibir documento comprobatório de sua estada legal no território nacional. (Renumerado pela Lei n.º 6.964, de 09/12/81)

Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81):

(...)

IV - deixar de cumprir o disposto nos artigos 96, 102 e 103:

Pena: multa de duas a dez vezes o Maior Valor de Referência.

O motivo de fato do ato administrativo é a conduta da autora que, na condição de estrangeira, deixou de exibir documento comprobatório de sua estada legal em território nacional à Polícia Federal (artigo 96 da Lei nº 6.815/1980). Para tal conduta esta lei estabelece pena de multa. O ato administrativo consistente na imposição da multa foi emanado de autoridade competente, contém motivos de fato e de direito, procedentes, incontestáveis e decorrentes de processo administrativo regular em que observados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Não se pode perder de perspectiva que o controle dos atos administrativos, pelo Poder Judiciário, é exclusivamente de legalidade, e não de conveniência e oportunidade.

Descabe afastar a aplicação do 1º do artigo 26 da Lei nº 6.815/1980 (“O estrangeiro que se tiver retirado do País sem recolher a multa devida em virtude desta Lei, não poderá reentrar sem efetuar o seu pagamento, acrescido de correção monetária”). Trata-se de dispositivo legal vigente, válido e eficaz, que somente poderia ser afastado, pelo Poder Judiciário, em duas situações: inaplicabilidade ou inconstitucionalidade.

De inaplicabilidade descabe cogitar. A autora é estrangeira e a multa foi imposta com base na Lei nº 6.815/1980, o que atrai a incidência do 1º do artigo 26 desta. O fato se enquadra na hipótese abstrata descrita no texto legal. Daí a aplicabilidade deste.

Inconstitucionalidade também não há. Este dispositivo legal não é incompatível com os artigos 6º e 226 da Constituição do Brasil. Proibir o estrangeiro de retornar ao Brasil, se não pagar a multa imposta com fundamento na Lei nº 6.815/1981, não viola a garantia constitucional de proteção à maternidade, à infância e à família. A autora é livre para sair do Brasil, levando consigo seu filho. Ou poderá pagar a multa - cujo valor, de R\$ 827,75, é inferior ao da passagem aérea - e assim retornar ao Brasil. A afirmada suposta falta de recursos para o pagamento da multa não a torna indevida. Se a autora tem meios financeiros para viajar do Brasil para a Colômbia e vice-versa, também poderá arcar com o pagamento da multa, cujo valor não é elevado.

O fato de a autora ter vindo ao Brasil, na véspera do nascimento de seu filho, onde este nasceu, não afasta a multa nem a torna ilegal. Conforme já salientado, a imposição da multa constitui ato administrativo praticado com a observância de todos os ditames legais.

Quanto à adesão - confirmada pela União - da República da Colômbia ao Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile, doravante denominado simplesmente acordo (assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 925, de 15 de setembro de 2005, e promulgado pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 6.975, de 07.10.2009, publicado no Diário Oficial da União de 08.10.2009), não tem o efeito de anistiar multa já imposta validamente.

Primeiro, porque o artigo 3º desse acordo trata de isenção de multa e sanções administrativas que seriam aplicáveis, não prevendo nenhuma anistia de multa já imposta e exigível, não tendo, assim, o efeito de desconstituí-la.

Segundo, porque a multa foi imposta à autora em 05.04.2012, antes da adesão da República Colômbia ao Acordo, em 29.06.2012, que não tem o efeito de produzir efeitos retroativos para desconstituir multas já impostas.

Finalmente, o artigo 3º desse acordo se aplica apenas aos pedidos formulados nos termos dele, ao dispor que “O procedimento previsto no parágrafo 2 aplicar-se-á independente (sic) da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território do país de recepção

e implicará a isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas”. O parágrafo segundo ao qual alude estabelece que “Nacionais de uma Parte, que se encontrem no território de outra Parte, desejando estabelecer-se no mesmo e apresentem perante aos serviços de migração sua solicitação de regularização e a documentação determinada no artigo seguinte”. Ao estabelecer este dispositivo que o pedido de regularização deve ser instruído com os documentos descritos no artigo seguinte, está a limitar a isenção de multas e outras sanções administrativas ao beneficiário que formular o pedido nos exatos termos desse acordo, o que não é o caso da autora.

Não cabe invocar os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Por força do artigo 1º, o acordo “será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”. Não compete ao Poder Judiciário, sob o fundamento de instituir tratamento igual para os estrangeiros, alterar o regime jurídico estabelecido em acordo internacional, a fim de aplicá-lo a situações por ele não abrangidas. Por força do artigo 84, incisos VII e VIII, da Constituição do Brasil, compete privativamente ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

(...)

Na espécie, apesar de a União ter confirmado expressamente que a República da Colômbia teria aderido ao *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile*, promulgado por meio do Decreto 6.975/2009, que prevê hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários no artigo 3º, a sentença afastou sua aplicação sob o fundamento de que não haveria qualquer anistia a multa já imposta validamente, uma vez que a multa foi imposta à autora em 05.04.2012, antes, portanto, da adesão da República da Colômbia ao Acordo, em 29.06.2012.

Em primeiro lugar, deve ser discutida a proporcionalidade da multa aplicada diante da condição de hipossuficiência da autora, fazendo-se necessárias algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Ainda, está expressamente posta no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal e preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina, por sua vez, opta muitas vezes por destrinchar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, viabilizando melhor exercício da ponderação de direitos fundamentais. Assim, surgem os vetores da adequação, que traduz a compatibilidade entre meios e fins; a necessidade enquanto exigência de utilizar-se o meio menos gravoso possível; e a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido pelo ato administrativo.

Não se coaduna com essa postura a adoção de um formalismo jurídico simplista em detrimento da dignidade humana daqueles que o país se pretende a ajudar. Há muito no ordenamento jurídico brasileiro já é reconhecida a normatividade das normas constitucionais que não podem servir de letra morta frente a qualquer dispositivo de lei infraconstitucional.

Importa-se mencionar, portanto, que, na hipótese em comento, a teleologia da regra que rege a matéria em questão busca tutelar o controle e a ordem da situação dos estrangeiros em

território nacional, de modo que não se pode considerar como intimidadora ou nociva a situação do autor que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira.

Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pela apelante, que tem seu direito de permanência ameaçado ante sua falta de condições financeiras para arcar com a multa imputada, é infinitamente maior do que a perda estatal em promover uma regularização fora do prazo prescrito em lei.

Observa-se, inclusive, posicionamento mais flexível adotado por esta Corte quando a situação envolve atraso na renovação de visto de turista, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. VISTO DE TURISTA EXPIRADO. PEDIDO DE VISTO DE PERMANÊNCIA PENDENTE. EXIGÊNCIA DE SAÍDA DO TERRITÓRIO NACIONAL. COMPANHEIRA E FILHO MENOR DE ESTRANGEIRO RESIDENTE TITULAR DE VISTO DE PERMANÊNCIA. ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ESTADIA ASSEGURADA ATÉ ANÁLISE DO PEDIDO DE VISTO DE PERMANÊNCIA.

I - Em regra, considera-se irregular o turista estrangeiro que permanecer no território nacional além do prazo assinalado na lei, sendo vedada a legalização dessa situação ou a transformação em permanente do visto de turista, consoante o art. 38 da Lei n. 6.815/80.

II - A permanência temporária ou permanente de estrangeiro com finalidade de reunião familiar, relativamente a cidadão brasileiro ou estrangeiro residente, deve ser pleiteada perante as Missões Diplomáticas, Repartições Consulares de Carreira ou Vice-Consulados instalados no local de residência do interessado, consoante a Resolução Normativa n. 36/99, nada impedindo, no entanto, o ingresso do familiar estrangeiro na qualidade de turista, podendo o pedido de permanência ser formulado perante o Conselho Nacional de Imigração.

III - A situação excepcional do estrangeiro com visto de turista vencido, mas com pretensão de permanência no País em razão de reunião familiar, deve ser analisada dentro do contexto da colisão de interesses entre as prerrogativas do Estado na preservação da aplicação da lei e o direito fundamental do particular na proteção da integridade da unidade familiar, à vista do art. 226 da Constituição da República, merecendo proteção o interesse cuja possibilidade de lesão mostre-se mais significativa.

IV - A imposição de separação familiar envolvendo filho menor, ainda que temporária, é proporcionalmente mais grave do que a não aplicação da norma que determina a retirada do estrangeiro com o visto de turista vencido, sabendo que, nessa última hipótese, o prejuízo é minimizado e até mesmo anulado na hipótese de futura concessão de visto de permanência aos familiares estrangeiros pela autoridade migratória, caso em que poderão residir sem empecilhos no território nacional.

V - Em situação congênere, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento segundo o qual a expulsão de estrangeiro que possui filho brasileiro, ainda que nascido após a condenação penal e ao decreto expulsório, com o intuito de tutelar a família, a criança e ao adolescente, desde que comprovada a dependência econômica e a convivência sócio-afetiva.

VI - A dependência econômica em relação ao estrangeiro residente, portador de visto de permanência, está evidenciada na relação de filiação do segundo Impetrante, menor, e na condição e mãe e companheira da primeira Impetrante.

VII - Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0021998-96.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, julgado em 02/05/2013, e-DJF3: 09/05/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. PERMANÊNCIA NO BRASIL APÓS EXPIRADO VISTO DE TURISTA. MULTA. DETERMINAÇÃO DE SAÍDA DO TERRITÓRIO NACIONAL. DEMORA NO REQUERIMENTO DE VISTO DE PERMANÊNCIA JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. ULTERIOR CONCESSÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. VÍNCULO DE UNIÃO ESTÁVEL COM BRASILEIRO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEITO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

- Apelação interposta pela União contra a sentença de procedência proferida neste mandado de segurança, impetrado por estrangeira (francesa) contra ato do Delegado da Polícia Federal em São Paulo, objetivando a anulação de auto de infração que impôs à impetrante multa administrativa, bem como determinou a sua retirada do país, no prazo de oito dias, sob pena de deportação, em razão de permanência no território nacional além do prazo previsto em visto de turista (três meses), nos termos dos artigos 125, II, da Lei 6.815/80 e 98, I, do Decreto 86.715/81.

- Consoante decidido na sentença, o atraso na regularização da situação migratória da impetrante, além de justificável, não decorreu de culpa ou má-fé.

- Com efeito, da análise da prova pré-constituída, nos meses de julho a setembro de 2011, houve greve geral dos correios no Brasil, tornando verossímil a alegação da impetrante no sentido de que tal situação dificultou a instrução tempestiva do processo de requerimento de visto permanente, eis que uma das certidões, enviada da França, foi recebida com atraso.

- Ademais, é de se considerar que o acanhado atraso de quatro dias entre a expiração do prazo de permanência concedido mediante visto de turista e a entrega do requerimento de concessão de visto de permanência, devidamente instruído, não serve para fundamentar a aplicação de dispositivo legal que prevê, entre o mais, as penas de deportação e multa, sob pena de intensa vulneração dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, bem como sob pena de atentado contra a especial proteção do Estado à família assegurado pelo art. 226 da CF, haja vista que a impetrante mantém vínculo de união estável com brasileiro.

- É certo que a teleologia da norma que rege a matéria busca tutelar o controle da situação dos estrangeiros em território nacional. E, neste caso, não se pode considerar como ameaçadora ou nociva a situação da impetrante - professora, e que constituiu família com brasileiro - apenas porque incorreu em ínfima permanência irregular no território nacional, devidamente justificada, tendo sobrevivido concessão de visto permanente em seu favor.

- Nega-se provimento ao recurso.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 342901 - 0013417-14.2012.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, julgado em 05/05/2016, e-DJF3: 13/05/2016)

Por fim, destaca-se que a multa aplicada no valor de R\$ 827,75 é maior do que o salário mínimo vigente à época de sua imputação, revelando-se totalmente desproporcional para uma pessoa com baixa renda, assistida da Defensoria Pública da União, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família.

Ademais, há uma particularidade no caso de fundamental importância para o deslinde da causa, qual seja, a autora aqui constituiu família e teve filho brasileiro, o que lhe garantiu a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980, *verbis*:

Art. 75. Não se procederá à expulsão: (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)
I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou (Incluído incisos, alíneas e §§ pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

II - quando o estrangeiro tiver:

- a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou
- b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.

§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.

Desta forma, no momento da lavratura do auto de infração (05.04.2012), a permanência da autora no país já estava assegurada pela existência do filho brasileiro, nascido em 27.11.2011 (f. 12), sob sua guarda e dependência econômica, eis que menor de idade.

Nesse sentido:

ESTRANGEIRO. PERMANÊNCIA NO BRASIL HÁ MAIS DE 10 ANOS. PROLE BRASILEIRA. MULTA. ARTIGO 75, II, DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A parte autora requer a desconstituição de multa aplicada pela União Federal, em razão de sua permanência irregular em solo brasileiro no valor de R\$ 827,75 (oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos). 2. O comparecimento espontâneo da autora à Delegacia de Polícia de Imigração (DELEMIG), em Palmas, para regularizar sua permanência em solo brasileiro resultou em uma multa, pois estaria irregular no país há mais de 2.295 (dois mil, duzentos e noventa e cinco) dias. 3. “Como ao tempo da autuação a impetrante já havia implementado requisito de permanência no país: ter filhos brasileiros - pendendo a regularização de sua situação apenas da superação de entraves burocráticos -, afasta-se a multa aplicada, ante a presença de causa impeditiva”. (AMS n. 000019679.2007.4.01.30000/AC, Relator Juiz Federal Convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, Quinta Turma, e-DJF1 de 30/09/2011, p. 601). 4. “Forte na alínea “b” do inciso II do art. 75 da Lei 6.815/88, a circunstância do autor - estrangeiro, ser residente no Brasil há mais de vinte e dois anos - ser pai de quatro filhos brasileiros infirma a presunção de validade do ato, emanado pela Polícia Federal, que, desafortunadamente, lhe aplicou autuação e multa. (AC n. 002690616.2011.4.01.3900/PA, Relator Desembargador Federal Kássio Marques, e-DJF1 de 28/04/2015) 5. Recursos conhecidos e não providos.” (TRF1, APELAÇÃO 0009914-36.2014.4.01.4300, Rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques, e-DJF1 24/10/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. CASADO. FILHO. PERMANÊNCIA IRREGULAR. DEPORTAÇÃO. INCABIMENTO. I. Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular o Auto de Infração e Notificação nº 011/201/DPF/PB e o Termo de Notificação nº 001/2012/DPF/PB, que, respectivamente, aplicou multa imposta no art. 25, II, da Lei nº 6.815/80, por ter o autor, estrangeiro (nigeriano), extrapolado o prazo legal de estada no país, e determinou a saída do território nacional. II. O Estatuto do Estrangeiro em vigor (Lei nº 6.815, de 19/08/1980), ao cuidar da expulsão do estrangeiro, medida de caráter evidentemente punitivo, cuja estada no território nacional não é desejada ou desejável, prevê, em seu artigo 75, II, alínea “b”, que o mesmo não será expulso quando tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. IV. O referido dispositivo legal diz respeito apenas ao instituto da Expulsão, que é um processo pelo qual um país determina a saída do estrangeiro de seu território, em razão de um crime ali praticado ou comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país de onde foi expulso. O caso não se trata de expulsão, mas de deportação proveniente de estada irregular em território brasileiro. Contudo, as hipóteses de vedação à expulsão podem ser utilizadas para o caso de deportação (casa-

mento e filho). V. O autor é casado com brasileira e possui filho dependente economicamente. Inclusive, requereu a permanência definitiva estando em tramitação o respectivo processo administrativo, já tendo sido reconhecido nele, a autenticidade da certidão de casamento (fls. 231/249). VI. Com o objetivo precípuo de proteção à família, o STF editou a Súmula nº 01, nos seguintes termos: “É vedado a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.” VII. Remessa oficial e apelação improvidas. (TRF5, APELREEX 0007022-54.2012.4.05.8200, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, DJE 13/11/2014)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA - AUTO DE INFRAÇÃO - VISTO DE PERMANÊNCIA TEMPORÁRIA A ESTRANGEIRO - VENCIMENTO - NASCIMENTO DE FILHA BRASILEIRA SITUAÇÃO QUE OBSTA A AUTUAÇÃO. 1. A autora, estrangeira, mantinha visto de permanência provisória no país, que vencera em fevereiro de 1993. O prazo para requerimento do visto de permanência definitivo era de 90 dias após o vencimento do visto de permanência provisória. 2. Ultrapassado esse período, a autora sofreu autuação, nos termos do art. 125, II da lei 6.815/80. 3. No entanto, afasta-se a aplicação da autuação, ante a existência de causa impeditiva. É que, quando o visto de permanência provisória da autora ainda era válido, sua filha brasileira, já havia nascido (13/05/1992), conforme documento de fl.31. 4. Nos termos do art. 75, II B da lei 6815/88, é causa em que se obsta qualquer processo de expulsão, quando o estrangeiro tiver “filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente”. 5. Ou seja, quando da lavratura do auto de infração impositivo de multa, sua permanência no país já estava assegurada por outro motivo: Ter filha brasileira. E mais, este “outro motivo” ocorreu muito antes (ainda em 1992) quando a autora estava dentro do prazo de permanência (que repita-se, só acabava em 02/1993). Por esses motivos, a sentença deve ser mantida. 6. Negado provimento à apelação e à remessa oficial. (TRF3, APELREEX 0024933-61.1994.4.03.6100, Rel. Juiz Conv. Leonel Ferreira, e-DJF3 22/11/2010)

Assim, deve ser anulado o auto de infração lavrado em face da apelante.

Levando-se em conta o acolhimento do recurso, inverte o ônus da sucumbência.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação da parte autora, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000778-90.2016.4.03.6142

Apelante: ELISANGELA APARECIDA DOS REIS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2019

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIRIS® (ECULIZUMAB). IMPRESCINDIBILIDADE DO MEDICAMENTO NÃO DEMONSTRADA. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Cuida-se de recursos de apelação e agravo interno interpostos em ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada objetivando o fornecimento do medicamento Soliris® (Eculizumab), de alto custo, à parte autora.

2. De início, julga-se prejudicado o agravo interno interposto pela União em face de decisão que, monocraticamente, concedeu a antecipação da tutela recursal, tendo em vista que, ante a revogação da tutela recursal, não remanesce interesse no julgamento das questões suscitadas no referido agravo.

3. No que tange à responsabilidade da União, do Estado e do Município, o C. Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento no sentido da solidariedade entre os entes políticos pelo SUS, cabendo a todos e qualquer um deles a responsabilidade pelo efetivo fornecimento de tratamento à pessoa sem recursos financeiros, conforme restou decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 855.178/SE, pelo rito da repercussão geral, tema 793.

4. Dessa forma, qualquer dos entes federados, isolada ou conjuntamente, pode compor o polo passivo de ação judicial proposta objetivando o fornecimento de medicamentos às pessoas desprovidas de recursos financeiros, por se tratar de responsabilidade solidária.

5. No que concerne à prestação pública de saúde, é assente a interpretação constitucional firmada no sentido de que a garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente prevalece sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, na medida em que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve prover os meios para o fornecimento de medicamento e tratamento que sejam necessários, conforme prescrição médica, a pacientes desprovidos de condições financeiras de custeio pessoal ou familiar, sem o que o Estado afasta-se de sua concepção de tutela social, reconhecida e declarada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6. Consoante as premissas estabelecidas no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (decisão do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, no respectivo Agravo Regimental, proferida em 17.03.2010, Relator: Ministro Gilmar Mendes), no exame de caso concreto para fornecimento de medicamento devem ser considerados, dentre outros, os seguintes aspectos: (i) inexistência de tratamento, procedimento ou medicamento similar oferecido de forma gratuita pelo SUS para a patologia ou, na hipótese de existência, sua utilização sem êxito pelo requerente ou a sua ineficácia

em razão de especificidades do paciente; (ii) adequação e necessidade do tratamento/prestação de saúde ou do remédio postulado para a enfermidade que acomete o requerente; (iii) registro do fármaco na ANVISA (que apenas pode ser relevado em casos excepcionais, nos termos da Lei nº 9.782/99, a qual permite que referida agência reguladora dispense de registro os medicamentos adquiridos por meio de organismos multilaterais internacionais, para utilização em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde) e (iv) não caracterização de tratamento experimental (desprovido de comprovação científica de sua eficácia).

7. A questão atinente ao fornecimento de medicamentos foi decidida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob o rito dos recursos repetitivos, cuja tese fixada e modulação constam no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, no qual restou consignado que: *“A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”* (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018).

8. No caso vertente, a ação foi proposta antes de 04/05/2018, data da conclusão do julgamento do referido Recurso Especial, conforme a modulação dos efeitos do repetitivo, não se aplicando os requisitos exigidos na referida decisão.

9. Outrossim, foi reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da matéria no RE 566.471/RN (tema 6, em que se discute o dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo não incluído no RENAME, a portador de doença grave desprovido de condições financeiras para comprá-lo) e no RE 657.718/MG (tema 500, em que se discute sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento sem registro na ANVISA), evidenciando que a matéria ainda está sendo discutida em âmbito constitucional.

10. Na espécie, os autos foram instruídos com Relatório Médico apócrifo e prescrição médica subscrita pelo Dr. Luis Gustavo Modelli de Andrade, CRM: 104.219. Referido médico prescreveu à autora o medicamento Soliris® (Eculizumab), para uso contínuo, com a indicação da quantidade de 100 frascos para 6 meses de tratamento.

11. Verifica-se que, segundo o parecer da Sra. Perita Judicial, inexistem evidências fortes de benefícios à autora, ora apelante, com o uso do fármaco solicitado, estando a periciada em bom estado geral e sem evidências de alteração da função renal após o transplante de rim, conforme os exames realizados.

12. De acordo com a Sra. Perita, a apelante tem tido resposta terapêutica adequada para o seu caso, com o tratamento mediante a utilização de medicamentos imunossuppressores, corticoide, eritropoetina, ácido fólico, complexo B e hidróxido de ferro (Resposta ao Quesito nº 02).

13. Consigna-se que diante da dificuldade de leitura dos documentos acostados pela apelante às fls. 461/466 e da inércia da recorrente, que deixou decorrer *in albis* o prazo para juntada de novos documentos legíveis, não há como considerar tal documentação encartada como parte do acervo probatório dos autos.

14. Na espécie, não houve comprovação da inexistência de tratamento alternativo fornecido pelo SUS e da imprescindibilidade do medicamento para o atual estágio da doença que acomete a autora.

15. Portanto, a autora, ora apelante, não comprovou o fato constitutivo de seu direito. O conjunto probatório é insuficiente para fundamentar a concessão do medicamento pleiteado na presente demanda.

16. Majoração da verba honorária arbitrada na sentença, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015. Acréscimo do percentual de 2% (dois por cento). Exigibilidade dos honorários advocatícios suspensa, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

17. Apelação não provida. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora e julgar prejudicado o agravo interno da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação interposto por Elisangela Aparecida dos Reis e agravo interno interposto pela União, em ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada objetivando o fornecimento do medicamento Soliris® (Eculizumab), de alto custo, à parte autora.

A ação foi proposta em 28/07/2016 (fl. 02). Foi atribuído à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme fl. 34.

Na exordial (fls. 02/34), a autora aduz, preliminarmente, que a União é parte legítima para figurar no polo passivo da ação cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos e afins.

No mérito, sustenta, em síntese, ser acometida por enfermidade rara, grave, crônica e altamente letal, denominada Síndrome Hemolítica Urêmica atípica (SHUa), sendo indicado para seu tratamento o fármaco Soliris® (Eculizumab), o qual tem preço extremamente elevado, restando inviabilizada a sua aquisição, diante da falta de condições financeiras para custeá-lo.

Alega que descobriu ser portadora de insuficiência renal crônica em 25 de março de 2013 e iniciou o tratamento com hemodiálise, todavia, não houve um diagnóstico de qual era a causa da doença. Aduz que em 08 de janeiro de 2016 foi submetida a transplante renal com doador falecido, e, ao realizar biópsia renal, ficou evidenciada a presença de microangiopatia trombótica. Afirma que diante de seu quadro clínico e dos dados apresentados, foi obtido o diagnóstico de Síndrome Hemolítica Urêmica atípica, considerando-se os antecedentes de microangiopatia previamente ao transplante renal, sendo-lhe prescrito o uso do fármaco Soliris®.

Aduz que o fármaco indicado é o único existente no mundo para o tratamento da doença da parte autora, sendo de uso não proibido, com eficácia comprovada, embora não possua

registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não havendo alternativas terapêuticas para a SHUa, no âmbito do SUS.

Argumenta que a União recusa-se a fornecer o medicamento por não estar padronizado na rede pública de saúde e por não possuir registro na ANVISA, conforme se verifica por meio do parecer técnico juntado às fls. 68/70.

Requer a parte autora seja a União compelida a fornecer o medicamento Soliris® (Eculizumab) na forma e quantidade prescrita pelo médico, de maneira imediata e contínua, independentemente de nova manifestação judicial, ou seja, mediante simples apresentação de receituário e relatório médico aos setores responsáveis pela aquisição e entrega do remédio.

Com a petição inicial (fls. 02/34), foram apresentados documentos (fls. 35/126).

Mediante a decisão às folhas 130 e verso, foi determinada a realização de perícia médica e social.

A União apresentou manifestação contendo quesitos ao perito médico do juízo, todavia estes foram julgados prejudicados em razão do protocolo posterior à data designada para realização da perícia (fls. 165 e 167).

O laudo pericial médico foi acostado às fls. 139/148. Com supedâneo em suas conclusões, o pedido de tutela de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 163 e verso).

Em sede de agravo de instrumento, processo nº 0017257-57.2016.4.03.0000/SP, foi determinado o imediato fornecimento do medicamento em questão (fls. 209/210-v).

Citada, a ré ofertou contestação (fls. 179/192), Apresentou os documentos de fls. 193/198.

Às fls. 199/208, foi juntado aos autos o laudo social.

A autora manifestou-se sobre o laudo pericial socioeconômico à fl. 215, e a respeito da contestação às fls. 216/242.

A sentença, proferida em 03/03/2017 (fls. 248/249-v), julgou improcedente o pedido, consoante o artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Condenou-se a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, e § 4º, III, do Código de Processo Civil, cuja execução fica suspensa em face da concessão da gratuidade processual. Arbitrados os honorários da assistente social, perita do juízo, conforme o disposto na Resolução nº 305/2014 do CJF, no valor máximo constante da tabela anexa ao normativo, por compatibilidade com sua atuação no feito.

Em seu apelo (fls. 254/270), a parte autora, em síntese, repisa os argumentos lançados na exordial e pugna pela integral reforma da r. sentença. Pleiteia a concessão de tutela de urgência recursal, *inaudita altera pars*, para fornecimento do medicamento, e havendo negativa ou mora por parte da recorrida, seja aplicada multa diária, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC.

A União apresentou contrarrazões de apelação (fls. 276/289-v).

Por meio da decisão proferida pela então Relatora às fls. 369/375-v, foi concedida a antecipação da tutela recursal, determinando-se o fornecimento do medicamento à apelante e, após, o sobrestamento do feito, consoante decidido no REsp 1.657.156/SP.

Acostou-se aos autos o Ofício n. 00663/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, encaminhando a Nota n. 03397/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, informando os procedimentos para fornecimento do medicamento e que as informações devem ser requisitadas diretamente ao Núcleo de Judicialização (fls. 383/386-v).

Em face da decisão monocrática de fls. 369/375-v, a União interpôs recurso de agravo

interno (fls. 405/413). Sustenta a agravante, em suma, que estão ausentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela postulada pela autora. Pugna pela reconsideração da decisão agravada. Requer, ainda, que caso não haja reconsideração da decisão monocrática, seja a matéria levada à análise do juízo colegiado.

A agravada apresentou contrarrazões ao agravo interno (fls. 452/458).

A União peticionou nos autos (fls. 415/416), requerendo a juntada aos autos de informações encaminhadas pelo Ministério da Saúde (fls. 417/425), bem como requerendo a juntada aos autos, pela apelante, de relatório médico atualizado e prescrição médica contendo a dosagem necessária à paciente.

Diante do requerimento formulado pela União (fls. 415/425), instou-se a apelante a se manifestar no prazo de 05 (cinco) dias (fls. 427).

Ato contínuo, a apelante peticionou nos autos, requerendo a concessão de prazo suplementar, argumentando que estava providenciando a documentação médica atualizada (fl. 429).

Deferido o pedido de fl. 429 pelo prazo de 30 (trinta) dias (fl. 431).

A seguir, a apelante peticionou nos autos alegando que estava com dificuldades em agendar consulta junto aos seus médicos, requerendo novamente prazo suplementar (fl. 433). Juntou documento (fls. 434/435).

Na decisão de fl. 437, proferida em 30/10/2018, restou indeferido o pedido de concessão de novo prazo suplementar para juntada de documentos pela apelante. Revogou-se a decisão de fls. 369/375-v, que concedeu a tutela antecipada recursal, ante a ausência, nos autos, de relatório médico atualizado e receituário que demonstrem a necessidade de continuidade do tratamento da apelante com o medicamento Soliris® (Eculizumab), contendo a indicação da dosagem necessária, sem prejuízo de análise posterior da questão, com a juntada de novos documentos médicos.

A União apresentou petição (fl. 442), postulando a juntada aos autos de informações encaminhadas pelo Ministério da Saúde (fls. 443/448).

Na petição de fls. 459/460, apresentada em 09/05/2019, a apelante requereu a reativação da tutela antecipada recursal. Juntou documentos às fls. 461/466.

Considerando-se a dificuldade de leitura dos documentos encartados às fls. 461/466, determinou-se a intimação da apelante para nova juntada, no prazo de 05 (cinco) dias, e, ato contínuo, a intimação da União para manifestar-se sobre os referidos documentos, no mesmo prazo (fl. 468).

O prazo decorreu *in albis*, não tendo a apelante realizado nova juntada dos documentos acostados às fls. 461/466, conforme determinado.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação e agravo interno interpostos em ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada objetivando o fornecimento do medicamento Soliris® (Eculizumab), de alto custo, à parte autora.

De início, julgo prejudicado o agravo interno interposto pela União (fls. 405/413) em face

de decisão (fls. 369/375-v) que, monocraticamente, concedeu a antecipação da tutela recursal, tendo em vista que, ante a revogação da tutela recursal (fl. 437), não remanesce interesse no julgamento das questões suscitadas no referido agravo.

No que tange à responsabilidade da União, do Estado e do Município, o C. Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento no sentido da solidariedade entre os entes políticos pelo SUS, cabendo a todos e qualquer um deles a responsabilidade pelo efetivo fornecimento de tratamento à pessoa sem recursos financeiros, conforme restou decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 855.178/SE, pelo rito da repercussão geral, tema 793, cujo acórdão foi assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. *O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.*

(RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015) (grifei)

No mesmo sentido, cito outros precedentes do C. Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos para o fornecimento de medicamentos para pessoas hipossuficientes:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que *constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes*. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o disposto no art. 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de verba honorária nas instâncias de origem. (ARE 1049831 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07-11-2017 PUBLIC 08-11-2017) (grifei)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. TEMA 793. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - *A jurisprudência desta*

Corte firmou-se no sentido de que é obrigação solidária dos entes da Federação promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento em favor do recorrido, podendo qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios figurar no polo passivo. II- Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorar os honorários recursais, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem. III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

(ARE 963221 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016) (grifei)

Dessa forma, qualquer dos entes federados, isolada ou conjuntamente, pode compor o polo passivo de ação judicial proposta objetivando o fornecimento de medicamentos às pessoas desprovidas de recursos financeiros, por se tratar de responsabilidade solidária.

Passo ao exame da questão de fundo.

No que concerne à prestação pública de saúde, é assente a interpretação constitucional firmada no sentido de que a garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente prevalece sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, na medida em que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve prover os meios para o fornecimento de medicamento e tratamento que sejam necessários, conforme prescrição médica, a pacientes desprovidos de condições financeiras de custeio pessoal ou familiar, sem o que o Estado afasta-se de sua concepção de tutela social, reconhecida e declarada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Consoante as premissas estabelecidas no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (decisão do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, no respectivo Agravo Regimental, proferida em 17.03.2010, Relator: Ministro Gilmar Mendes), no exame de caso concreto para fornecimento de medicamento devem ser considerados, dentre outros, os seguintes aspectos: (i) inexistência de tratamento, procedimento ou medicamento similar oferecido de forma gratuita pelo SUS para a patologia ou, na hipótese de existência, sua utilização sem êxito pelo requerente ou a sua ineficácia em razão de especificidades do paciente; (ii) adequação e necessidade do tratamento/prestação de saúde ou do remédio postulado para a enfermidade que acomete o requerente; (iii) registro do fármaco na ANVISA (que apenas pode ser relevado em casos excepcionais, nos termos da Lei nº 9.782/99, a qual permite que referida agência reguladora dispense de registro os medicamentos adquiridos por meio de organismos multilaterais internacionais, para utilização em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde) e (iv) não caracterização de tratamento experimental (desprovido de comprovação científica de sua eficácia).

A questão atinente ao fornecimento de medicamentos foi decidida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob o rito dos recursos repetitivos, cuja tese fixada e modulação constam no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, conforme excerto da ementa a seguir transcrito:

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento pres-

crito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

(EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018)

No caso vertente, a ação foi proposta antes de 04/05/2018, data da conclusão do julgamento do referido Recurso Especial, conforme a modulação dos efeitos do repetitivo, não se aplicando os requisitos exigidos na referida decisão.

Outrossim, foi reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da matéria no RE 566.471/RN (tema 6, em que se discute o dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo não incluído no RENAME, a portador de doença grave desprovido de condições financeiras para comprá-lo) e no RE 657.718/MG (tema 500, em que se discute sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento sem registro na ANVISA), evidenciando que a matéria ainda está sendo discutida em âmbito constitucional.

Com feito, os autos foram instruídos com Relatório Médico apócrifo (fl. 39) e prescrição médica subscrita pelo Dr. Luis Gustavo Modelli de Andrade, CRM: 104.219 (fl. 64). Referido médico prescreveu à autora o medicamento Soliris® (Eculizumab), para uso contínuo, com a indicação da quantidade de 100 frascos para 6 meses de tratamento (fl. 64).

Importa pontuar que o fármaco pleiteado possui registro na ANVISA sob o nº 198110001, com vencimento em 03/2022, conforme consulta ao sítio daquela agência reguladora.

Transcrevo a conclusão do laudo médico pericial de fls. 139/148, subscrito pela Dra. Carmen Aparecida de Salvo Palhares, CRM/SP nº 36.641, Perita Judicial:

9. CONCLUSÃO

A periciada apresentou insuficiência renal crônica em estagio final em 25/05/2013 de etiologia não definida, necessitando de tratamento de Hemodiálise até 8/01/2016.

Em 8/01/2016 realizou transplante de rim e está em seguimento ambulatorial regular no Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina de Botucatu. Ausência de rejeição.

No momento está em bom estado geral, sem sintomas e sem queixas. Negou alterações urinárias, febre, edemas, alterações digestivas e mal estar geral.

Negou internações hospitalares após o transplante renal.

Os exames complementares realizados não indicaram alteração da função renal.

De acordo com a literatura científica citada e anexada aos autos, não há evidências fortes de benefícios com o uso do medicamento solicitado.

Este laudo pericial foi embasado na história clínica, no exame físico e nos documentos médicos anexados aos autos. (Sic, fl. 147, grifos no original)

Verifica-se que, segundo o parecer da Sra. Perita Judicial, inexistem evidências fortes de benefícios à autora, ora apelante, com o uso do fármaco solicitado, estando a periciada em bom estado geral e sem evidências de alteração da função renal após o transplante de rim, conforme os exames realizados.

De acordo com a Sra. Perita, a apelante tem tido resposta terapêutica adequada para o seu caso, com o tratamento mediante a utilização de medicamentos imunossupressores, corticoide, eritropoetina, ácido fólico, complexo B e hidróxido de ferro (Resposta ao Quesito nº 02, fl. 147).

Consigna-se que diante da dificuldade de leitura dos documentos acostados pela apelante às fls. 461/466 e da inércia da recorrente, que deixou decorrer *in albis* o prazo para juntada de novos documentos legíveis, não há como considerar tal documentação encartada como parte do acervo probatório dos autos.

Na espécie, não houve comprovação da inexistência de tratamento alternativo fornecido pelo SUS e da imprescindibilidade do medicamento para o atual estágio da doença que acomete a autora.

Portanto, a autora, ora apelante, não comprovou o fato constitutivo de seu direito. O conjunto probatório é insuficiente para fundamentar a concessão do medicamento pleiteado na presente demanda.

Destarte, a sentença deve ser mantida, nos termos em que proferida.

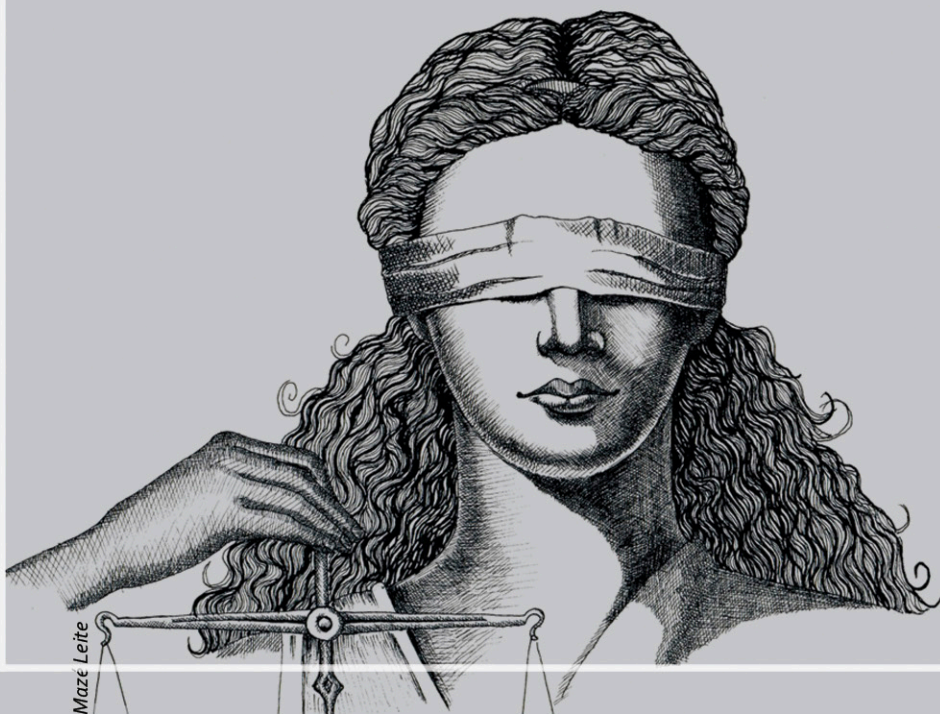
A sentença condenou a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, à qual foi atribuído o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em julho de 2016 (fl. 34). Assim, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, determino o acréscimo do percentual de 2% (dois por cento) a este importe. No entanto, a exigibilidade dos honorários advocatícios resta suspensa, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação da parte autora e *julgo prejudicado* o agravo interno da União.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0000907-89.2000.4.03.6002

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelados: LUIZ DURIGAN E GILBERTO DE SOUZA ROHDEN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2019

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 168, §1º, III, DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE FÉCULA DE MANDIOCA DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. CONTRATO DE DEPÓSITO COM A CONAB. INTIMAÇÃO PESSOAL DE RÉU SOLTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCINDIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO NÃO VERIFICADA. MÉRITO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. PENA-BASE EXASPERADA DE MANEIRA PROPORCIONAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FRAÇÃO ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA. RECURSO ACUSATÓRIO DESPROVIDO.

1- Apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia oferecida pelo ora apelante, imputando aos acusados o crime de apropriação indébita de coisa alheia móvel (1.313.025 kg de fécula de mandioca de propriedade da União), de que tinham a posse ou detenção em razão de contrato de depósito firmado pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), com a empresa da qual os denunciados eram sócios-quotistas.

2- “Em se tratando de acusado que respondeu em liberdade à ação penal originária, é dispensável intimação pessoal quando da prolação de sentença condenatória, pois o art. 392, II, do CPP expressamente permite a intimação do réu ou de seu patrono constituído.” (STF, Segunda Turma, AgR em RHC 146.320/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 15/12/2017).

3- Prescrição pela pena máxima em abstrato não consumada. Impossibilidade de cálculo da prescrição pela pena concreta, diante da ausência de definitividade da reprimenda fixada em primeiro grau, objeto de impugnação pelo órgão acusatório.

4- Sentença que não foi objeto de recurso pelas defesas dos réus condenados. Ademais, a materialidade e a autoria do delito restaram suficientemente demonstradas no feito, inexistindo fundamento para a revisão oficiosa do mérito do édito condenatório.

5- O Código Penal não estabelece patamares de elevação em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais previstas em seu art. 59, nem fixa percentuais de diminuição relacionados às atenuantes genéricas, cabendo apenas ao magistrado a avaliação do *quantum* a ser empregado, no caso concreto.

6- Hipótese em que, considerando o intervalo em abstrato das penas cominadas ao delito (01 a 04 anos de reclusão), as circunstâncias judiciais desfavoráveis foram concreta e razoavelmente ponderadas, inexistindo razão jurídica para a exasperação em patamar ainda mais elevado.

7- O fundamento invocado pelo órgão ministerial, no sentido de que a exasperação

seria necessária para o fim de evitar a prescrição da pretensão punitiva estatal e possibilitar, em tese, o ressarcimento do Erário em ação de reparação *ex delicto*, carece de embasamento legal e, portanto, não pode ser acolhido, sob pena de se punir os acusados pela inércia do Estado, impingindo-lhes reprimendas mais graves do que as devidas apenas para evitar a extinção da punibilidade por morosidade à qual sequer deram causa.

8- Atenuante da confissão espontânea aplicada na fração de 1/3 (um terço), devidamente motivada. Peculiaridades do caso concreto.

9- Apelo ministerial desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de julho de 2019.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a r. sentença de fls. 828/835, por meio da qual o MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia oferecida pelo ora apelante contra LUIZ DURIGAN, GILBERTO DE SOUZA ROHDEN, TITO NIEHUES, BENEDITO NERLY BRANDÃO e WALFRID SCHURT, por apropriação indébita, na modalidade de disposição de coisa alheia como própria, acusando-os da prática do crime previsto no art. 168, 1º, III, do Código Penal, porque, em data compreendida entre os dias 24/01/1997 e 24/03/1997, dolosamente e cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, aproveitando-se de ofício que exerciam, apropriaram-se de coisa alheia móvel (1.313.025 kg de fécula de mandioca de propriedade da União) de que tinham a posse ou detenção em razão de contrato de depósito firmado pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), com a empresa AMIDOS MODIFICADOS DO BRASIL LTDA, da qual os denunciados eram sócios-quotistas.

A denúncia foi recebida por meio da decisão de fls. 218/219, publicada em 19 de junho de 2006.

Processado o feito, sobreveio a r. sentença apelada, por meio da qual o MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados decidiu:

(i) declarar extinta a punibilidade dos réus TITO NIEHUES e WALFRIED SCHURT pela prática da conduta delituosa tipificada no artigo 168, 1º, III, do Código Penal, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, IV, c/c art. 115, todos do Código Penal;

(ii) CONDENAR LUIZ DURIGAN e GILBERTO DE SOUZA ROHDEN pela prática do crime do artigo 168 do Código Penal com a majorante prevista no 1º inciso III, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, inicialmente no regime aberto, e a 13 (treze) dias-multa

no valor unitário de um salário mínimo, vigente na data do fato, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nos seguintes termos: uma pena de prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena privativa de liberdade imposta e em tempo não inferior a oito horas semanais; e uma pena de prestação pecuniária, no valor de dez salários mínimos.

A sentença foi publicada em 15/01/2017 - fl. 836.

Apela o Ministério Público Federal às fls. 837/839 requerendo, em síntese, a reforma parcial da sentença, apenas para o fim de majorar as penas impostas aos réus condenados, evitando, assim, a prescrição da pretensão punitiva estatal. Especificamente, pugna pela fixação da pena-base no máximo legal (4 anos de reclusão) com a aplicação da atenuante da confissão espontânea à fração de um sexto e a manutenção da causa de aumento do art. 168, §1º, III, à razão de um terço, com a fixação definitiva da pena de reclusão em 04(quatro) anos, 05(cinco) meses e 10 (dez) dias.

Em sede de contrarrazões de recurso, a defesa de LUIZ DURIGAN pugna pela manutenção da pena fixada. Indo além, afirma (i) a ausência de dolo do réu em prejudicar os interesses da CONAB; (ii) a inexistência do crime; (iii) a impossibilidade legal de apropriação indébita sobre bens fungíveis e (iv) a prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 844/852)

A Defensoria Pública da União apresentou contrarrazões de recurso, representando os interesses do réu GILBERTO DE SOUZA ROHDEN, às fls. 874/877. Aduz, preliminarmente, nulidade de todos os atos posteriores à prolação da sentença, em razão da ausência de intimação pessoal de GILBERTO acerca da decisão condenatória em primeiro grau. No mérito, pugna pela manutenção das penas aplicadas, ao fundamento de que já são mais graves do que recomenda a doutrina e porque o argumento invocado pelo *Parquet* federal (evitar a prescrição) não encontra amparo legal. Pede, por fim, seja desprovido o recurso ministerial e, por conseguinte, reconhecida a extinção da punibilidade do réu, pela prescrição.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, por meio do parecer de fls. 879/883, opinou pelo provimento do recurso da acusação.

É o relatório.

Sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço do apelo ministerial e passo à análise das questões devolvidas à apreciação desta Corte.

Preliminar de nulidade

Não se verifica a apontada nulidade por ausência de intimação pessoal do réu GILBERTO DE SOUZA ROHDEN acerca da prolação da sentença condenatória.

O art. 392, II, do CPP preceitua que, em se tratando de réu solto, basta a intimação do réu ou de seu defensor constituído para que se considere válida a cientificação da sentença condenatória.

Acerca do tema, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. RECORRENTE QUE POSSUÍA DOMICÍLIO NECESSÁRIO E RESPONDEU À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 392, II, DO CPP. ACUSADO QUE OCUPAVA, AO TEMPO DA SENTENÇA, O CARGO DE BOMBEIRO MILITAR. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

2. O art. 21, §1º, do RISTF respalda a prolação de decisão monocrática consonante com a jurisprudência dominante desta Corte, não se antevendo ilegalidade em tal proceder.

3. Em se tratando de acusado que respondeu em liberdade à ação penal originária, é dispensável intimação pessoal quando da prolação de sentença condenatória, pois o art. 392, II, do CPP expressamente permite a intimação do réu ou de seu patrono constituído.

4. Não havendo o dispositivo legal excepcionado o possuidor de domicílio necessário, não há constrangimento ilegal na ausência de intimação pessoal de acusado solto que, ao tempo da sentença, ocupava o cargo de bombeiro militar.

5. Agravo regimental desprovido.

(STF, Segunda Turma, AgR em RHC 146.320/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 15/12/2017);

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DE WRIT. HOMICÍDIO SIMPLES. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA. DESNECESSIDADE. RÉU SOLTO. ART. 392, II, DO CPP. DEFESA TÉCNICA INTIMADA PELA IMPRENSA OFICIAL. SUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO. FALTA DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. ACÓRDÃO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPERIOR TRIBUNAL. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Diz a jurisprudência deste Superior Tribunal que a exigência de intimação pessoal da sentença condenatória não se aplica ao réu solto e que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade quando esgotada a via ordinária recursal. Afora isso, a ausência ou a inadmissão de recursos não pode ser interpretada como causa de nulidade, em razão do princípio da voluntariedade.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 480437 / MG, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 04/02/2019).

E, no caso concreto, restou demonstrada a intimação do édito condenatório ao patrono constituído pelo réu, conforme fls. 841/841v dos autos.

Rejeito, portanto, a alegada preliminar de nulidade.

Prescrição

Considerando a existência de recurso ministerial interposto com o fim exclusivo de obter a exasperação das penas fixadas aos réus condenados, descabe falar em prescrição da pretensão punitiva estatal no presente momento processual.

Isto porque a pena em concreto não é definitiva e a prescrição, pela pena máxima em abstrato, apenas se consuma após o transcurso do prazo de doze anos (art. 109, CP), conside-

rando que a pena máxima do crime do art. 168, §1º, III, do Código Penal, supera quatro anos.

E, na hipótese, não foi ultrapassado o intervalo de doze anos entre a data dos fatos (entre os dias 24/01/1997 e 24/03/1997) e a do recebimento da denúncia, em 19/06/2006, nem entre este marco e a data da publicação da sentença condenatória, em 15/01/2017 - fl. 836.

Assim, neste momento processual, impossível acolher a pretensão das defesas de serem reconhecida a extinção da punibilidade dos réus pela prescrição, mesmo na hipótese de desprovemento do presente recurso ministerial, considerando a possibilidade de interposição recurso especial ou extraordinário pela acusação, com o fim de buscar o aumento das penas aplicadas.

Mérito da pretensão punitiva estatal

Anote-se, por oportuno, que a sentença não foi objeto de recurso pelas defesas dos réus condenados, LUIZ DURIGAN e GILBERTO DE SOUZA ROHDEN, sendo certo que a materialidade e a autoria do delito restaram suficientemente demonstradas no feito.

No particular, destaco os seguintes trechos da sentença, especialmente em razão das teses suscitadas pela defesa de LUIZ, em suas contrarrazões:

A materialidade restou demonstrada pelos seguintes documentos: a) Termo de Vistoria/Notificação (fls. 15), b) Contrato de Depósito (fls. 16-23), c) Recibo de Depósito (fls. 128), bem como pelos termos de declarações de fls. 70-71, 94-96, 111, 112, 117-118, 141-142.

Segundo fls. 15, a vistoria realizada pela CONAB apurou o desvio de 1.313.025 kg de fécula de mandioca, safra 93/94 em poder da empresa Amidos Modificados do Brasil Ltda.

Tudo isso estava atrelado ao contrato de depósito de fls. 16-23, o qual atesta o armazenamento de parte dos estoques governamentais vinculados à política de preços mínimos de produtos agrícolas (AGF - Aquisição do Governo Federal), a CONAB (Companhia Nacional de Abastecimento) celebrou, através do processo nº 236/92 II, em 16.08.1995, contrato de depósito (constante às fls. 10-16), com a Empresa AMIDOS MODIFICADOS DO BRASIL LTDA, CGC/MF nº 00.632.287/0001-08, inscrição estadual nº 28287660-0, situada na Rodovia BR 376, Km 118, Gleba Vitória, Ivinhema/MS.

Em virtude desse contrato, a empresa depositária, mediante remuneração, se responsabilizaria pela guarda, conservação e entrega do produto estocado, quando requerido, detendo 1.313.025 kg de fécula de mandioca pertencentes à União sob seus cuidados.

Todavia, através de fiscalização procedida em 24/03/1997, por fiscais da Companhia Nacional de Abastecimento em armazém da empresa mencionada, foi constatado o desvio integral da fécula de mandioca lá depositada (conforme Nota Fiscal e Termo de Notificação e Vistoria de fls. 14-15).

Igualmente, a autoria de LUIZ DURIGAN e GILBERTO DE SOUZA ROHDEN é inconteste. O acusado LUIZ DURIGAN *confessou* a autoria do delito na fase extrapolicial, fls. 70-71, quando afirmou que todo o estoque de 1.313 toneladas foi reprocessado e reembalado pela empresa, sendo depois comercializado, havendo uma perda de 30% a 40% na quebra do produto e que a decisão de comercializar os produtos depositados foi de todos os sócios, conforme constatado pela CONAB, através dos termos de notificação/vistoria.

O acusado GILBERTO DE SOUZA ROHDEN *confessou* a autoria do delito na fase extrapolicial, fls. 94-96, afirmando que foi sócio da AMIDOS MODIFICADOS DO BRASIL LTDA, no período compreendido entre 01/12/1994 a 25/11/1997; que decidiram vender o produto; acompanhou a fiscalização da CONAB que constatou a ausência dos produtos, tendo ficado ciente do seu resultado.

Em juízo o acusado LUIZ DURIGAN atesta que “realmente foram feitas reuniões para que fosse resolvida a situação com a CONAB, reuniões essas das quais participaram todos os que são acusados pela denúncia.”

Em juízo, o acusado GILBERTO, *confessou* afirmando “que o produto iria vencer, e que avi-

saram a CONAB, daí os sócios resolveram substituir o produto. Quando vieram fiscalizar, o produto já estava substituído por produto novo. Todos os sócios concordaram, mandaram cartinha antes de vencer e a CONAB nunca responderam. Trocaram os produtos depois de vencido o produto há mais de um ano. Foi reprocessado o produto vencido por ração e adubo, sendo que sobre isso não foi informado a CONAB. Ela virou outro produto, por isso foi reposto por outro produto. Foi uma super safra. A quantia é a mencionada na denúncia.”

Do mesmo modo, o contrato social de fls. 41-51 dos autos, nos revela que os acusados LUIZ DURIGAN e GILBERTO DE SOUZA ROHDEN ao tempo dos fatos constavam como sócios-gerentes da empresa.

Dessa forma, a responsabilidade penal dos administradores ou sócios-gerentes está consubstanciada tanto na prática do fato delituoso como na permissão de sua ocorrência, quando presente a obrigação e a possibilidade concreta de evitar o ilícito.

[...]

LUIZ e GILBERTO sustentam a ausência de dolo específico por parte dos acusados, pois eles não teriam o desiderato de prejudicar a CONAB.

Ora, o elemento subjetivo do crime de apropriação indébita é o dolo genérico, bastando, para a consumação do crime, a simples inversão do ânimo da posse para o de proprietário. Quando os acusados dispuseram da fécula de mandioca armazenada em seu armazém realizaram o tipo penal.

Não há que se perquirir especial intenção de ânimo do agente, ou objetivo que se encontra “mais além” do puro resultado ou produção da objetividade típica. [...]

No caso dos autos, o Ministério Público Federal demonstrou que os acusados LUIZ e GILBERTO tinham a consciência da ilicitude de sua conduta quando os próprios acusados confirmam que acabaram substituindo os grãos de que eram depositários por outro produto.

Em defesa prévia, GILBERTO DE SOUZA ROHDEN alega que não há ilícito penal. Isto porque a CONAB não retirou o produto que foi colocado à disposição àquela época. Este argumento não tem o condão de afastar a tipicidade penal, tendo em vista que conforme delineado acima o dolo está comprovado nos autos no sentido de que o produto depositado foi vendido sem anuência ou previsão legal entre a empresa e a CONAB.

Em alegações finais, a defesa do réu LUIZ DURIGAN sustenta a atipicidade da conduta descrita na inicial acusatória, nos moldes da previsão do art. 168 do CP, devido à fungibilidade do produto (fécula de mandioca), sustentando a tese de que os bens fungíveis, não são passíveis de apropriação indébita. Entende que o depósito irregular é regido pelas regras do mútuo, devendo ocorrer a restituição não da mesma res, mas sim dos bens na mesma qualidade e quantidade, sendo, pois, inviabilizada a configuração típica do crime de apropriação indébita, em caso de venda desautorizada de grãos sujeitos a um contrato cujo nomen juris é depósito. No entanto, a natureza civil do contrato, in casu, não exclui, por si só, a ocorrência de ilícito penal, uma vez que tais fatos ganham peso na conduta delituosa do réu, não podendo esta ser afastada, com o contrato de depósito ainda que de coisa fungível. [...]

Sobre a possibilidade de depósito de coisa fungível configurar a apropriação indébita, vale conferir os seguintes julgados, verbis:

a) “(...) A conduta de dispor da mercadoria confiada em depósito, como se proprietário fosse, com a inversão do animus exercido sobre a coisa, configura, em princípio, crime de apropriação indébita. Mesmo que o ilícito civil tenha sido reparado com indenização do equivalente da mercadoria faltante em dinheiro, o depositário infiel não fica eximido de responder criminalmente, pois a natureza civil do contrato não exclui, por si só, a ocorrência do ilícito penal” (RT 787/717).

b) “Apropriação indébita. Coisa fungível. Admissibilidade. Recebimento em depósito para armazenagem e beneficiamento. Cessão para consumo ou transmissão da propriedade não configurada. Falta de devolução que caracteriza em tese o delito. Justa causa para a ação penal. (...) Depósito de sacas de arroz para armazenagem e beneficiamento. Sem caracterizar

cessão para consumo, nem transmissão de propriedade, não exclui, em tese a tipicidade do delito de apropriação indébita” (RT 620/378).

Não se sustenta igualmente a alegação de inexistência do crime aventada pela defesa de DURIGAN, por falta de requerimento da CONAB para devolução. Ora, a previsão é contratual, e esta foi descumprida, não desnaturando a tipicidade da conduta pelo motivo levantado.

Quanto à alegação de que a Conab contribuiu para a ocorrência do crime, sustentado pela defesa de LUIZ DURIGAN, tal não é justificável, pois a conduta delitiva é independente da conduta do réu. Basta a posse com “animus” de propriedade, com a consequente não devolução do produto depositado.

Outra questão levantada pela defesa do réu GILBERTO de que transferiu as cotas para o senhor TITO, consoante contrato de fls. 52-54, vê-se que é datado de 25/11/1997, e o fato atribuído ao réu em tela refere-se às safras dos anos 1993/1994, conforme contrato de depósito de fls. 16-22, datado de 16/08/1995, cuja notificação de descumprimento se deu em 07/04/1997, ocasião em que ostentava a qualidade de sócio-gerente. Portanto, ainda, que tenha transferido suas cotas sociais para outro titular, na seara penal, continua respondendo pelo delito praticado na época correspondente. Caso assim não fosse, seria fácil a qualquer cidadão “vender” sua liberdade em troca de dinheiro fácil, bastando para tanto que outra assuma a sua responsabilidade diante do contexto penal. A responsabilidade penal é personalíssima e intransferível. De outra parte, cumpre registrar ser aplicável, na espécie, a majorante descrita no art. 168, 1º, III, do Código Penal, verbis:

“A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: (...) III - em razão de ofício, emprego ou profissão”.

Com efeito, a jurisprudência define ser majorada a apropriação sempre que o agente recebe a res para finalidade relacionada a seus misteres ou, como ocorre no caso em tela. In casu, o contrato de depósito foi realizado em razão da profissão dos acusados, sócios-gerentes de uma empresa que se dedica a armazenar grãos, AMIDOS MODIFICADOS DO BRASIL LTDA, o que lhe conferiam maior dever de fidelidade para com a empresa depositante. - grifos no original

Dosimetria

Em seu recurso de apelação, o Ministério Público Federal pugna pela fixação da pena-base no máximo legal (quatro anos de reclusão) e pela redução da atenuante da confissão espontânea para a fração de um sexto.

Aduz, em prol do pleito recursal que:

Não obstante, as penas fixadas devem ser majoradas e fixadas definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, em face do gravíssimo prejuízo dolosamente causado pelos apelados, os quais não puderam ser sequer recuperados pela CONAB por meio de ação de depósito, conforme acórdão prolatado, que afastou o prazo prescricional relativo à relação contratual vintenário do Código Civil de 1916 e aplicou o prazo prescricional de 3 (três) meses na pretensão de indenização relativa a depósitos em armazéns gerais, fundamentado no decreto n. 1.102/1903 (autos n. 0001402-07.1998.4.03.6002) do contrato firmado com os apelados, havendo evidente interesse processual de que não ocorra prescrição da pretensão punitiva estatal, o que concretizará apenas se a sentença for fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos, a fim de que seja possível a devolução dos valores aos cofres públicos por força dos efeitos extrapenais da sentença condenatória, os quais se dissipariam com a declaração de extinção da punibilidade dos apelados. - grifo no original

É certo que o Código Penal não estabelece patamares de elevação em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais previstas em seu art. 59, de modo que, em tese, é possível

o incremento da pena-base até mesmo ao seu limite máximo em razão da existência de uma única circunstância considerada desfavorável, desde que o magistrado decline, de forma fundamentada, o motivo de tal exasperação. Sobre o tema, confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *“A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito”*. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). No presente caso, em relação ao quantum de exasperação na primeira fase da dosimetria, não há desproporção na reprimenda-base aplicada, porquanto existe motivação particularizada, vinculada à discricionariedade e à fundamentação da r. sentença, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

IV - Em relação à fração da tentativa, observa-se que as instâncias ordinárias destacaram a adequação da fração mínima aplicada, levando em conta o critério do iter criminis, que foi substancialmente percorrido e chegou muito próximo da consumação, uma vez que o paciente: “acertou a vítima com dois tiros, um na região axilar, outro na região do abdômen, tendo percorrido os atos executórios à integralidade. Por outro lado, entendo que também deve ser sopesada, neste quesito, a proximidade de violação ao bem jurídico protegido (a ofendida correu risco de morte). Assim, dadas as peculiaridades do caso, correta a redução da reprimenda no patamar de 1/3 da pena.” Portanto, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera idôneo, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do iter criminis percorrido. Ademais, a alteração da fração correspondente à tentativa exigiria o reexame do iter criminis percorrido pela agente, o que é inviável nesta sede, de cognição sumária, onde é vedado o exame aprofundado das provas. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 426.444/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018) -grifei

No entanto, no caso concreto, a pena-base não comporta revisão.

Na hipótese, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão, para ambos os réus, diante da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais (art. 59, do Código Penal): as circunstâncias e consequências do crime.

A exasperação foi assim fundamentada:

As circunstâncias do crime são muito fortes, pois LUIZ DURIGAN lesou a política de preços mínimos do governo federal, usada para regular um produto alimentar que serve à população brasileira como um todo.

As consequências do crime foram nefastas pois o acusado lesou a política de preços mínimos

do país em 1.313.025 kg de fécula em relação à safra 93/94, gerando um prejuízo em números atuais (cotação, na saca de 25 kg, em 65,00) cerca de 3.413.865,00. E num país em que milhões passam fome, a conduta de LUIZ ganha relevo por impedir a regulação de um preço do produto que poderia estar na mesa de milhares de pessoas.

Assim, considerando especialmente as circunstâncias e as consequências do crime, fixa-se a pena-base em 03 anos de RECLUSÃO.

De se ver que, considerando o intervalo em abstrato das penas cominadas ao delito (01 a 04 anos de reclusão), as circunstâncias judiciais desfavoráveis foram concreta e razoavelmente ponderadas, inexistindo razão jurídica para a exasperação em patamar ainda mais elevado.

Destaco, no particular, como bem salientou a DPU, em sede de contrarrazões, que o fundamento invocado pelo órgão ministerial, no sentido de que a exasperação seria necessária para o fim de evitar a prescrição da pretensão punitiva estatal e possibilitar, em tese, o ressarcimento do Erário em ação de reparação *ex delicto*, carece de embasamento legal e, portanto, não pode ser acolhido, sob pena de se punir os acusados pela inércia do Estado, impingindo-lhes reprimendas mais graves do que as devidas apenas para evitar a extinção da punibilidade por morosidade à qual sequer deram causa.

Da mesma maneira, o Código Penal, em relação à dosimetria da pena, não fixa percentuais de diminuição relacionados às atenuantes genéricas, cabendo apenas ao magistrado a avaliação do *quantum* a ser empregado.

Na pertinente lição de Cezar Roberto Bitencourt: “o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz” (Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 583).

A propósito do tema, colaciono os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2o, do Código de Processo Penal.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE CONFISSÃO QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE TESES QUE VISAM ATENUAR A RESPONSABILIDADE DO AGENTE. IRRELEVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65. III, d, do Código Penal, se os fatos narrados pelo autor influenciaram a convicção do julgador. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

2. A redução ou o aumento da pena deve observar critérios de proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime.

3. Na falta de critérios legais, a jurisprudência tem adotado a fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base para aumentar ou reduzir a pena em razão das circunstâncias agravantes ou atenuantes. A utilização de fração superior depende de motivação concreta e idônea, o que não ocorre na espécie em relação à confissão qualificada apresentada.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena da paciente, em relação ao delito de homicídio qualificado, em 16 (dezesseis) anos e 03 (três) meses de reclusão. (STJ, 5ª Turma, HC 450201 / SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 28/03/2019) - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO CONTRA ENTEADA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA. LIMITES DA PENA-BASE COMINADA. AGRAVANTES. FRAÇÃO. EXASPERAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. ATENUANTE INOMINADA DO CRIME DE ESTUPRO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. As matérias não apreciadas expressamente pelo Tribunal de origem não podem ser conhecidas por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Como cediço, “consoante o disposto no art. 68, caput, do CP, que a aplicação da pena é constituída de três fases distintas: (...) Para as duas primeiras fases, deve-se observar os limites mínimo e máximo cominados; somente exsurge a possibilidade de diminuição ou de elevação da pena aquém de seu mínimo legal ou além do máximo quando da terceira etapa da aplicação da reprimenda” (AgRg no AREsp 437.391/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 2/4/2014).
4. *O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Todavia, a aplicação de fração diversa de 1/6 exige motivação concreta e idônea, como no caso.
5. Olvidada a atenuante inominada, reconhecida pelo júri, em grau de apelação, deve ser redimensionada a pena.
6. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena total em 21 anos de reclusão.
(STJ, 5ª Turma, HC 219354 / MS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 19/03/2019) - grifei.

Na hipótese, a redução fixada na origem, na fração de 1/3 (um terço) está devidamente fundamentada, em patamar razoável e proporcional, diante das peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, o i. magistrado sentenciante reconheceu que a confissão dos réus foi “*crucial para fundamentar o édito condenatório*” e, por isso, justificou a fixação da atenuante na fração de um terço.

Anote-se que, em casos como os dos autos, em que o delito é praticado no seio de pessoa jurídica, a confissão dos acusados, que reconheceram sua responsabilidade sobre a gestão da empresa e sobre os fatos descritos na denúncia, ganha maior relevo, pois o ordinário é que os sócios busquem se ocultar da responsabilização penal, implicando-se entre si ou a terceiros, para se tentar se eximir da culpa pelos crimes praticados por meio da sociedade empresária e obstaculizando a apuração da verdade dos fatos.

Não se deve olvidar, ademais, que a fração de um sexto é aquela ordinariamente aplicada para atenuação da pena, inclusive nas hipóteses de flagrante delito, nas quais a confissão do réu detém importância significativamente menor na elucidação dos fatos. Assim, a fração eleita em primeiro grau se mostra razoável e ponderada, no caso concreto, merecendo ser mantida.

Na terceira fase da dosimetria da pena, incide a causa de aumento prevista no art. 168, §1º,

III, do Código Penal, nos termos já destacados da sentença apelada, à fração fixa de um terço.

Assim, a pena fixada na sentença de primeiro grau resta integralmente mantida.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial.

É como voto.

Desembargador Federal **JOSÉ LUNARDELLI** - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0005750-91.2014.4.03.6104

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelados: ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO, JOSE ADRIANO CINTRA E JOÃO CARLOS COSTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2019

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO OVERSEA. TIPICIDADE DA CONDUTA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1. O escopo do crime de organização criminosa é mais abrangente que o do delito de associação para o narcotráfico, restando este abarcado por aquele quando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 1º da Lei nº 12.850/2013. Há, entre as figuras típicas, uma relação de conteúdo e continente.

2. Não é a mercancia de drogas que define a tipicidade da conduta do agente, mas as especificidades do caso concreto que determinarão a classificação jurídica do fato, que pode, em tese, consubstanciar os crimes de associação criminosa (CP, art. 288), associação para o tráfico (Lei nº 11.343/2006, art. 35) ou organização criminosa (Lei nº 12.850/2013, art. 1º).

3. No que toca à pluralidade de agentes, o concurso de quatro ou mais pessoas está atendido desde que demonstrada a existência de vínculo associativo estável e permanente entre quatro integrantes, no mínimo, sendo que nesse número podem ser considerados, inclusive, os agentes não identificados ou isentos de pena.

4. O delito do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 é autônomo em relação às infrações penais efetivamente cometidas pela organização criminosa, de modo que o perfazimento de um não repercute na configuração do outro. Por isso, se for o caso, o agente será apenado de forma individualizada por cada um dos crimes perpetrados.

5. Materialidade, autoria e dolo do delito comprovados em relação a um dos réus. A estrutura criminosa era composta por três células - *Gold*, *Porto de Santos* e *Mogi* - que dividiam entre si as tarefas necessárias à execução dos crimes, especialmente de tráficos de drogas, e a obtenção de vantagens. Além disso, a organização mantinha conexão com outras organizações criminosas, dentre elas a facção denominada PCC e outros grupos sediados no exterior.

6. Tudo indica que os demais acusados praticaram crimes autônomos de tráfico de drogas, por vezes em parceria com agentes que compunham a organização em exame, mas não se pode afirmar, com segurança, que eles a integrassem (CPP, art. 386, VII).

7. Pena-base majorada considerando as graves circunstâncias do crime e a acentuada culpabilidade.

8. Reconhecida a circunstância atenuante da confissão. Redução da pena em 1/6 (um sexto).

9. Incidência das causas de aumento de pena previstas nos incisos IV e V do § 4º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013, no patamar de 1/2 (metade), uma vez que se trata de

organização criminosa transnacional, que mantinha conexão com outras organizações independentes. A organização criminosa possuía alcance no fornecimento de drogas de países da América do Sul, como Bolívia e Colômbia, e exportava a droga, via Porto de Santos, principalmente para o continente europeu, onde se encontravam as equipes de recebimento da substância ilícita, as quais, por certo, encarregavam-se da revenda e redistribuição ao consumidor final.

10. Não há que se confundir a circunstância da transnacionalidade da organização criminosa *per si*, prevista no art. 2º, § 4º, V, da Lei nº 12.850/2013, com a definição de organização criminosa, estabelecida no art. 1º, § 1º, da aludida Lei, que se caracteriza pela prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, circunstância elementar do tipo penal do art. 2º da mesma Lei.

11. O regime adequado ao início do cumprimento da pena é o fechado, pois, apesar do montante da pena aplicada ser inferior a 8 (oito) anos, os critérios que determinaram a exasperação da pena-base justificam a imposição de regime mais gravoso (CP, art. 33).

12. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação para alterar o fundamento da absolvição de ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO e JOÃO CARLOS COSTA para o art. 386, VII, do Código de Processo Penal e condenar JOSÉ ADRIANO CINTRA à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de $\frac{1}{2}$ (metade) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 2º, § 4º, IV e V, da Lei nº 12.850/2013, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2019.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face da sentença proferida pela 5ª Vara Federal de Santos/SP (fls. 489/497), no âmbito da denominada *Operação Oversea*, que absolveu ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO, JOSÉ ADRIANO CINTRA e JOÃO CARLOS COSTA da imputação da prática do crime de organização criminosa, previsto no art. 2º, § 4º, IV e V, da Lei nº 12.850/2013, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

A denúncia (fls. 9/27), recebida em 22.07.2014 (fls. 29/31), narra a existência de uma organização criminosa estruturalmente organizada por células - *Gold, Porto de Santos e Mogi* -, com funções específicas, todas voltadas à obtenção de vantagens decorrentes da prática reiterada de crimes, notadamente de tráfico transnacional de drogas, em conexão com outras organizações criminosas.

A organização criminosa atuava como distribuidora, em grande escala, de cocaína na

Europa, transportando, via porto de Santos, a droga camuflada em contêineres. O grupo criminoso era composto por dezenas de pessoas, parte deles mencionado na denúncia, todos com funções estabelecidas, que compreendiam desde a compra da droga até a sua entrega no destino final. A logística que envolvia esse processo e as 21 (vinte e uma) apreensões realizadas ao longo das investigações estão mencionadas na peça acusatória.

Segundo consta:

ADRIANO, vulgo Fernanda, é parceiro direto e sobrinho do investigado Antonio Carlos Rodrigues, prestando auxílio em abastecer a quadrilha de Gold [João dos Santos Rosa] de entorpecente de alta qualidade para exportação. Assim como Claudinei Santos (Vera), ADRIANO exerce papel secundário na organização criminosa, sendo acionado nos momentos em que o entorpecente está para chegar às mãos da quadrilha ou quando precisa ser movido de local, auxiliando no transporte. Além disso, está envolvido nos tráficos catalogados nos eventos 8 e 14.

JOSÉ ADRIANO, vulgo Sobrinho ou Jesus, é traficante de drogas e intermediário entre a quadrilha de Gold e outros fornecedores. Declara-se funcionário de Rolin Gonzalo Parada Gutierrez (ou Ivan Fabero Menacho), o Federe, executando serviços e articulando a venda de entorpecente em nome deste. Além disso, está envolvido nos tráficos catalogados nos eventos 12 e 14.

JOÃO CARLOS, vulgo El Jango ou Django, participou do evento 12, sendo que foi enviado à Espanha para articular o recebimento da droga, a mando de Federi, e assumiu a responsabilidade da intermediação do envio da droga (...).

A sentença foi publicada em 21.11.2014 (fls. 499) e o MPF opôs embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 555/562).

O MPF apelou, argumentando que a organização criminosa, da qual fazem parte os denunciados envolve 38 réus identificados, além de outros não identificados. Quanto aos réus identificados, foram oferecidas seis denúncias pelo crime de participação em organização criminosa, classificadas em célula A, B, C, D, E e F, em processos distribuídos por dependência aos autos nº 0002800-46.2013.4.03.6104.

Esclarece que essa divisão deu-se com base no princípio da duração razoável do processo e sublinha que este feito é apenas parte do todo, que deve ser levado em consideração no julgamento. Aduz que:

(...) como se sabe, em toda a grande organização, nem todos tinham contato direto e pessoal com todos. Ao contrário, em uma organização com cadeia de comando clara e definida, é “parte do negócio” que cada um tenha contato apenas com os integrantes diretamente a eles ligados, seja para manter o respeito à imposta hierarquia, seja para garantir a longevidade do engenho criminoso, evitando que com a prisão de um dos criminosos, por exemplo, ele possa delatar toda a “cadeia produtiva”.

Sustenta o MPF, ainda, que, embora a Polícia Federal tenha dividido a organização em três células (Célula Gold, Porto de Santos e Mogi), o fato é que essas células integram uma mesma organização criminosa, a qual, de tão organizada, segmenta a atuação de seus integrantes em funções delimitadas e com bases geográficas distintas. Assevera que os réus mantinham entre

si e/ou por meio de outros integrantes da organização o devido contato e estabeleceram, com isso, estável organização criminosa, nos termos da figura típica denunciada.

Descreve a investigação criminal e as provas colhidas na fase pré-processual, bem como a participação e a função de ADRIANO, JOSÉ ADRIANO e JOÃO CARLOS na organização criminosa. Menciona, também, os 21 eventos, isto é, as apreensões de drogas e valores ocorridas durante a investigação criminal (fls. 580/614).

Contrarrazões recursais apresentadas pelos réus JOÃO CARLOS (fls. 674/697), ADRIANO (fls. 699/749) e JOSÉ ADRIANO (fls. 755/763).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso (fls. 770/775).

A Delegacia de Polícia Federal em Santos/SP requereu, por intermédio da autoridade policial subscritora do ofício nº 2458/2019, a manutenção da posse e utilização do veículo Toyota, modelo Hilux, placas EJC7555, apreendido em poder de ADRIANO (fls. 842/844).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da sentença proferida pela 5ª Vara Federal de Santos/SP, no âmbito da denominada Operação Oversea, que absolveu ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO, JOSÉ ADRIANO CINTRA e JOÃO CARLOS COSTA da imputação de prática do crime de organização criminosa.

Preliminarmente, anoto que os fatos descritos na denúncia amoldam-se ao tipo penal do art. 2º, § 4º, IV e V, da Lei nº 12.850, de 02.08.2013, não sendo o caso de readequação típica, sugerida na sentença, para o crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

O escopo do crime de organização criminosa é mais abrangente que o do delito de associação para o narcotráfico, restando este abarcado por aquele quando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 1º da Lei nº 12.850/2013. Há, entre as figuras típicas, uma relação de conteúdo e continente.

Com efeito, não é a mercancia de drogas que define a tipicidade da conduta do agente, mas as especificidades do caso concreto que determinarão a classificação jurídica do fato, que pode, em tese, consubstanciar os crimes de associação criminosa (CP, art. 288), associação para o tráfico (Lei nº 11.343/2006, art. 35) ou organização criminosa (Lei nº 12.850/2013, art. 1º).

Em regra, destaca-se na organização criminosa a hierarquia estrutural, o planejamento empresarial, o uso de recursos tecnológicos, o recrutamento de pessoas, a divisão de funções e tarefas, a sofisticada logística da conduta ilegal, a demarcação territorial das atividades ilícitas, a conexão local, regional, nacional e internacional com outras organizações, com o fim de obtenção de vantagem de qualquer natureza. Trata-se da lógica empresarial voltada ao cometimento de crimes. Essa é a hipótese retratada nos autos.

No que toca à pluralidade de agentes, consistente no concurso necessário de “4 (*quatro*) ou mais pessoas” (Lei nº 12.850/13, art. 1º), algumas considerações se fazem necessárias.

O preenchimento desse requisito está atendido desde que demonstrada a existência de

vínculo associativo estável e permanente entre quatro integrantes, no mínimo, sendo que nesse número podem ser considerados, inclusive, os agentes não identificados ou isentos de pena.

Isso significa dizer que, para a caracterização do crime, sob a ótica subjetiva, basta a comprovação da existência de quatro sujeitos associados, ainda que a qualificação de parte deles não tenha sido devidamente apurada ou, então, que algum membro seja isento de pena. Nesse contexto, mostra-se descabida a atipicidade que serviu de substrato à absolvição dos corréus. Da sentença, extraio o seguinte trecho:

Na espécie, verifica-se que a denúncia foi ofertada apenas em desfavor de três pessoas, o que de pronto faz emergir, de forma incontestada, o não aperfeiçoamento das condutas descritas ao tipo incriminador previsto na lei especial (Lei nº 12.850/2013).

(...)

Caso o fato descrito na denúncia não se aperfeiçoe a uma descrição abstrata da lei à luz das provas colhidas sob o manto do contraditório, não há tipicidade, como ocorre no caso, visto não comprovado o elemento necessário à configuração do crime relativo à plurissubjetividade.

A elementar relativa ao número de agentes está inequivocamente atendida. Conforme descrito na denúncia e comprovado nos autos, a organização criminosa era composta por dezenas de integrantes, a maioria identificada ao longo das investigações, sendo irrelevante, portanto, que, nestes autos, o polo passivo seja ocupado por apenas três indivíduos.

A denúncia, disposta em capítulos, descreve a existência de uma complexa organização criminosa, integrada por quase 40 (quarenta) pessoas. Aliás, conforme esclarecido pelo MPF, foi o elevado número de envolvidos que determinou o oferecimento de denúncias de forma fragmentada, com o objetivo de facilitar o processamento dos feitos e, consequentemente, preservar a duração razoável do processo.

A propósito, na sessão de julgamento realizada em 25.07.2019 referente à apelação criminal nº 0005744-84.2014.4.03.6104, esta Turma confirmou a condenação de João dos Santos Rosa, Angelo Marcos Canuto da Silva, Rodrigo Gomes da Silva, Claudinei Santos, Raimundo Carlos Trindade e Antonio Carlos Rodrigues como membros dessa mesma organização criminosa.

Feitas essas ponderações, passo ao exame do *mérito*.

Registro, antecipadamente, que a citação de pessoas que não compõem a denúncia, mas que supostamente estejam envolvidas na organização criminosa em exame é inevitável para a construção do julgamento. Isso não importa, todavia, nenhum juízo de valor aprofundado acerca da responsabilidade criminal daqueles que não integram o polo passivo deste feito.

As investigações iniciaram-se em 2013, a partir da informação (posteriormente comprovada) acerca da existência de um grupo criminoso bastante estruturado e especializado no narcotráfico internacional.

Consta a fls. 22/23 dos autos nº 0002800-46.2013.4.03.6104 o Memorando nº 04/2013-CH/GISE/RPO, de 15.01.2013, do chefe do Grupo de Investigações Sensíveis em Ribeirão Preto/SP - GISE/RPO/DPF/SR/SP, endereçado ao chefe do SIP/DPF/SR/SP, referente a informações sobre a atuação de organização criminosa na cidade portuária de Santos, o que deu origem às investigações realizadas pela Delegacia de Polícia Federal (DPF) em Santos, *in verbis*:

Senhor Delegado,

1. Chegou ao conhecimento desta Unidade de Análise que existe uma organização criminosa

na Baixada Santista voltada ao tráfico internacional de cocaína. A droga parte do Porto de Santos e o principal destino é a Europa.

2. O grupo se notabiliza pela divisão de tarefas entre seus membros, que desempenham funções como entregar a mercadoria nos navios, cooptar a tripulação dos mesmos para receber a droga em alto mar, armazenar os carregamentos na região de Santos antes de embarcá-lo, transacionar com os compradores europeus e com os fornecedores bolivianos, etc.

3. Há também pessoas ligadas ao grupo que fornecem informações sobre as rotas e os destinos dos navios, as mercadorias por eles transportadas, os importadores e exportadores, etc. Sua função é fazer o acompanhamento dos carregamentos de entorpecentes que são inseridos nos contêineres. Não recebemos informações sobre o envolvimento ou não dos importadores e exportadores com a organização, que podem ou não ter ligação com a organização criminosa.

4. A droga seria fornecida ao grupo por membros do alto escalão do Primeiro Comando da Capital. Uma pessoa conhecida pela alcunha de Gold seria o principal articulador do esquema e contaria com Juliana e Rita, que seriam responsáveis pela logística de transporte e de armazenamento da droga na baixada santista e também pela contabilidade da organização.

5. O principal responsável pela colocação da droga nas embarcações é uma pessoa que atende pelo nome ou codinome de Josias. Prestam-lhe auxílio nesta tarefa as pessoas de Carolina, Tânia, Amélia e Isabelly Vitória (todos nomes fictícios), que obtêm informações sobre as rotas dos navios e dos contêineres e são responsáveis pelo embarque da droga no seu interior. Este grupo possui contato com despachantes aduaneiros e seus auxiliares (ainda não indentificados), que são as pessoas que fornecem informações sobre o trajeto dos contêineres a serem utilizados pela organização.

6. O grupo conta com estrangeiros que retiram a cocaína dos contêineres nos países de destino. Alguns de seus membros trabalham embarcados e fazem parte da tripulação dos navios. As informações recebidas dão conta que este núcleo presta o mesmo tipo de “serviço” para outros traficantes.

7. *Gold* costuma encontrar-se com seus comparsas num lugar conhecido por “Hornet”, que seria uma empresa situada na Zona Leste de São Paulo. De lá, a droga é trazida para a baixada santista, onde fica armazenada até a chegada do momento de seu embarque nos navios.

8. Para furtar-se à ação da Polícia, o grupo não fala sobre assuntos ilícitos por meio da rede de telefonia comum. O principal meio utilizado para se comunicarem é o serviço Blackberry Messenger, ou BBM, software de troca de mensagens instantâneas por meio de telefones celulares da empresa RIM Networks, com sede no Canadá. Cada aparelho Blackberry possui um número “PIN” que é único e o distingue dos demais no serviço de mensagens da empresa.

Com base nas aludidas informações, foram realizadas as investigações, com a utilização de diversos e modernos meios legais de colheita de provas, que possibilitaram apreensões, em ocasiões distintas, de expressiva quantidade de cocaína, cerca de 2,7 toneladas, que tinham como destino portos da Europa, fundamentalmente.

A estrutura criminosa era composta por três células - *Gold*, *Porto de Santos* e *Mogi* - que dividiam entre si as tarefas necessárias à execução dos crimes, especialmente de tráficos de drogas, e a obtenção de vantagens. Além disso, a organização mantinha conexão com outras organizações criminosas, dentre elas a facção denominada PCC e outros grupos sediados no exterior.

Cada um dos núcleos era responsável por uma etapa, que compreendia desde as tratativas com os fornecedores bolivianos e colombianos, a remessa da droga ao Brasil, toda a logística de encaminhamento da cocaína até as imediações do Porto de Santos, sua colocação nos contêineres e, finalmente, nos navios. Os audaciosos planos do grupo exigiam de seus membros uma atuação profissional na execução de suas tarefas, visando impedir que a polícia

identificasse a logística criminoso arquitetada pelo bando.

A divisão dos investigados entre grupos considera tanto o local geográfico onde estavam baseados os criminosos (Baixada Santista, São Paulo e Mogi das Cruzes), quanto a principal atividade exercida por eles - a logística de remessa da droga para o exterior pelo Porto de Santos e a aquisição de substâncias entorpecentes de países da América do Sul, especialmente Bolívia e Colômbia, bem como sua venda e remessa para o exterior.

A *Célula Porto*, cujos indivíduos estavam situados na Baixada Santista, era responsável pela colocação da droga dentro de contêineres com o objetivo de exportação, por navios, para América Central, África e, principalmente, a Europa. Na *Célula Mogi*, os indivíduos estavam basicamente localizados na cidade de Mogi das Cruzes, adquiriam a cocaína e contratavam os serviços prestados por criminosos da *Célula Porto* para a sua remessa ao exterior. A *Célula Gold*, por sua vez, estava enraizada na zona leste da capital paulista e operava adquirindo cocaína, principalmente de bolivianos, dentre eles o de alcunha “Federi”, e de outros traficantes da cidade de São Paulo, a exemplo de “Xuxa”, bem como do narcotraficante localizado na cidade de Limeira/SP, apelidado de “Guaximi”, “Tico”. Além da aquisição da droga, a organização mantinha o esquema de exportação pelo Porto de Santos.

O elo entre os criminosos era o Porto de Santos, de onde a droga era escoada para outros países, principalmente situados no continente europeu. Nos países de destino, encontravam-se os criminosos que faziam o recebimento e redistribuição da cocaína. Daí o nome Operação Oversea.

Em 2013, supunha-se que a comunicação via BBM não era passível de interceptação e, por isso, foi o meio elegido pelos criminosos para a realização das tratativas dos crimes. Ocorre que, desde o final de 2012, já era possível o monitoramento dessas mensagens, o que foi determinante para o sucesso das investigações.

No período de 04.07.2013 a 27.03.2014, foram realizadas 21 (vinte e uma) apreensões de droga, sendo que cada uma delas foi catalogada com um número de evento.

No caso, encerrada a instrução processual, ficou suficientemente comprovado que JOSÉ ADRIANO integrava a organização criminoso retratada nos autos. Contudo, o mesmo não se pode afirmar em relação aos denunciados ADRIANO, vulgo “Fernanda” ou “Fióti”, e JOÃO CARLOS, vulgo “El Jango” ou “Django”.

O delito do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 é autônomo em relação às infrações penais efetivamente cometidas pela organização criminoso, de modo que o perfazimento de um não repercute na configuração do outro. Por isso, se for o caso, o agente será apenado de forma individualizada por cada um dos crimes perpetrados.

Nesse contexto, ao que tudo indica, ADRIANO e JOÃO CARLOS praticaram crimes autônomos de tráfico de drogas, por vezes em parceria com agentes que compunham a organização em exame, mas não se pode afirmar, com segurança, que eles a integrassem.

De acordo com a denúncia, ADRIANO teria um “*papel secundário na organização criminoso, sendo acionado nos momentos em que o entorpecente está para chegar às mãos da quadrilha ou quando precisa ser movido de local, auxiliando no transporte.*” Ele “*está comprovadamente envolvido na apreensão de 109 quilos de cocaína em 30/10/2013 (evento nº 8), bem como na droga que foi encontrada na residência de Rodrigo Gomes, em 06/01/14 (evento nº 14).*”

Quanto a JOÃO CARLOS, a denúncia narra, fundamentalmente, seu envolvimento com o tráfico transnacional retratado no evento nº 12.

Embora as testemunhas da acusação tenham afirmado que ambos integrassem a organização criminosa, não apontaram elementos que concretamente indicassem a existência de um vínculo associativo estável e permanente que os envolvessem. A prova documental colhida, igualmente, aponta o cometimento de crimes pontuais de tráfico de drogas, o que não é suficiente para caracterizar o tipo incriminador autônomo do art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

Já com relação a JOSÉ ADRIANO, vulgo “Jesus”, o cenário é absolutamente distinto.

O DPF *Osvaldo Scalezi Junior*, ouvido como testemunha, declarou ter trabalhado na Operação Oversea depois da sua deflagração, auxiliando na análise do material apreendido.

Disse que a organização era formada por três grandes núcleos, sendo dois deles responsáveis pela aquisição e remessa da droga e outro fazia a intermediação desse trabalho. As células tinham:

níveis hierárquicos definidos, com comando e distribuição de tarefas, como intermediação da aquisição de entorpecentes com fornecedores da região de fronteira ou com os países produtores, possibilitar meios de transportar esse entorpecente até a região da baixada santista e também providenciar compradores no exterior e esse papel de articulação com os responsáveis pela remessa [que ficavam] no porto de Santos.

Afirmou que a organização contava “*com uma organização pré definida*”, com determinação de tarefas pelos líderes, sendo que cada membro tinha uma função principal estabelecida. Essa era uma característica dessa organização.

Ao ser questionado sobre a participação de JOÃO CARLOS, disse que ele fazia parte da *Célula Gold*, servindo “*de ponte*” entre os fornecedores e os membros da organização que desejavam adquirir a droga (CD - fls. 281).

O DPF *Rodrigo Paschoal Fernandes*, autoridade policial responsável pelo caso, também prestou depoimento (fls. 281 - CD). Disse que se tratava de “*uma quadrilha organizada no sentido de utilizar o porto de Santos para mandar cocaína para a Europa, através de contêineres*”. Aduziu que o grupo era separado por células, sendo que os corréus faziam parte da denominada *Célula Gold*. A *Célula Porto* era composta pelo “*pessoal da baixada*”, que era responsável por toda a logística envolvendo a colocação das drogas nos navios. No final da operação, foi identificada também a *Célula Mogi*.

O DPF também detalhou o envolvimento de cada corréu. Disse que ADRIANO, que é sobrinho de Antonio Carlos Rodrigues, vulgo “Valeska”, indivíduo mencionado em diversas ocasiões durante as investigações. “*Ele [Adriano] tinha um papel mais secundário, ele transportava droga de um lugar para outro, levava recado para o resto da quadrilha*”.

Com relação a JOSÉ ADRIANO, afirmou que ele intermediou vários contatos entre o *Gold* com outros traficantes. Confessou sua participação na organização criminosa e em sua residência foram apreendidos US\$ 350.000 (trezentos e cinquenta mil dólares americanos), que ele próprio admitiu seriam utilizados como pagamento de drogas.

Quanto a JOÃO CARLOS, relatou sua participação no evento nº 12, mas salientou que seu envolvimento com a organização criminosa “*já vinha de muito tempo antes e continuou depois da apreensão*”, destacando que, em sua residência, foi apreendido o aparelho *blackberry* com o pin interceptado. O DPF destacou, ainda, o registro de um diálogo que comprova uma transferência bancária feita por JOSÉ ADRIANO em favor de JOÃO CARLOS.

Os réus foram interrogados e, à exceção de JOSÉ ADRIANO, refutaram qualquer envol-

vimento com o delito.

O acusado JOÃO CARLOS, residente em Dourados/MS, negou a prática do crime e afirmou que não teve contato com os demais corréus; que não conhece “Federi” e nunca esteve em Barcelona ou na Bolívia. Disse que suas irmãs residem em Portugal há muito tempo e que já foi visitá-las naquele país. Também disse que não chegou a usar o aparelho *blackberry* apreendido em sua residência, pois estava com defeito. Com relação aos depósitos constantes em seu extrato bancário, afirmou que se referiam aos pagamentos feitos pelos seus clientes (CD - fls. 281).

ADRIANO também negou os fatos a ele imputados. Disse que não era conhecido por “Fióti”, ressaltando que a utilização desse termo é bastante coloquial. Afirmou que seu tio Antonio Carlos Rodrigues não usava o *nickname* “Valeska” (CD - fls. 282).

Ao contrário dos outros, JOSÉ ADRIANO admitiu, de maneira irrestrita, sua participação no crime. Disse que usava o *nickname* “Jesus” e que, a pedido de Frederico, transmitia mensagens e recebia pessoas em sua residência, ciente de que as tratativas resultariam no envio de droga para o exterior.

Assumiu que a sua função era enviar as mensagens determinadas pelos bolivianos e, para tanto, ganhava R\$ 500,00 (quinhentos reais) mensais. Disse que por aproximadamente um ano desempenhou essas tarefas e que o dinheiro apreendido em sua residência (cerca de US\$ 350.000) pertencia aos bolivianos.

JOSÉ ADRIANO afirmou, ainda, que JOÃO CARLOS é o “El Jango” e que depositou R\$ 500,00 em sua conta porque ele estava passando por necessidades. Disse que não conhece o corréu ADRIANO e que não manteve contato com ele (CD - fls. 282).

A busca e apreensão realizada na residência de JOSÉ ADRIANO e as declarações prestadas por ocasião de sua prisão confirmam amplamente a sua responsabilidade criminal, conforme arquivo sts 11 dos autos nº 0004506-64.2013.4.03.6104.

Os consistentes depoimentos prestados por JOSÉ ADRIANO alinham-se às demais provas produzidas. Do relatório policial que sintetiza as investigações reproduzo os seguintes trechos (autos nº 0004506-64.2013.4.03.6104, fls. 433/445):

CÉLULA “GOLD”

111.9. JOSÉ ADRIANO CINTRA, nicknames SOBRINHO/JESUS

JOSÉ ADRIANO CINTRA é traficante de drogas e intermediário entre a quadrilha de GOLD e outros fornecedores. Declara-se funcionário de Rolin Gonzalo Parada Gutierrez (ou Ivan Fabero Menacho), o FEDERI, executando serviços e articulando a venda de entorpecente em nome deste.

Está comprovadamente envolvido em pelo menos duas grandes apreensões de cocaína feitas no curso desta operação (eventos nº 12 e 14). Está envolvido também nas negociações para exportação de cocaína dentro de uma máquina Caterpillar conforme demonstrado mais adiante. No evento nº 12, JOSÉ ADRIANO CINTRA intermediou os primeiros contatos estabelecidos entre João dos Santos Rosa e AUSTRÁLIA. Esteve à frente de toda a articulação do envio da droga para a Espanha, através de inúmeras mensagens contendo as informações de embarque e saída da droga entre os participantes da empreitada criminoso, conhecidos como GOLD, FEDERI, AUSTRÁLIA, KIKO, ROBERTO LULA e EL JANGO.

No dia 09/09/2013, conforme o que consta no RIP 1U os alvos GOLD e AUSTRÁLIA dão início à conversa, intermediada por JOSÉ ADRIANO CINTRA (JESUS), sobre o esquema de envio e retirada de droga na Europa:

ID: 12021

Pacote: BR CR-130410-007_047-2013_20130910003505jull.zip

Data / Hora: 09/09/2013 14:32:29

Direção: Originada

Alvo: João - GOLD(GOLD) - 2834ÍV36

Contato: José A. Cintra - JESUS(Jesus) - 266dOcaf

João: Meu amigo

Jesus: Oi pode fala amigo

João: Tem como falar com austrália

Jesus: Tem sim espera ai.

Jesus: Gold ele ia esta com nois!!

Grupo: José A. Cintra - JESUS(Jesus) - 266dOcaf, Australia(Australia) - 24e875f3

Austrália: Boa tarde

João: Boa tarde meu amigo

João: Você já tem algum lugar em vista te pergunto porque estava com meus amigos agora e las palmas voltou e esta tranquilo para mandar

João: Veja o que consegue e me avisa as meninas já estao na porta só esperando você dizer que pode

Austrália: Tranquilo

Austrália: Coloco pra la também

João: E geo tauro italia

Austrália: Tranquilo,

No dia 13/09, João dos Santos Rosa e José Adriano Cintra continuam a tratar do mesmo assunto. Na conversa é mencionado que o alvo AUSTRÁLIA está na terra onde Neymar (jogador de futebol brasileiro) está, ou seja, Espanha, para acertar os detalhes.

Data/Hora: 13/09/2013 15:06:19

Direção: Originada

Alvo: João - GOLD(GOLD) - 2834Í936

Contato: José A. Cintra - JESUS(Jesus) - 266dOcaf

João: Blz, será que você pode chamar austrália e ver se já conseguiu desenrolar.

Jesus: Chamei ele hoje amigo pois falo q na segunda ele vai fala p vc a onde vai ser.

Jesus: Ele esta na terra a onde o neymar esta jogando.

Jesus: P acerta os ultimo detalhe.

João: Ok, porque o pessoal já esta reclamando que não podemos ficar segurando nada dos outros entende

JOSÉ ADRIANO assumiu claramente sua função na mensagem do dia 14/11/13 em destaque adiante:

ID: 1623596

Data/Hora: 14/11/2013 19:06:57

Direção: Recebida

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24eK8ddl_im

Contato: Roberto - 40603h7e

Roberto: Novidades

Jesus: Tio neste momento esta falando com gold.

Jesus: Gold pediu ate este final de semana falo q vai manda.

Roberto: Falei com tio quando termina a conversa p ele me chama

Jesus: pois já falei p pessoal se td der certo vo cobra alto pois quem toco o piano sozinho foi eu quem coloco a cara p bate foi eu quem levo broca foi eu.

Roberto: Eu sei mas acho que vai dar certo tio me passou a conversa com gold

Alem disso, remetemos o leitor ao evento nº 12, onde se pode ver claramente que JOSÉ ADRIANO acompanhou a operação desde o início, sempre repassando informações e cobrando sua parte, mantendo diálogo frequente com todos os envolvidos na negociação.

JOSÉ ADRIANO inclusive recebeu do alvo AUSTRÁLIA (depois MEXICANO), fotos em que

constam as relações dos navios, nomes e datas de chegada, e do esquema de segurança do porto de Las Palmas, que depois repassou para JOÃO DOS SANTOS ROSA.

Após a apreensão da droga, o alvo ROBERTO LULA avisa JOSÉ ADRIANO (“JESUS”) sobre a droga deles que foi interceptada na Espanha, tratando a droga como “nossa”:

ID: 1855918

Data / Hora: 09/12/2013 19:12:58

Direção: Recebida

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24c88ddl_im

Contato: Dr. Red (Roberto LULA) - 40647018

Roberto (Lula): Cara a casa CAIU. La. Foi o que o tio me passou agora

Jesus: Não acredito foram em cima das coisas.

Roberto (Lula): Sim so da nossa

Roberto (Lula): Vou trocar de aparelho qualquer coisa marque com CB. Tchau

Ainda no dia 09, JESUS fala com a pessoa intitulada KIKO (Vanderlei) - um dos donos da droga - também sobre a perda da remessa de cocaína, denotando que tem profundo conhecimento do “serviço” de GOLD:

ID: 1857560

Data / Hora: 09/12/2013 20:06:18

Direção: Originada

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24e88ddl_im

Contato: Kiko (Vanderlei) - 266dlf6d

Jesus: Vc recebeu a noticia

Kiko: Sim

Jesus: P mim esta estranho amigo pois baixinho falo aquilo p mim e agora não consigo falar mais com ele

Kiko: Tudo que falar ele te\$ que provar

Jesus: Pois q eu entendi amigo foi q esto passando a vc.

Jesus: Nunca caiu um serviço do gold justo esse agora

E no dia 10/12 JESUS entra em contato com FEDERI para falar sobre a perda da cocaína, informando que iria trocar de aparelho blackberry:

ID: 1864449

Data/Hora: 10/12/2013 10:02

Direção: Originada

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24c88ddl_im

Contato: Ivan (F D) - 23639333

Jesus: Oi amigo bom dia

Jesus: Vc já soube da noticia

Ivan (Federi): Sim

Jesus: Amigo na outra semana eu vo troca de aparelho e passo o novo p vc.

Ivan (Federi): Ok

Já no evento nº 14, JOSÉ ADRIANO intermediou a venda de 49 tabletes de cocaína apreendidos em poder de CLAUDINEI SANTOS, que faz parte do entorpecente adquirido pela quadrilha de GOLD no mês de dezembro de 2013. Ele é o principal contato entre João dos Santos Rosa e a pessoa não identificada conhecida apenas como Xuxa, ou X.

Veja-se no diálogo abaixo que GOLD entra em contato com JESUS (JOSÉ ADRIANO CINTRA) para saber da droga que carrega o logotipo “Z”, e é informado que o amigo dele tem desse tipo porque recebe a droga no triângulo mineiro e depois manda para São Paulo. JOÃO (Gold) informa que pegou 300 (quilos de cocaína) do gordinho (FÁBIO FERNANDES, o “TIMÃO”):

ID: 1941637

Data/Hora: 19/12/2013 12:54:43

Direção: Originada

Alvo: João (Gold 2) - 2834f936_im

Contato: VIDA/JESUS - José A Cintra - 24c8Sddl

Gold: Este amigo seu tem sempre Z

Jesus: Acho q sim pois ele recebe no triangulo p. depois trazer p nossa cidade.

Gold: Ta bom te aguardo, sabe por que te perguntei da Z por que estou pegando 300 do gor-dinho hoje entende

Em seguida, JESUS chama GOLD para falar novamente sobre a droga que está sendo fornecida por TIMÃO. GOLD envia inclusive uma foto do logotipo da droga. (...)

GOLD também fala com JESUS sobre a negociação para compra da droga que será fornecida por XUXA. Vemos aí a participação ativa de JESUS nas negociações:

ID: 1967339

Data/Hora: 22/12/2013 15:18:31

Direção: Originada

Alvo: João (Gold 2) - 2834f936_im

Contato: VIDA/JESUS - José A Cintra - 24e88ddl

Gold: O sei amigo me chamou disse que chegou algo mas meu pessoal vai trazer din só na próxima semana

Gold: Se quiser deixar eu seguro ele disse que ia ver

Jesus: vamos espera p ver o q ele vai fala p vc qq coisa vc me chama q troco uma ideia com ele.

Jesus: E outra coisa amanha esto indo viaja p encontra aquele amigo q falei p vc p tenta arrumar um serviço p nos no começo do ano agora.

No dia 23/12, JESUS chama GOLD e chega até mesmo a oferecer dinheiro para que GOLD adquira a droga de XUXA:

ID: 1973408

Data / Hora: 23/12/2013 09:07:35

Direção: Recebida

Alvo: João (Gold 2) - 2834f936_im

Contato: VIDA/JESUS - José A Cintra - 24e88ddl

Jesus: Oi amigo bom dia.

Gold: Bom dia

Jesus: Amigo deixa eu fala esto falando com o amigo q ele me chama p conversa o menino da Z falo q não pode deixar q ele tem q manda o din de volta.

Gold: Ok amigo não tem erro sei como e mas semana que vem já chega din e vamos na luta

Jesus: O amigo vc não tem nada na mão de din?

Gold: Oi meu chegado por que ?

Jesus: Porque amigo eu tenho um pouco aqui e se vc tivesse o restante vc negava e depois na hrs q o cara paga vc me devolve.

Jesus: O q vc acha.

Gold: Passei no meu doleiro ontem só peguei 100 amigo

Gold: 100 verde

Jesus: Quanto q da 50!!

Gold: Pêra ai

Gold: Da 235 amigo

Na sequência, JESUS chama GOLD para intermediar e encontrar uma solução para a negociação da droga:

ID: 1975322

Data / Hora: 23/12/2013 19:59:52

Direção: Recebida

Alvo: João (Gold 2) - 2834f936_im

Contato: VIDA/JESUS - José A Cintra - 24e88ddl

Jesus: Oi amigo deixa eu fala esta resposta quando o seu amigo vai devolver.

Gold: meu amigo esta comigo o nosso doleiro vai trazer din na semana depois do ano novo!
Amigo analisa ai para não nos precicipar e ficar apertado ai pra você

Jesus: Amigo p mim tranquilo eu confio em vc pois vc ta ligado como e mulher ela esta com o pé meio atraz.

Gold: Amigo escuta a patroa vamos lazer assim na semana vai chegar bastante din nosso e o que chegar na mão do seu amigo pegamos tudo

Gold: Amigo você sabe que eu trabalhos m a verdade c não tenho coragem de passar ninguém para traz inclusive cara parceiro que nem você

Gold: Realmente estou precisando mas tenho que despachar 350 e ia tenho uma boa parte aqui

Jesus: Esguta ai, você conhece ele fala para ele segurar estes 100 que esta na mão e se não tiver chegado nada ia fica combinado para depois do ano novo

E, conforme vemos, JESUS entra em contato com XUXA para facilitar a negociação, possibilitando que o restante do pagamento fique para o início do ano de 2014.

ID: 1989306

Data / Hora: 26/12/2013 09:14:23

Direção: Originada

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24e88ddl_im

Contato: Xuxa - X (Deus Seja Louvado/Salomão) - 27f8388d

Jesus: Amigo esto falando com o gold aqui ele so esta com os 100 na mão ele esta perguntando se vc não segura p ele manda o restante depois do ano.

Jesus: Falo q pelo menos vc não fica com nada.

Xuxa: Se ele vim com o 100 ele vai leva o que os 100 der

Xuxa: Amigo falei com ele so k ele k pega tudo pra depois paga ai eu falei com o nego ele falo k assim não vira tendeu

Xuxa: Eu vou chega la nele depois agente se fala vê com o amigo se ele quiser traze os 100 pra pega umas 20 + ou menos ai eu ja passo pra ele tendeu

Mais adiante, após a prisão dos alvos GOLD, RITA e VERA, podemos observar que JESUS fala com XUXA sobre o pagamento da mercadoria, ainda sem saber que a droga foi apreendida. Note-se que nessa conversa são mencionadas “49 peças”, o número exato de tablets de cocaína encontrados no interior do veículo Jetta em um fundo falso:

ID: 2052035

Data / Hora: 06/01/2014 20:32:31

Direção: Recebida

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24e88ddl_im

Contato: Xuxa - X (Deus Seja Louvado/Salomão) - 27fK388d

Xuxa: O amigao tem como você pedi pró mano entrega essa moeda na sua mão pra amanha eu ja pega tem como faze isso faz favor

Jesus: Calma ai esto chamando ele aqui agora.

Jesus: Quanto tenho que pega??

Xuxa: Ele deu 140

Xuxa: Foi 49 peca

Jesus: Ok mais vc entrego p ele a qual valor, so esto perguntando p eu pega o valor certo p vc amigo.

Jesus: Qq coisa pego ate hoje p vc.

Xuxa: Amigao o preco quem falo foi você 480 pra mim tira 50 d cada p você não foi essas as ideia

Jesus: Não comentei nada p ele amigo de valor pois como vc falo q o negao não tinha liberado deixei queto, por isso q esto perguntando p vc amigo o q vc fecho com ele.

Xuxa: Não falei nada pra min e oque você falo

Xuxa : Amigo o menino chamo eu aqui falando se posso busca o negocio ai com vc.

Jesus: Mas eu não comentei nada, pois como estajo viajando pensei q vc tinha falado. Mais

fica tranquilo amigo qq coisa nos já fala p ele da próxima vez porque não sei se vc concorda como vamos fala p ele agora.

Xuxa: Fala oque amigo quem falo pra min o preço foi você eu so entreguei pra min e 4800 sendo k eu tenho k tira 50 pra você de cada uma isso você falo min

Logo, pela simples leitura dos diálogos protagonizados, não restam dúvidas do envolvimento de JOSÉ ADRIANO CINTRA com o tráfico internacional de entorpecentes.

Na residência de JOSÉ ADRIANO CINTRA foram apreendidos U\$350.540,00 (trezentos e cinquenta mil, quinhentos e quarenta dólares americanos) e o aparelho Blackberry PIN nº 2B08CA59, que consta dos terminais interceptados nesta operação com o nickname “Nas mãos de Deus”.

Neste aparelho foram encontradas várias fotos do maquinário Caterpillar que seria mandado para o porto do Cairo, no Egito, conforme informações já constantes dos RIP's nº15 a 22.

Na casa de [JOSÉ] ADRIANO também foram encontrados e ouvidos como testemunhas dois cidadãos estrangeiros, que estavam ali justamente para trabalhar na colocação de entorpecente na máquina Caterpillar, conforme inclusive ele próprio confirmou.

Nesta operação também estavam envolvidos os alvos RAIMUNDO CARLOS, ROLIN GONZALO PARADA GUTIERREZ (“FEDERI”) e VINÍCIUS DE SOUZA SANTOS (nicknames RAUL e RATÃO).

Em sede de interrogatório, JOSÉ ADRIANO CINTRA disse que os dólares apreendidos em sua residência não eram de sua propriedade, pois teriam sido entregues para ele por uma pessoa que conhecia apenas como “CARECA”, que conheceu através do BBM e sabia ser traficante.

Ele também disse ter sido esta a segunda vez que fez serviço para este tal

“Careca”, sendo que da primeira vê/ pegou com ele certa quantia em dinheiro e entregou para um tal “Felipe”. Segundo ele, em troca Felipe lhe deu 75 quilos de cocaína, que posteriormente foram entregues por JOSÉ ADRIANO CINTRA a Careca.

JOSÉ ADRIANO confessou que os estrangeiros que estavam em sua residência iriam mesmo colocar a droga na máquina Caterpillar para a exportação, mas aduziu que o serviço não foi concluído. Segundo ele, o compartimento onde as drogas seriam colocadas chegou a ser feito pelos colombianos que estavam em sua casa, e que eles receberiam dez mil dólares pelo serviço. JOSÉ ADRIANO confirmou que recebeu orientações de FEDERI pelo BBM para cuidar dos colombianos enquanto fosse necessário para concluir o serviço.

Informou já ter sido instado antes por FEDERI a mandar café para Corumbá/MS, para o destinatário IVAN FABERO MENACHO (nome falso utilizado por FEDERI).

JOSÉ ADRIANO informou que também contou com a ajuda de RAIMUNDO CARLOS TRINDADE para preparar a escavadeira para receber as drogas, e que ela estava na empresa GR LOG, que seria administrada por Vinício (trata-se de VINÍCIUS DE SOUZA SANTOS, o Raul ou Ratão).

(...)

JOSÉ ADRIANO confessou também que intermediou a negociação da droga que foi apreendida em Lãs Palmas em dezembro de 2013 (evento nº 12) entre GOLD e “AUSTRALIANO” ou “MEXICANO”, e que ganharia por isso a quantia de sete mil dólares, que não recebeu pelo fato da droga ter sido apreendida. (...)

As conversas mantidas evidenciam a perene ligação de JOSÉ ADRIANO com a organização criminosa. Ele estava sempre à disposição do grupo para conectar fornecedores de cocaína a possíveis compradores; articulava vendas, cobrava pagamentos, acomodava em sua residência integrantes estrangeiros, facilitava a comunicação entre os membros e compartilhava dados relativos aos embarques realizados.

Os acertos financeiros decorrentes dos serviços prestados à organização criminosa e os relativos aos delitos de tráfico executados por JOSÉ ADRIANO eram distintos, o que demonstra

a sua atuação independente como membro estável e permanente da organização, bem como participe eventual de delitos de tráfico de drogas.

No tocante aos demais acusados, o relatório final da autoridade policial traz os seguintes destaques (autos nº 0004506-64.2013.4.03.6104, fls. 427/433 e 445/450):

111.8. ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO, nickname FERNANDA

ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO é parceiro direto e sobrinho do investigado ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES, prestando auxílio em abastecer a quadrilha de GOLD de entorpecente de alta qualidade para exportação.

Assim como CLAUDINEI SANTOS (VERA), ADRIANO exerce papel secundário na organização criminosa, sendo acionado nos momentos em que o entorpecente está para chegar às mãos da quadrilha ou quando precisa ser movido de local, auxiliando no transporte. Está sempre em contato com JOÃO e ANGELO, conforme diálogos já transcritos acima, e é chamado pelos comparsas pelo apelido de “fiot”.

ADRIANO morava no mesmo condomínio fechado de alto padrão que seu tio ANTÔNIO CARLOS, tendo sido apreendido um veículo Toyota Hilux SW4 ano de 2009, que estava em nome de CLAYTON PINTO DOS REIS.

Em sede de interrogatório, ADRIANO negou ter sido usuário de BBM, e admitiu somente que conhecia ANGELO MARCOS CANUTO e JOÃO DOS SANTOS ROSA por terem sido apresentados por seu tio ANTÔNIO CARLOS.

Entretanto, suas conversas interceptadas demonstram que ele está plenamente envolvido nas negociações de tráfico.

ADRIANO está comprovadamente envolvido na apreensão de 109 quilos de cocaína em 30/10/2013 (evento nº 8), bem como na droga que foi encontrada na residência de Rodrigo Gomes, em 06/01/14 (evento nº 14) (...).

No evento nº 8 ADRIANO figura dono de parte da droga apreendida, juntamente com ANTÔNIO CARLOS e FÁBIO FERNANDES. Foi também o responsável por passar as informações a JOÃO, ANGELO e RODRIGO GOMES sobre a apreensão dos documentos e pen drive que estavam na posse de FÁBIO FERNANDES.

No dia 24/10, VALESKA fala com TIMÃO sobre o pagamento pelo serviço realizado de embarque da droga. Note-se que os alvos mencionam a participação de ADRIANO no episódio, aqui chamado por seu apelido “fiot”, o que causa inclusive certo atrito entre os interlocutores, visto que TIMÃO não concorda (...).

No evento nº 14, ADRIANO foi responsável por entrar em contato com Rodrigo Gomes para a entrega da droga encomendada pela quadrilha e negociada por Antônio Carlos, visto que este estaria viajando.

VALESKA fala sobre a participação de ADRIANO na negociação, aqui chamado pelo seu apelido “Fiot”, visto que ele fará uma viagem.

O pagamento é confirmado por Rodrigo Gomes, que fica de acertar com “FIOT” (Adriano) a entrega da droga. ANTÔNIO CARLOS (“Valeska”) ainda diz que vai deixar o BBM (Black) com ele para tal mister.

(...)

111.10. JOÃO CARLOS COSTA, nickname EL JANGO/DJANGO

A identificação de JOÃO CARLOS COSTA como usuário do nickname EL JANGO foi possível através das mensagens abaixo, quando ele falava com o alvo JOSÉ ADRIANO CINTRA, o “Jesus”, passando-lhe o número de sua conta no Banco Bradesco para que ele depositasse dinheiro para ele:

ID: 1604333

Data/Hora: 13/11/2013 11:30:08

Direção: Originada

Alvo: José A. Cintra (JESUS/VIDA) - 24e88ddl_im

Contato: El Jango - 2b29e420

Jesus: Amigo por favor passa a conta.

Jesus: Vo coloca 500

Jesus: Quando pega mais coloco o restante

El Jango: Ag 189-9

EI Jango: Conta 61 683 - 4

EI Jango: Bradesc

Jesus: Fala o nome

El Jango : E o meu

Jesus: P preenche o envelope

El Jango: Costa

Jesus: João costa

Jesus: Certo

JOÃO CARLOS COSTA está comprovadamente envolvido na apreensão do evento nº 12.

Ele foi enviado à Espanha para articular o recebimento da droga, a mando de FEDERI, e assumiu a responsabilidade da intermediação do envio da droga nas mensagens interceptadas em destaque adiante, em especial no dia 14/12, quando falou “Pois quero a minha parte”, se referindo ao trabalho prestado ao grupo narcotraficante. Confirmam-se os trechos de mensagens que incriminam JOÃO CARLOS: (...)

JOÃO CARLOS COSTA foi preso em sua casa, em Dourados/MS. Os materiais apreendidos durante a busca confirmam tudo o que expusemos até aqui.

Foi apreendido um aparelho BlackBerry cujo nº de PIN é 2b29e42(), o mesmo que estava sendo monitorado no período analisado. Foi apreendido, ainda, um orçamento de viagem para a Europa, cujos destinos (Lisboa e Madrid) e datas coincidem com o período em que ele esteve na Espanha, reforçando o já robusto conjunto probatório contra ele.

Em sede de interrogatório, JOÃO CARLOS COSTA negou ter sido usuário de BBM com o nickname Django ou El Jango, e negou também seu envolvimento com tráfico de entorpecentes. Alegou também que não conhecia JOSÉ ADRIANO CINTRA, o “Jesus”, e ao ser perguntado por que esta pessoa depositou R\$ 500,00 em sua conta no banco, limitou-se a responder apenas que “Não tem conhecimento da conversa”.

Embora os diálogos reproduzidos sinalizem que ADRIANO e JOÃO CARLOS tenham participado de alguns eventos catalogados, não se afigura suficientemente comprovado o preenchimento dos requisitos necessários à vinculação de ambos como integrantes da organização criminosa em análise. Falta, especificamente, a demonstração da estabilidade e permanência ínsitas à figura criminosa.

O cenário dos autos reflete, relativamente a ADRIANO e JOÃO CARLOS, supostas participações em delitos de tráfico de drogas, que, caso confirmadas em ações próprias, ensejarão suas condenações por cada crime autônomo cometido.

No tocante à organização criminosa, as provas existentes são insuficientes para alicerçar o decreto condenatório pretendido pelo MPF, o que enseja a absolvição de ambos, porém com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e não por atipicidade, como fez a sentença.

A situação é diferente quanto ao acusado JOSÉ ADRIANO. A análise das provas leva à conclusão de que seu envolvimento transcende os eventos 12 e 14 indicados na denúncia. JOSÉ ADRIANO tinha um papel estabelecido e significativo dentro da organização criminosa e, na condição de prestador de serviços relevantes ao grupo, recebia, mensalmente, uma contrapar-

tida financeira, conforme ele próprio relatou.

Como descrito na denúncia, a organização mantinha conexão com outras facções criminosas e alguns de seus membros também estavam ligados ao PCC, conforme informações obtidas por meio das interceptações e confirmadas por testemunhas. Além disso, a organização atuava em sincronia com grupos criminosos responsáveis pela recepção da droga nos portos de destino.

A propósito, no julgamento da apelação criminal nº 0005744-84.2014.4.03.6104, realizado por esta Corte em 25.07.2019, ficou mantido o reconhecimento de que a organização criminosa identificada na Operação Oversea contava com parceiros, igualmente estruturados, no vasto processo de logística que envolvia as operações criminosas realizadas pelo grupo.

A condenação individual de JOSÉ ADRIANO nestes autos como autor do delito não desatende a pluralidade subjetiva exigida pelo tipo penal, diante de todas as considerações realizadas preliminarmente ao mérito.

Assim, pela inarredável conclusão de que JOSÉ ADRIANO CINTRA, de forma consciente, integrava organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas, em conexão com outras organizações criminosas, provejo o recurso para condená-lo pela prática do delito previsto no art. 2º, § 4º, IV e V, da Lei nº 12.850, de 02.08.2013.

Passo à dosimetria da pena.

Na *primeira fase*, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, acima do mínimo legal, em razão das graves circunstâncias do crime e da acentuada culpabilidade.

A natureza e a imensa quantidade de cocaína que era objeto das transações realizadas pelo grupo criminoso, bem como a grande dimensão e poder de difusão da organização criminosa são reveladoras da significativa reprovabilidade da conduta, o que torna razoável a exasperação considerada.

Na *segunda fase*, não reconheço circunstâncias agravantes, porém reconheço a circunstância atenuante da confissão, pois o réu admitiu amplamente a prática do delito. Assim, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), salientando que essa fração alinha-se ao posicionamento firmado por esta Corte., de modo que a pena intermediária fica estabelecida em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na *terceira fase*, aplico as causas de aumento previstas nos incisos IV e V do § 4º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 no patamar de 1/2 (metade). Com efeito, a conexão com outras organizações criminosas independentes, assim como a transnacionalidade da própria organização ora examinada, representa sensível incremento da potencialidade lesiva da conduta delituosa.

Conforme fundamentado, a organização criminosa possuía alcance no fornecimento de drogas de países da América do Sul, como Bolívia e Colômbia, e exportava a droga, via Porto de Santos, principalmente para o continente europeu, onde se encontravam as equipes de recebimento da substância ilícita, as quais, por certo, encarregavam-se da revenda e redistribuição ao consumidor final.

Não há que se confundir a circunstância da transnacionalidade da organização criminosa *per se*, prevista no art. 2º, § 4º, V, da Lei nº 12.850/2013, com a definição de organização criminosa, estabelecida no art. 1º, § 1º, dessa Lei, que se caracteriza pela prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional, circunstância elementar do tipo penal do art. 2º da mesma Lei.

Está claro que a lei penal trata de forma diversa circunstâncias que são distintas. A

causa de aumento de pena refere-se à característica da organização criminosa transnacional, enquanto o tipo penal tem por objeto organizações criminosas voltadas à prática de infrações penais de caráter transnacional.

Desse modo, a pena fica definitivamente fixada em 5 (*cinco*) anos, 7 (*sete*) meses e 15 (*quinze*) dias de *reclusão* e 18 (*dezoito*) dias-*multa*, diante da ausência de outras circunstâncias a serem consideradas.

Fixo o *valor do dia-multa* em $\frac{1}{2}$ (metade) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em virtude da situação econômica do réu (cf. boletim individual de vida pregressa - arquivo sts 11), por ser integrante de grupo criminoso com vasto poderio econômico.

Fixo o *regime fechado* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, pois, apesar do montante da pena aplicada ser inferior a 8 (oito) anos, os critérios que determinaram a exasperação da pena-base justificam a imposição do regime mais gravoso (CP, art. 33).

Considerando a detração de que trata o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico que o réu foi preso cautelarmente em 31.03.2014, mas o tempo de prisão descontada não é suficiente para alterar o regime inicial, vez que foi posto em liberdade em 24.11.2014 (fls. 569).

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para alterar o fundamento da absolvição de ADRIANO DA ROCHA BRANDÃO e JOÃO CARLOS COSTA para o art. 386, VII, do Código de Processo Penal e condenar JOSÉ ADRIANO CINTRA à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de *reclusão*, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-*multa*, no valor unitário de $\frac{1}{2}$ (metade) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 2º, § 4º, IV e V, da Lei nº 12.850/2013, nos termos da fundamentação supra.

Esgotados os recursos interpostos no âmbito desta Corte e não ocorrendo trânsito em julgado, expeça-se carta de sentença ao juízo *a quo* para as providências necessárias ao início da execução penal (STF, HC nº 126.292, ADC nºs 43 e 44, ARE 964.246 RG).

Decreto o *perdimento* em favor da União do aparelho de telefone celular e dos valores apreendidos em posse do condenado JOSÉ ADRIANO CINTRA quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão (CP, art. 91, II, *b*).

Deverão ser restituídos a Adriano da Rocha Brandão e João Carlos Costa os bens apreendidos em seu poder (arquivos dourados 01 e sts 10 - autos nº 0004506-64.2013.403.6104), pois, nestes autos específicos, não há motivos para sua manutenção. Assim, resta prejudicado o pedido formulado pela autoridade policial a fls. 842/844.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0000795-29.2016.4.03.6142

Apelante: MAGDA JORDANI TUDELA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2019

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE CONTRABANDO (CP, ART. 334-A). CIGARROS. LEI N. 9.430/96, ART. 83. INAPLICABILIDADE. CRIME FORMAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. INSIGNIFICÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA DE MULTA NÃO PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO, NEM FIXADA EM SENTENÇA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM CONFORMIDADE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. CUSTAS. RÉ POBRE. ISENÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA PARCIALMENTE.

1. Ré denunciada porque em 01.08.16, e em dias anteriores a essa data, adquiriu, recebeu e mantinha em depósito, bem como expôs à venda, em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, 163.438 (cento e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e oito) maços de cigarros de origem estrangeira.

2. Inviável incidir por analogia o disposto no art. 83 da Lei n. 9.430/96, não havendo falar em suspensão e a extinção da pretensão punitiva mediante parcelamento e posterior pagamento do débito tributário eventualmente decorrente do procedimento administrativo relativo ao contrabando de cigarros estrangeiros.

3. Ao contrário do que sucede com o delito de sonegação fiscal, cuja natureza material exige a constituição definitiva do crédito tributário para instauração da ação Penal (STF, Súmula Vinculante n. 24), o delito de contrabando ou descaminho é de natureza formal, não sendo necessário o prévio esgotamento da instância administrativa (TRF da 3ª Região, ACR n. 200261810065925, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvio Gemaque, unânime, j. 29.06.10; TRF da 3ª Região, HC n. 201003000138852, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvia Rocha, unânime, j. 06.07.10; TRF da 3ª Região, ACR n. 200261810067120, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 29.09.09; TRF da 3ª Região, HC n. 200803000042027, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, unânime, j. 24.09.09; TRF da 3ª Região, HC n. 200903000243827, Rel. Juiz. Fed. Conv. Marcio Mesquita, unânime, j. 25.08.09).

4. Em casos de apreensão de número ínfimo de cigarros e que correspondam a valores irrisórios, o princípio da insignificância é aplicável em caráter excepcional. No julgamento do Recurso Especial n. 1.112.748-TO, selecionado como repetitivo nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, e do art. 1º e parágrafos da Resolução n. 8, de 07.08.08 expedida pelo Superior Tribunal de Justiça, houve a aplicação do princípio da insignificância em caso de apreensão de 120 (cento e vinte) maços de cigarros estrangeiros (STJ, REsp n. 1.112.748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09.09.09, para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil).

5. Convém destacar a Orientação n. 25/16 da 2ª CCR, de 18.04.16 do Ministério Público Federal, que prevê o arquivamento de investigação relativa ao crime de contrabando quando a apreensão não superar 153 (cento e cinquenta) maços de cigarros, ressalvada a reiteração da conduta.
6. Não havendo reiteração delitiva, a 5ª Turma do TRF da 3ª Região convencionou o limite de 250 (duzentos e cinquenta) maços de cigarros para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.17.000809-5, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, j. 05.11.18). No caso dos autos, não cabe aplicar o princípio da insignificância.
7. Autoria e materialidade comprovadas.
8. Dosimetria. Ausência de interesse recursal quanto ao pedido de exclusão ou redução da multa, haja vista não ter sido fixada nem estar prevista no preceito secundário do tipo penal de contrabando. No tocante à pena de prestação pecuniária, a quantia fixada é adequada considerando as circunstâncias do crime valoradas negativamente (CP, art. 59, caput), relativas à expressiva quantidade e ao valor da mercadoria apreendida, o que não comporta reforma.
9. Modificação do regime inicial ex officio, do semiaberto para o aberto, considerando a quantidade de pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis de ordem subjetiva (CP, art. 33, § 2º, c, e § 3º).
10. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal da ré para deferir os benefícios da justiça gratuita e, de ofício, fixar o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pela ré Magda Jordani Tudela contra a sentença que a condenou à pena de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial semiaberto, por prática do crime previsto no art. 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em benefício do Fundo Penitenciário Nacional, deduzida a quantia já recolhida a título de fiança pela ré, bem como prestação de serviços à comunidade (fls. 160/163).

A ré aduz o seguinte:

a) não há interesse para o processamento da ação penal, considerando o princípio da subsidiariedade;

b) é aplicável por analogia o disposto no art. 83 da Lei n. 9.430/96, com a suspensão e a extinção da pretensão punitiva mediante parcelamento e posterior pagamento do débito tributário;

c) o caso merece aplicação, por analogia, do princípio da insignificância, independentemente da quantidade de mercadoria apreendida;

d) a ré não conhecia o conteúdo da carga, tendo sido comprovado que costumava alugar o galpão a estranhos para a guarda de caminhões ou cargas permitidas pela lei;

e) não há provas para a condenação;

f) de forma subsidiária, pede a exclusão da pena de multa, pois a apelante não tem condições de pagá-la, ou a redução da sanção para R\$ 3.000,00 (três mil reais), com abatimento do valor da fiança;

g) pede a manutenção do direito de recorrer em liberdade e a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 224/234).

O Ministério Público Federal apresentou as contrarrazões (fls. 236/242v.).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Álvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pelo desprovimento da apelação (fls. 250/256).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Imputação. Magda Jordani Tudela foi denunciada por prática do crime previsto no art. 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal, porque em 01.08.16, e em dias anteriores a essa data, adquiriu, recebeu e manteve em depósito, bem como expôs à venda, em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, 163.438 (cento e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e oito) maços de cigarros de origem estrangeira, utilizando, para tanto, galpão localizado na Rua Adão Afonso Costa, sem número, interligado ao prédio n. 105 do logradouro, onde funcionava o estabelecimento comercial Fazendinha Rações, de propriedade da denunciada.

A denúncia narra que Policiais Militares estavam em patrulhamento de rotina quando receberam informe anônimo de que havia um galpão onde um carregamento de armas, drogas e cigarros teria sido entregue. Os Policiais foram ao local, que era ocupado pela denunciada, e após confirmarem a situação de flagrante delito mediante visualização da área interna do galpão a partir da rua, lograram apreender aproximadamente 300 (trezentas) caixas de cigarros da marca Eight, aparentemente importados. Um funcionário que estava no local informou que o galpão e a loja de rações ao lado do imóvel pertenciam à denunciada.

Os Policiais Militares seguiram para a loja de rações e lá encontraram a denunciada Magda, que admitiu ser proprietária de ambos os estabelecimentos, os quais eram de sua família. A denunciada, no entanto, não admitiu a propriedade dos cigarros que estavam no galpão, embora confessasse que lhe pertenciam as 2 (duas) caixas de cigarros expostas à venda na loja de rações, conforme constatado pelos Policiais Militares.

Na fase investigativa, a denunciada afirmou que emprestara o galpão a um senhor conhecido pelo apelido de “Mão de vaca”, dono de um caminhão com placas de Umuarama (PR). Disse que receberia R\$ 500,00 (quinhentos reais) pela guarda do veículo, que quebrara bem

em frente ao estabelecimento, e sabia apenas que o primeiro nome de “Mão de vaca” era José (fls. 88/90).

Lei n. 9.430/96. Inaplicabilidade. A ré sustenta ser aplicável por analogia o disposto no art. 83 da Lei n. 9.430/96, para que a pretensão punitiva seja suspensa e posteriormente extinta mediante parcelamento e integral pagamento do débito tributário.

Sem razão.

O art. 83 da Lei n. 9.430/96 prevê o seguinte:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 5º O disposto nos §§ 1o a 4o não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz.

Consoante ponderado pelo Juízo a quo, não cabe ampliar a incidência do dispositivo, sob pena de caracterizar-se indevida ingerência judicial em matéria que compete ao Poder Legislativo.

Convém ressaltar, ademais, que ao contrário do que sucede com o delito de sonegação fiscal, cuja natureza material exige a constituição definitiva do crédito tributário para instauração da ação Penal (STF, Súmula Vinculante n. 24), o delito de contrabando ou descaminho é de natureza formal, não sendo necessário o prévio esgotamento da instância administrativa (TRF da 3ª Região, ACR n. 200261810065925, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvio Gemaque, unânime, j. 29.06.10; TRF da 3ª Região, HC n. 201003000138852, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvia Rocha, unânime, j. 06.07.10; TRF da 3ª Região, ACR n. 200261810067120, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 29.09.09; TRF da 3ª Região, HC n. 200803000042027, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, unânime, j. 24.09.09; TRF da 3ª Região, HC n. 200903000243827, Rel. Juiz. Fed. Conv. Marcio Mesquita, unânime, j. 25.08.09).

Rejeito, portanto, a alegação.

Contrabando de cigarros. Insignificância. Excepcionalidade. Em casos de apreensão de número ínfimo de cigarros e que correspondam a valores irrisórios, o princípio da insignificância é aplicável em caráter excepcional. No julgamento do Recurso Especial n. 1.112.748-TO, selecionado como repetitivo nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, e do art. 1º e parágrafos da Resolução n. 8, de 07.08.08 expedida pelo Superior Tribunal de Justiça, houve a aplicação do princípio da insignificância em caso de apreensão de 120 (cento e vinte) maços de cigarros estrangeiros:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART.105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso -1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp n. 1.112.748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09.09.09, para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil)

Convém destacar a Orientação n. 25/16 da 2ª CCR, de 18.04.16 do Ministério Público Federal, que prevê o arquivamento de investigação relativa ao crime de contrabando quando a apreensão não superar 153 (cento e cinquenta) maços de cigarros, ressalvada a reiteração da conduta:

Procede-se ao arquivamento de investigação referente ao contrabando de cigarros, quando a quantidade apreendida não superar 153 (cento e cinquenta e três) maços de cigarros, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, ressalvada a reiteração da conduta.

Não havendo reiteração delitiva, a 5ª Turma do TRF da 3ª Região convencionou o limite de 250 (duzentos e cinquenta) maços de cigarros para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.17.000809-5, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, j. 05.11.18).

Do caso dos autos. A ré aduz incidir o princípio da insignificância.

Não lhe assiste razão.

Em poder da acusada havia a significativa quantidade de 163.437 (cento e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e sete) maços de cigarros de origem estrangeira, conforme discriminado no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal, que indica o valor total da mercadoria de R\$ 817.185,00 (oitocentos e dezessete mil, cento e oitenta e cinco reais) (fl. 64).

O fato é de considerável gravidade, incompatível com o reconhecimento da atipicidade da conduta pela mínima ofensividade penal.

Rejeito a alegação.

Materialidade. A materialidade dos delitos está comprovada diante do que segue:

a) auto de apresentação e apreensão de 15.000 (quinze mil) pacotes de cigarros de origem estrangeira (fls. 17/18);

b) laudo de exame pericial com a conclusão de que os cigarros apreendidos são de origem estrangeira, fabricados no Paraguai (fls. 55/57);

c) auto de infração e termo de guarda fiscal de mercadorias (fls. 60/66).

Autoria. A autoria delitiva restou comprovada.

A testemunha Thiago Trombini, Policial Militar, declarou em Juízo que, na data dos fatos, recebera o informe contendo um endereço e a indicação de um galpão que pertencia à família Tudela. O informe era no sentido de que no galpão havia sido recebido um carregamento de drogas, armas e cigarros contrabandeados do Paraguai. No local havia duas portas. A frontal estava totalmente aberta e a dos fundos estava semiaberta. Havia dois homens, um deles aparentemente trabalhando e o apenas outro conversando. Fizeram contato com ambos e indagaram sua relação com o local. O indivíduo que trabalhava afirmou que o galpão pertencia a Magda, que trabalhava ao lado e poderia atendê-los. Fizeram contato com Magda, ela disse que era proprietária do local. Ao fundo, viram pela porta entreaberta as caixas grandes com plásticos, algo característico de objeto contrabandeado. Havia ali mais de 300 (trezentas) caixas de cigarros contrabandeados. Acreditava que as caixas fechadas eram da mesma marca, Eight, salvo engano. Na porta ao lado havia um estabelecimento comercial com cigarros avulsos à venda, a maioria da mesma marca daqueles guardados no galpão ao lado. Lembrava-se de Magda ter declarado ser dona dos galpões, mas não se lembrava do que ela havia dito sobre as caixas. No primeiro galpão havia insumos de fazenda para animais. Era como um minimercado. Não lembrava se havia fachada. O depoente já ouviu falar da família Tudela, mas nunca havia se deparado com nenhuma ocorrência que a envolvesse. Foi orientado a apresentar a ocorrência em Bauru (SP). No local, não havia nenhum caminho. Só havia os dois indivíduos, um deles trabalhando, e ao lado a senhora Magda, também aparentemente trabalhando. Não houve prévia investigação pela Polícia Militar. Nunca ouviu falar sobre a ré. A denúncia não informava o nome dela, só o sobrenome. Não se lembrava do que a ré havia dito a respeito da maior parte das caixas, ela admitiu apenas a propriedade dos cigarros que estavam expostos à venda, avulsos, na loja para animais (mídia eletrônica à fl. 133).

A testemunha Paulo César Gomes, Policial Militar, declarou em Juízo que estava em patrulhamento da Força Tática quando receberam informe sobre um galpão e o recebimento de armas, drogas e cigarros contrabandeados do Paraguai. Foram ao local para averiguar. As portas da frente estavam abertas. Havia uma porta aos fundos, entreaberta. Da rua foi possível visualizar várias caixas com embalagens plásticas coloridas bem típicas do Paraguai. No local havia dois indivíduos, um deles identificou-se como funcionário do galpão. Nos fundos do galpão, constataram que as caixas continham cigarros provenientes do Paraguai. O funcionário disse que a proprietária era a senhora Magda. Ela confirmou a propriedade do balcão. No caixa do estabelecimento onde Magda estava foram encontrados cigarros prontos para venda, inclusive iguais aos que estavam no barracão. A ré confirmou que os cigarros à venda eram dela, o que não fez com relação aos que estavam no barracão. Os cigarros eram das marcas Eight e outras do Paraguai. Onde estavam os dois rapazes havia sacarias de milho e ração, produtos para agricultura. A loja também vendia essa espécie de produto. A família da ré era conhecida por outros crimes, inclusive contrabando de cigarros. O informe anônimo não mencionava o nome da ré. A aparência dos cigarros encontrados na loja era indicativa da procedência estrangeira (mídia eletrônica à fl. 133).

A testemunha Márcio Leonardo da Silva Oliveira declarou em Juízo que trabalhava para a acusada à época dos fatos, fazia entregas e atendimentos na loja dela, chamada Fazendinha. Trabalhou por 3 (três) anos no local. No dia dos fatos, já estava saindo para almoçar quando a

Polícia chegou e procedeu à abordagem. Os Policiais foram aos fundos da loja e encontraram os cigarros. Perguntaram ao depoente se sabia de algo, respondeu-lhes que não porque não dispunha de acesso ao galpão. Trabalhava na loja. Havia uma porta e, ao lado, um galpão, que às vezes a ré alugava. Não estava dentro do galpão, estava na porta. O galpão estava aberto. Lá havia máquinas, sacarias. Não entrou no galpão com os Policiais. Esclareceu aos Policiais que não tinha acesso a tudo. Pensava que o galpão pertencia a Magda. Sabia que havia venda de cigarros nacionais na loja. Enquanto foi funcionário, não viu cargas de cigarros no local, nem viu a ré comercializar cigarros estrangeiros. Soube que a ré havia alugado o galpão a um indivíduo chamado “Mão de vaca”. Não presenciou esse senhor a entregar caixas de cigarros para Magda. A ré costumava alugar o galpão. Presenciou a venda de cigarros nacionais, apenas (mídia eletrônica à fl. 133).

Em Juízo, a ré Magda afirmou que apenas os cigarros que estavam em sua loja (duas caixas) eram seus e destinados à venda, recebera-os do senhor que alugara o galpão e era dono do restante da mercadoria. O caminhão desse senhor, conhecido como “Mão de vaca”, quebrou e ele ofereceu R\$ 500,00 (quinhentos reais) para guardá-lo no galpão da interrogada. Ele disse que voltaria à noite para buscar o veículo. A interrogada foi presa e ficou detida por um dia. “Mão de vaca” retornou à loja e exigiu que a interrogada pagasse o valor da carga. Fez uma denúncia contra ele por conta da ameaça e ele sumiu. Antes, ele havia indagado se poderia guardar uma mercadoria no galpão, oferecendo-lhe R\$ 500,00 (quinhentos reais). Ele estava encostado próximo à loja, o caminhão estava quebrado em frente, do lado oposto da rua. Não sabia qual era o problema do caminhão. No momento da abordagem policial, só os cigarros estavam no galpão. Não sabia por que ele guardara só os cigarros. Não viu os cigarros. Não sabia que eram produtos paraguaios. Não se preocupou em deixar que houvesse depósito de uma carga ilícita. Não desconfiou de nada. “Mão de vaca” apresentou-se como “Senhor Zé”, era um senhor forte. Soube do apelido porque um indivíduo que o acompanhava chamava-o assim. Depois da denúncia de ameaça, não soube o nome real dele. O aluguel do galpão era por um único dia, aceitou porque precisava do dinheiro. Ele chamou um mecânico, que deu uma olhada e saiu em posse do caminhão. Acreditou que ele iria arrumar uma peça. Não sabia para onde eles haviam ido. Há muito tempo, um sobrinho e a mãe da interrogada mexeram com cigarros, mas já haviam parado fazia tempo. Não prestou atenção em quanto tempo as caixas foram descarregadas no galpão. A interrogada vende em sua loja produtos para animais domésticos, varas de pesca, anzol, entre outros. Não vendia cigarros, foram só as duas caixas que recebera do Senhor Zé. Foi a primeira vez que o viu, não sabia de onde ele era. Ele já estava no local no momento da abertura da loja, às 8h. Nunca se envolveu com traficante de cigarros ou produtos contrabandeados. Nunca vendeu produtos semelhantes em outras épocas. Costumava alugar o galpão. Tentou localizar, sem sucesso, o dono do caminhão (“Senhor Zé”). Não tem informações sobre o paradeiro dele. Não teria alugado o galpão se soubesse que seria usado para guardar cigarros. As mercadorias não eram da acusada, não teria condições de comprar aquela quantidade (mídia eletrônica à fl. 133).

Analisados os autos, há prova suficiente de autoria para a condenação da acusada, considerando os depoimentos dos Policiais Militares que realizaram a abordagem e a apreensão das mercadorias guardadas no galpão pertencente à ré.

A ré não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus (CPP, art. 156) de demonstrar que alugara a terceiro (“Mão de vaca” ou “Zé”) o galpão, nem é crível que aceitasse fazê-lo a um desconhecido para que guardasse, por breve período de tempo, a significativa quantidade de caixas contendo cigarros contrabandeados, o que era de fácil constatação dado que a natureza da mercadoria era aparente (fotografia à fl. 38 do apenso).

Logo, ainda que se admitisse a veracidade de sua versão, caberia à acusada, que exercia o comércio em estabelecimento contíguo ao galpão, de pronto rejeitar o depósito dos cigarros no imóvel de sua propriedade, em vez de aceitar as duas caixas de cigarros (as quais estavam expostas à venda em sua loja de insumos agrícolas, como admitiu em Juízo) e ceder o imóvel de sua propriedade para a breve guarda do restante da mercadoria em proveito próprio e de terceiro.

Anoto que a testemunha Márcio, funcionário da ré à época dos fatos, afirmou que a acusada costumava alugar o galpão e soube que ela o teria alugado a um senhor de apelido “Mão de vaca”, mas não declarou ter presenciado o fato. Seu depoimento, desprovido de outros elementos de prova, não rende ensejo à absolvição da ré.

Extraí-se do conjunto probatório que a ré manteve em depósito para fins comerciais, bem como expôs à venda, elevada quantidade de mercadorias estrangeiras de introdução proibida no País (cigarros), o que fez de maneira consciente e voluntária (dolosa, portanto).

Resta mantida a condenação.

Passo à análise da dosimetria.

Dosimetria. Na primeira fase do cálculo, o Juízo a quo avaliou negativamente as circunstâncias do crime, considerando-as desfavoráveis em virtude da quantidade de mercadoria apreendida, 163.437 (cento e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e sete) maços de cigarros avaliados em R\$ 817.185,00 (oitocentos e dezessete mil, cento e oitenta e cinco reais). Em razão dessa circunstância judicial desfavorável, fixou a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, não incidiram agravantes e foi reconhecida a atenuante de pena pela confissão, que incidiu à razão de 1/6 (um sexto).

A pena intermediária foi estabelecida em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, resultado definitivo à míngua de causas de diminuição e de aumento de pena.

Foi fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33 do Código Penal, em razão da conjugação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal com a pena aplicada.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44), consistentes em prestação pecuniária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em benefício do Fundo Penitenciário Nacional, valor esse do qual deve ser deduzida a quantia paga a título de fiança, bem como prestação de serviços à comunidade.

A ré apela para que a pena de multa seja excluída ou, subsidiariamente, reduzida para R\$ 3.000,00 (três mil reais), com possibilidade de dedução do valor já recolhido a título de fiança.

Verifica-se, no entanto, não haver condenação da acusada à pena de multa, que se trata de modalidade de sanção não prevista no preceito secundário do art. 334-A do Código Penal, de modo que não há interesse recursal no tocante a esse pedido.

Anoto, porém, que houve a conversão da pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direitos, uma delas de caráter pecuniário, fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que se trata de quantia adequada ao presente caso considerando as circunstâncias do crime valoradas negativamente (CP, art. 59, caput), relativas à expressiva quantidade e ao valor da mercadoria apreendida - superior a R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) - o que não comporta reforma de ofício.

É rejeitada, portanto, a possibilidade de redução da sanção de caráter pecuniário imposta à ré.

De ofício, no entanto, revejo a dosimetria para fixar o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, considerando a quantidade de pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis de ordem subjetiva.

Custas. Réu pobre. Isenção. Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser mantida sua responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a extinção da obrigação (CPC/15, art. 98, § 3º). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado.

Do caso dos autos. A ré postula a isenção de pagamento das custas.

Defero-lhe os benefícios da justiça gratuita, haja vista a manifestação de hipossuficiência econômica, mas observado o disposto acima, ou seja, que resta mantida sua responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade.

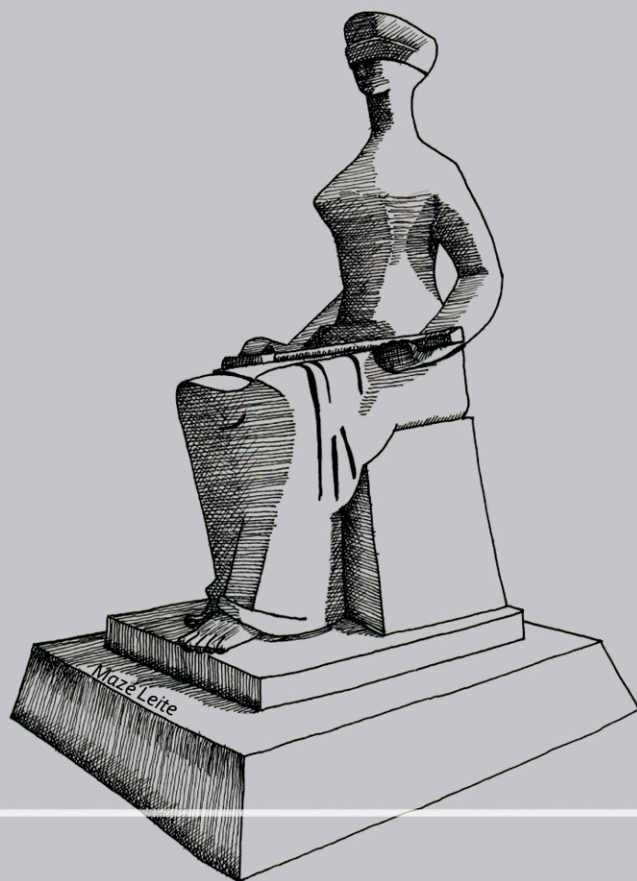
Direito de recorrer em liberdade. O Juízo a quo deferiu à acusada o direito de recorrer em liberdade (fls. 162v./163), o que resta mantido à míngua de pedido em sentido contrário, mudança das circunstâncias fáticas e exaurimento das instâncias ordinárias.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação criminal da ré para deferir os benefícios da justiça gratuita e, DE OFÍCIO, fixo o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0004787-17.2014.4.03.6126

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E EURIDICE DE SOUZA BATISTA (= ou > de 65 anos)

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. SEGURADO FALECIDO. RECEBIMENTO DOS VALORES EM ATRASO DA REVISÃO DO BENEFÍCIO DO “DE CUJUS”. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. ARTIGO 18 DO NCPC. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO. INOCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA.

1. Para que se possa exigir um provimento jurisdicional, a parte deve ter interesse de agir e legitimidade ativa para a causa.
2. Em princípio, tem legitimidade ativa somente o titular do direito subjetivo material, cuja tutela se pede, a teor do artigo 18 do novo Código de Processo Civil.
3. A parte autora pleiteia a revisão do termo inicial da aposentadoria por idade do falecido marido e sua pensão por morte, com o pagamento das prestações em atraso.
4. Não faz jus a parte autora às prestações em atraso, referentes à revisão do benefício de aposentadoria do falecido, uma vez que a aposentadoria é direito pessoal e o segurado falecido não ajuizou ação com pedido de revisão do benefício.
5. Desta sorte, sem que lei assegure a pretensão deduzida, decerto carece a parte autora de legitimidade ativa para a causa no que tange ao recebimento dos valores em atraso de eventual revisão do benefício de aposentadoria por idade do falecido.
6. No caso dos autos, havendo a comprovação da prévia postulação administrativa, fica afastada a extinção do processo sem resolução do mérito, ante a falta de interesse de agir da parte autora. Estando a causa madura para julgamento, aplica-se o disposto no art. 1.013, § 3º, do CPC/15.
7. A pensão por morte é benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.
8. Demonstrada a qualidade de segurado do falecido, uma vez que o INSS reconheceu que ele fazia jus ao benefício de aposentadoria por idade desde 1995.
9. Comprovada a condição de esposa, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º artigo 16 da Lei nº 8.213/91.
10. Termo inicial do benefício fixado na data do requerimento administrativo, conforme inciso II do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação vigente à época do óbito.
11. Correção monetária e juros de mora aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o

julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral, em razão da suspensão do seu decisum deferida nos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais e o INSS, conforme r. decisão do Ministro Luiz Fux, em 24/09/2018.

12. Sucumbência recíproca, observando-se o inciso II, §4º e §14 do art. 85 e art. 86 do CPC/15.

13. Reexame necessário, tido por interposto, e recurso de apelação da parte autora parcialmente providos. Prejudicada a apelação do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário e à apelação da parte autora, restando prejudicada a análise da apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a revisão de aposentadoria por idade concedida administrativamente ao falecido e a concessão do benefício de pensão por morte, cumulada com pedido de indenização por danos morais, sobreveio sentença de extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, no tocante ao pedido de pensão por morte, por ausência de requerimento administrativo, e parcial procedência do pedido de revisão da aposentadoria do marido, determinando-se o pagamento dos valores atrasados do período entre 25/01/1995 e 21/08/1998, compensada eventual quantia já creditada, com correção monetária e juros de mora, fixada a sucumbência recíproca. Isentou de custas.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos, sustentando que faz jus ao pagamento dos atrasados da aposentadoria do marido desde o primeiro requerimento feito por ele, bem como à pensão por morte. Requer, ainda, condenação em danos morais e a fixação da verba honorária, além da alteração dos critérios de juros de mora e correção monetária.

A autarquia previdenciária, por sua vez, interpôs recurso de apelação, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da decadência no tocante à revisão da concessão do benefício previdenciário ao “de cujus”. Subsidiariamente, requer a alteração quanto aos juros de mora e correção monetária, além do reconhecimento da prescrição quinquenal.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Inicialmente, quanto ao pedido de revisão da aposentadoria por idade a João Gaudêncio Batista, falecido em 21/08/1998, observo que, para que se possa exigir um provimento jurisdicional, a parte deve ter interesse de agir e legitimidade ativa para a causa.

Em princípio, tem legitimidade ativa somente o titular do direito subjetivo material, cuja tutela se pede, a teor do artigo 18 do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento”.

Apenas a lei é instrumento hábil a atribuir a um sujeito a condição de substituto processual, ou seja, só em casos expressamente previstos na legislação é permitido a alguém pedir, em nome próprio, direito de outrem.

No caso em análise, a parte autora pleiteia a revisão do termo inicial do benefício concedido ao falecido, com o pagamento das prestações em atraso, e a concessão de pensão por morte, desde o óbito.

Com efeito, não faz jus a parte autora às prestações em atraso referentes à aposentadoria por idade do cônjuge, uma vez que tal benefício é direito pessoal e o segurado não ajuizou ação com pedido de revisão do benefício de aposentadoria por idade.

Desta sorte, sem que lei assegure a pretensão deduzida, decerto carece a parte autora de legitimidade ativa para a causa no que tange ao recebimento dos valores em atraso de eventual revisão do benefício de aposentadoria por idade do falecido, razão pela qual fica prejudicado o recurso de apelação do INSS.

Por outro lado, postula a parte autora a concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

A respeito do prévio requerimento administrativo, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento sobre a matéria (03/09/2014), nos autos do Recurso Extraordinário RE 631.240/MG, com repercussão geral reconhecida, adotou o entendimento segundo o qual a exigência de prévio requerimento administrativo de benefício previdenciário, perante o INSS, não fere a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, conforme ementa a seguir transcrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma

vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240/MG, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Julgamento: 03/09/2014, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

No caso em exame, a parte autora apresentou requerimento em 05/12/2011, embora dentro do procedimento administrativo iniciado por seu marido, em que se discutia o direito à concessão de aposentadoria por idade a ele (fls. 168/169 e 537/538), pleiteando a pensão por morte em razão do óbito do cônjuge.

Desta forma, especificamente neste caso, observa-se que a intenção de que fosse concedido benefício de pensão por morte à autora já havia sido levada a conhecimento do INSS, que, apesar de postergar a análise, manifestou-se no sentido de estar ciente do pedido (fls. 200 e 591).

Assim, no caso dos autos, havendo a comprovação da prévia postulação administrativa, fica afastada a extinção do processo sem resolução do mérito, ante a falta de interesse de agir da parte autora.

A reforma da sentença, portanto, é medida que se impõe, podendo as questões ventiladas nos autos ser imediatamente apreciadas pelo Tribunal, incidindo, na espécie, a regra do inciso I do § 3º do art. 1.013 do novo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o processo encontra-se maduro para julgamento.

Superada esta questão, passa-se ao exame e julgamento do mérito.

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91).

O óbito de João Gaudêncio Batista, ocorrido em 21/08/1998, restou devidamente comprovado, conforme cópia da certidão de óbito de fl. 32.

A qualidade de segurado do falecido restou comprovada, uma vez que o INSS reconheceu que ele fazia jus ao benefício de aposentadoria por idade desde 1995, conforme cópias do procedimento administrativo (NB 025.346.262-2, renumerado para 166.983.581-0 - fls.99/201 e 450/595).

Da mesma forma, a condição de dependente da parte autora em relação ao falecido restou devidamente comprovada através da cópia da certidão de casamento (fl. 30). Neste caso, restando comprovado que o de cujus era cônjuge, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91.

Assim, presentes os requisitos legais, é devida a concessão do benefício de pensão por morte.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo, nos termos do inciso II do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação vigente à época do óbito. No caso dos autos, portanto, o termo inicial é 05/12/2011 (fls. 168/169 e 537/538), conforme supracitado.

A prescrição quinquenal somente alcança as prestações não pagas nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito, devendo ser observada no presente caso. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”. Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito. (REsp 544324/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 25/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 242).

Desta forma, considerando que o termo inicial do benefício foi fixado em 05/12/2011 (fls. 168/169 e 537/538) e a ação foi ajuizada em 19/09/2014, não há se falar em parcelas prescritas.

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral, em razão da suspensão do seu decisum deferida nos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais e o INSS, conforme r. decisão do Ministro Luiz Fux, em 24/09/2018.

Por fim, pretende a parte autora, por meio desta demanda, seja o INSS condenado a pagar-lhe indenização por dano moral pelos prejuízos sofridos virtude da demora em ter con-

cedido seu benefício previdenciário.

Para a obtenção de indenização, deve-se demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre ele e a conduta ilícita - comissiva ou omissiva - do agente.

No caso, não está comprovado o prejuízo sofrido pela parte autora.

A demora na concessão do benefício é contingência própria das situações em que o direito se mostra controvertido, de maneira que não se pode extrair do contexto conduta irresponsável ou inconsequente do INSS para que lhe possa impor indenização por dano moral.

Enfim, não restou demonstrado que a dúvida quanto ao direito ao benefício não fosse razoável, de sorte que era implícito um certo atraso no procedimento de aposentadoria da requerente, não significando isto, por si só, a ocorrência de dano moral.

Sucumbência recíproca, observando-se o inciso II, §4º e §14 do art. 85, art. 86 e § 3º do art. 98 do CPC/15.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, TIDO POR INTERPOSTO**, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do novo Código de Processo Civil, no tocante ao pagamento dos valores em atraso referentes ao benefício de aposentadoria por idade do “de cujus”, ante a ilegitimidade ativa da parte autora, **E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA**, para afastar a extinção do processo, sem resolução de mérito, quanto ao pedido de pensão por morte, e, aplicando o disposto no inciso I do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO DA PARTE AUTORA** para, reformatando a sentença, condenar a autarquia a conceder-lhe o benefício, a partir de 05/12/2011, com correção monetária e juros de mora, fixada a sucumbência recíproca, restando prejudicada a apelação do INSS, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA

0021848-96.2015.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: PEDRO HENRIQUE DE MACEDO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2019

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, V, CPC/1973. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA. ART. 76, DA LEI 8.213/91. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. PAGAMENTO DESDE O ÓBITO DO SEGURADO INSTITUIDOR. CO-DEPENDENTE NÃO INTEGRANTE DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

1. O entendimento esposado pelo julgado reflete a orientação jurisprudencial no sentido de que, no caso de pensão por morte requerida a destempo por menor absolutamente incapaz, o pagamento deve retroagir à data do óbito, uma vez que a hipótese não comporta a incidência da prescrição (CC, Art. 198, I).
2. À época de prolação da decisão rescindenda, já havia interpretação consolidada pelo C. Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, em se tratando de habilitação tardia de incapaz, em que o benefício foi concedido anteriormente a outro dependente do mesmo núcleo familiar, não é devida a retroação da pensão à data do óbito, sob pena de obrigar a autarquia previdenciária a pagá-lo duplamente.
3. Não obstante, a circunstância retratada nos autos é ligeiramente diversa, uma vez que a pensão por morte em discussão vinha sendo paga à mãe do segurado falecido, que não integra o mesmo núcleo familiar do menor impúbere, o que deu azo à interpretação razoável de que, nesse caso, deve prevalecer o interesse do incapaz quanto ao recebimento dos valores em atraso. Precedentes do e. STJ no mesmo sentido.
4. Inexistência de violação a literal disposição de lei no julgado.
5. Improcedente o pedido formulado na inicial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o pedido de rescisão do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação da tutela, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fulcro no Art. 485, V, do Código de Processo Civil/1973, em que se objetiva a desconstituição da decisão monocrática proferida nos autos da apelação cível nº 2012.03.99.028671-0, de relatoria do eminente Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, por meio da qual deu provimento à apelação do autor para reconhecer-lhe o direito ao recebimento de pensão por morte desde o falecimento do segurado instituidor, em 04.06.1994, até o início do pagamento, em 19.10.2006, tendo consignado que “restam comprovados os pressupostos para a concessão da pensão por morte reclamada nos autos a partir da data do óbito do segurado, pois inexistente a prescrição, haja vista que à época do óbito do falecido, o autor era menor, sendo certo que contra ele, não corria prescrição, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil bem como o artigo 79 da Lei nº 8.213/91”; o que deu ensejo à reforma da r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Amparo/SP, que decidira pela improcedência do pedido.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 18/95.

A decisão rescindenda transitou em julgado em 06.04.2015 (fl. 91). Esta ação foi ajuizada em 21.09.2015 (fl. 02).

A autarquia sustenta que o réu pleiteou administrativamente, em 01.03.2007, a concessão de pensão por morte em razão do óbito de seu genitor, falecido em 05.06.1994, e que o benefício foi concedido desde a DER, sem pagamento de atrasados, uma vez que já vinha sendo pago à esposa do segurado instituidor. Alega que a decisão rescindenda, ao deferir-lhe o pagamento da pensão desde a data do evento morte incorreu em violação ao Art. 76, da Lei 8.213/91, cuja regra, além de impedir o retardamento da concessão pela falta de habilitação de outro possível dependente, também confere segurança e previsibilidade à gestão previdenciária, ao evitar o pagamento do benefício em duplicidade. Assevera que, em se tratando de habilitação tardia, só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. Pleiteia a rescisão do julgado para que, em nova decisão, seja decretada a improcedência do pedido formulado na inicial da ação originária. Requer a antecipação da tutela para imediata suspensão da execução em curso.

Em contestação, argui o réu que a regra do Art. 76, da Lei 8.213/91, não se aplica a menor incapaz, contra quem não corre a prescrição (fls. 107/114).

Por se tratar de questão eminentemente de direito, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, para o necessário parecer (fl. 121). As partes não se opuseram (fls. 121vº/122).

O MPF opinou pela total improcedência da presente ação rescisória, por entender que o termo inicial do benefício, em caso de habilitação tardia de incapazes, não deve ser a data da inscrição, mas sim a data do óbito (fls. 123/125).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

A matéria objeto de controvérsia nos presentes autos limita-se à discussão sobre o início do pagamento de pensão por morte no caso de habilitação tardia de menor absolutamente incapaz.

A previsão contida no Art. 76, da Lei 8.213/91, dispõe que “a concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação”.

De outra parte, a jurisprudência tem mitigado a aplicação dessa regra com base no entendimento de que incide, na espécie, a disciplina do Art. 198, I, do Código Civil, segundo a qual, contra os absolutamente incapazes, não corre a prescrição.

Na hipótese em apreço, a pretensão veiculada nos autos da ação originária era de condenação da autarquia previdenciária a efetuar o pagamento do benefício de pensão por morte desde a data do óbito do segurado instituidor até a data da primeira parcela recebida (fls. 18/25).

Conforme a narrativa naqueles autos, o réu que ingressou com ação de reconhecimento de paternidade em face do de cujus, porém, a demora para a resolução daquela lide obstou-lhe de efetuar, antes, o requerimento administrativo da pensão por morte, o que somente pôde realizar em março de 2007 (fls. 18/25).

O MMº. Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Amparo/SP julgou improcedente o pedido (fls. 62/63).

Por sua vez, a decisão rescindenda (fls. 85/89), ao apreciar o apelo interposto pelo requerente, assim se pronunciou:

Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991, sem necessidade de carência. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício em referência depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do de cujus, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido.

Quanto aos dependentes do segurado falecido, o direito à pensão por morte encontra-se disciplinado na Lei n. 8.213/91, art. 16, in verbis: Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Vale lembrar que esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do de cujus que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991).

Além do mais, a ausência de inscrição dos dependentes do de cujus junto ao INSS não prejudica o direito ao requerimento ulterior de benefícios, desde que demonstrada a dependência e comprovados os demais requisitos, conforme expressa disposição do art. 17, § 1º, da Lei 8.213/1991.

Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

Sinalizo que essa dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda. Sobre isso, a Súmula 229, do extinto E.TFR, ainda reiteradamente aplicada, é aproveitável a todos os casos (embora expressamente diga respeito à dependência da mãe em relação a filho falecido),

tendo o seguinte teor: “a mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.”

Nesse sentido, também não impede a concessão do benefício em tela o fato de o dependente receber aposentadoria, pois o art. 124 da Lei nº 8.213/1991 não veda a acumulação da pensão por morte.

No tocante à condição de segurado, os direitos previdenciários daqueles que exercem atividade laborativa no campo surgiram com o advento da Lei nº 4.214/63 - Estatuto da Terra. A Lei Complementar nº 11/71 instituiu o PRORURAL - Programa de Assistência ao Trabalhador Rural. Atualmente a Lei nº 8.213/91 assiste a todos os trabalhadores, sendo que o artigo 11 desta lei discorre também sobre a condição de segurado especial do trabalhador rural.

O artigo 143 da Lei 8.213/91, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, estabelece que: “O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea ‘a’ do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.”

Ressalte-se que a Lei nº 11.718/2008 prorrogou o termo final do prazo para 31 de dezembro de 2010, aplicando-se esta disposição, inclusive, para o trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (art. 2º, caput e parágrafo único). Conclui-se, portanto, que para a concessão da aposentadoria por idade rural são necessários apenas dois requisitos: idade mínima e prova do exercício da atividade laborativa pelo período previsto em lei e não se exige comprovação de recolhimentos de contribuições ou período de carência para a concessão da aposentadoria por idade rural, mas apenas idade mínima e prova do exercício de atividade campesina, pelo período previsto em lei para a concessão do benefício. O parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 11.718/2008 permitiu a extensão da comprovação da carência, na forma do artigo 143 da Lei nº 8.213/91, para o trabalhador rural classificado como contribuinte individual, desde que comprove a prestação de serviço de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas sem relação de emprego. Assim, no caso dos trabalhadores boias-frias, para fins de concessão de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, a atividade desenvolvida até 31 de dezembro de 2010 poderá ser contada para efeito de carência se comprovada na forma do artigo 143 da Lei nº 8.213/1991.

Verifica-se, portanto, que a Lei de benefícios prevê condições especiais para o trabalhador rural, desta forma, aplicando por analogia a regra do artigo 143 da Lei 8.213/91, é possível estender a dispensa de recolhimento de contribuição previdenciária, para o reconhecimento da qualidade de segurado ao trabalhador rural.

No caso em tela, está comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício.

Consta que o óbito de Paulo Sérgio Macedo ocorreu em 04/06/94, bem como Certidão de nascimento, averbação, referente ação judicial para Reconhecimento de Paternidade (fls. 11), e requerimento administrativo deferido para o filho menor e autor, com vigência da data do óbito e pagamento a partir de 19/10/2006 (fls.14 - NB 21/137231685-7).

Presentes nos autos a comprovação de que o falecido era segurado, por ocasião do óbito, tendo em vista que o autor era beneficiário da pensão por morte (fls.14 - NB 21/137231685-7).

Assim, restam comprovados os pressupostos para a concessão da pensão por morte reclamada nos autos a partir da data do óbito do segurado, pois inexistente a prescrição, haja vista que à época do óbito do falecido, o autor era menor, sendo certo que contra ela, não corria prescrição, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil bem como o artigo 79 da Lei nº 8.213/91.

O entendimento esposado pelo julgado reflete a orientação jurisprudencial acima destacada, no sentido de que, no caso de pensão por morte requerida a destempo por menor absolutamente incapaz, o pagamento deve retroagir à data do óbito, uma vez que a hipótese não comporta a incidência da prescrição (CC, Art. 198, I).

De outra parte, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou a interpretação segundo a qual, em se tratando de habilitação tardia de incapaz, em que o benefício foi concedido anteriormente a outro dependente do mesmo núcleo familiar, não é devida a retroação da pensão à data do óbito, pois implicaria obrigar, de forma injusta, a autarquia previdenciária a efetuar seu pagamento duplamente.

Nessa linha, cito os seguintes julgados:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - HABILITAÇÃO TARDIA DE FILHA DO SEGURADO - ARTS. 74 E 76 DA LEI 8.213/91 - DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Nos termos do art. 74 da Lei de Benefícios, não requerido o benefício até trinta dias após o óbito do segurado, fixa-se o termo inicial da fruição da pensão por morte na data do pleito administrativo, que, no caso em apreço, ocorreu somente em 30/09/2010.

2. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há que falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

3. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação da autora, na forma pugnada na exordial, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão, sem que, para justificar o duplo custo, tenha praticado qualquer ilegalidade na concessão do benefício à outra filha do de cujus, que já recebe o benefício desde 21/06/2004.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1377720/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013);

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITANDO FILHO MAIOR INVÁLIDO. HABILITAÇÃO TARDIA. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS HABILITADOS. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO. ARTIGOS 74 E 76 DA LEI 8.213/1991. RESP 1.513.977/CE. REALINHAMENTO DE ENTENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O presente agravo regimental objetiva a reconsideração de decisão que alterou o termo inicial do benefício pensão por morte à data do requerimento administrativo de habilitação e não à data do óbito do instituidor, considerando ser o habilitando, ora agravante, filho maior inválido do segurado falecido.

2. a questão recursal cinge-se à possibilidade de o autor receber as diferenças da pensão por morte, compreendidas entre a data do óbito e a data da implantação administrativa, considerando ter o autor requerido o benefício após o prazo de trinta dias previsto no artigo 74, I, da Lei 8.213/1991.

3. O Tribunal a quo reconheceu a possibilidade do recebimento das parcelas oriundas desse período supra, apoiando-se no entendimento de que não se cogita da fluência do prazo prescricional e de que a sentença de interdição traduz situação preexistente, tendo efeitos retroativos.

4. Esclareceu-se na decisão agravada que a Segunda Turma do STJ iniciou um realinhamento da jurisprudência do STJ no sentido de que o dependente incapaz, que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado, não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando que outros dependentes, integrantes do mesmo núcleo familiar, já recebiam o benefício.

5. Ainda que no presente caso, o agravante não integre o mesmo núcleo familiar dos já pensionistas, importante asseverar que o novel precedente buscou preservar o orçamento da Seguridade Social, evitando seja a Autarquia previdenciária duplamente condenada ao valor da cota-parte da pensão.

6. Ademais, reforçou-se a inteligência do art. 76 da Lei 8.213/91 de que a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar do requerimento de habilitação, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1523326/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015); e

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. REGIME PRESCRICIONAL. ART. 198, I, DO CC. INAPLICABILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o direito à percepção de pensão por morte em período anterior à habilitação tardia da dependente incapaz, independentemente de o pai desta já receber a integralidade desde o óbito da instituidora do benefício (13.3.1994).

2. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias. Precedentes: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe 9.9.2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 21.3.2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 11.3.2014.

3. Tratando-se de benefício previdenciário, a expressão “pensionista menor” identifica situação que só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil.

4. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente.

5. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão.

6. A propósito: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013; e REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2015.

7. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1479948/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 17/10/2016).

Não obstante, a circunstância retratada nos autos é ligeiramente diversa, uma vez que a pensão por morte em discussão vinha sendo paga à esposa do segurado falecido, que não integra o mesmo núcleo familiar do menor impúbere, cuja filiação foi reconhecida somente após o óbito, portanto, não pôde requerer nem usufruiu indiretamente do benefício em momento anterior, caso em que deve prevalecer o interesse do incapaz quanto ao recebimento dos valores em atraso.

A respeito desse entendimento, o precedente que trago à colação:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MENOR DE DEZESSEIS ANOS. HABILITAÇÃO POSTERIOR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O termo inicial do benefício previdenciário pensão por morte, tratando-se de dependente absolutamente incapaz, deve ser fixado na data do óbito do segurado, nos termos da redação original do artigo 74 da Lei 8.213/1991, aplicável ao caso.

2. O recorrente, na condição de menor pensionista do INSS, representado por sua genitora, pretende o pagamento de parcelas em atraso, relativas ao período entre a data do óbito do instituidor do benefício e a data do requerimento administrativo.

3. Consoante jurisprudência prevalente do STJ, comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão.

4. No presente caso, o óbito do segurado ocorreu em 31/1/1994, o benefício pensão por morte foi requerido administrativamente pelo ora recorrente, nascido em 19/8/1994, em 5/1/2001. A avó paterna do recorrente, mãe do instituidor da pensão, recebeu o benefício durante o período de 24/2/1994 a 1º/4/1996. O recorrente nasceu após a morte do segurado e obteve na Justiça o reconhecimento da paternidade, pois sua mãe vivia em união estável com seu pai.

5. Relativamente aos efeitos pretéritos do reconhecimento do direito, não se desconhece que a Segunda Turma indeferiu pedido de retroação dos efeitos do reconhecimento da pensão por morte ao menor dependente, asseverando nos autos do Recurso Especial 1.377.720/SC que, retroagir os efeitos da concessão do benefício causaria prejuízo ao Erário, considerando que a pensão fora paga, anteriormente, a outro dependente. Todavia, no citado julgado, a pensão foi destinada inicialmente a membro do mesmo núcleo familiar, o que não acontece no presente caso, em que a pensão fora paga a avó paterna do recorrente, que não convivia no núcleo familiar, tendo a demora do pedido se dado tão somente em razão da necessidade do reconhecimento em juízo da união estável entre os genitores do recorrente e da paternidade.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1354689/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 11/03/2014).

Desta forma, considerado que a decisão rescindenda está amparada em outros julgados com o mesmo ponto de vista, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é de se concluir que o julgado conferiu à questão de direito interpretação razoável, não havendo que se falar em violação a literal disposição de lei.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de rescisão do julgado, arcando a autarquia previdenciária com o pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Des. Federal PAULO DOMINGUES:

A presente ação rescisória foi aforada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra Pedro Henrique de Macedo com fundamento no art. 485, V do CPC/73, atual art. 966, V

do Código de Processo Civil, visando desconstituir a decisão monocrática proferida com fundamento no art. 557, § 1º-A do CPC/73, no julgamento da apelação cível nº 2012.03.99.028671-0, que deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido versando a concessão do benefício de pensão por morte a partir da data do falecimento do segurado instituidor e seu genitor, em 04.06.1994, até a data do início do seu pagamento administrativo, em 19.10.2006.

O Eminentíssimo Desembargador Federal Relator julgou improcedente a presente ação rescisória, reconhecendo não ter restado caracterizada na hipótese a violação à literal disposição do art. 76, caput da Lei de Benefícios, na medida em que o julgado rescindendo conferiu à questão de direito interpretação razoável, alinhando-se à orientação jurisprudencial que admitia o pagamento da pensão por morte retroativamente ao óbito do segurado nos casos em que já tenha sido pago a dependentes anteriormente habilitados, integrantes de núcleo familiar distinto. Reconheceu que, no caso presente, a pensão vinha sendo paga desde o óbito à ex-cônjuge do segurado falecido, que não integra o mesmo grupo familiar do requerido, cuja filiação foi reconhecida somente após o óbito.

Pedi vista para melhor analisar a questão sub judice.

Dirirjo do E. Relator para julgar procedente a ação rescisória.

O INSS sustenta a violação do artigo 76, caput da Lei de Benefícios pelo julgado rescindendo, que dispõe:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Consta dos autos que o requerido, nascido em 28/07/1991, obteve o reconhecimento judicial da paternidade e apresentou requerimento de concessão do benefício de pensão por morte em 01/03/2007, passando a receber o benefício a partir de 19.10.2006, em decorrência do óbito do seu genitor, ocorrido em 04/06/1994, postulando pelo seu pagamento retroativamente à data do óbito.

O INSS negou o pagamento do benefício desde a data do óbito, pois este já vinha sendo pago, desde então, à ex-cônjuge do segurado falecido.

Proposta a ação originária em 31/10/2008, a sentença de mérito reconheceu a improcedência do pedido, mediante a aplicação do artigo 76 da Lei de benefícios, segundo a qual a habilitação do dependente só produz efeito a partir do momento em que efetivada, além do fato de que o benefício já vinha sendo pago aos dependentes previamente habilitados.

A decisão terminativa rescindendo reformou a sentença e julgou procedente o pedido inicial, entendendo que o termo inicial do benefício de pensão por morte deve ser fixado na data do óbito do segurado, tendo em vista a menoridade do requerido à época do óbito, contra o qual não correu a prescrição, nos termos do art. 198, I do Código Civil e art. 79 da Lei de Benefícios, nos termos seguintes:

(...) No caso em tela, está comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício.

Consta que o óbito de Paulo Sérgio Macedo ocorreu em 04/06/94, bem como Certidão de nascimento, averbação, referente ação judicial para Reconhecimento de Paternidade (fls. 11), e requerimento administrativo deferido para o filho menor e autor, com vigência da data do

óbito e pagamento a partir de 19/10/2006 (fls.14 - NB 21/137231685-7).

Presentes nos autos a comprovação de que o falecido era segurado, por ocasião do óbito, tendo em vista que o autor era beneficiário da pensão por morte (fls.14 - NB 21/137231685-7). Assim, restam comprovados os pressupostos para a concessão da pensão por morte reclamada nos autos a partir da data do óbito do segurado, pois inexistente a prescrição, haja vista que à época do óbito do falecido, o autor era menor, sendo certo que contra ela, não corria prescrição, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil bem como o artigo 79 da Lei nº 8.213/91(...)

Da leitura das razões da decisão rescindenda, verifica-se que não houve enunciação de fundamento no sentido de acolher ou rejeitar a aplicação do artigo 76 da Lei de Benefícios e que permitisse afirmar a filiação do julgado a qualquer orientação jurisprudencial acerca da matéria proferida nos tribunais superiores.

É incontroverso o entendimento de que não há fluência dos prazos prescricionais contra o incapaz, seja por disposição expressa do art. 198, I do Código Civil, como também dos arts. 79, c/c o 103, par. único, ambos da Lei nº 8.213/91, bem como o previsto no art. 109, I, “b” do Decreto nº 3.048/99.

Na controvérsia posta a deslinde na presente ação rescisória não se questiona o direito do requerido ao recebimento das parcelas pretéritas do benefício de pensão por morte retroativamente à data do óbito, mas sim o dever legal do INSS de efetuar o pagamento em duplicidade do benefício, quando este já foi pago, desde então, a outro dependente tempestivamente habilitado.

O artigo 76 da Lei de Benefícios é expresso em afirmar o dever do INSS de concessão imediata da pensão por morte aos dependentes que primeiro se habilitarem ao benefício, sendo-lhe VEDADO protelar seu pagamento por falta de habilitação de outro possível dependente, ressalvado o direito dos dependentes tardiamente habilitados à sua quota-parte do benefício desde então.

A existência de dependentes incapazes tardiamente habilitados não pode ser oponível ao ente previdenciário como causa de pagamento em duplicidade do benefício de pensão por morte retroativamente ao óbito, com base na cláusula de impedimento do curso prescricional, pois a aplicação desta pressupõe a inexistência de beneficiários anteriormente habilitados.

Assim, o julgado rescindendo incidiu em violação à literal disposição do artigo 76 da Lei de Benefícios a partir do momento em que aplicou na solução da lide tão somente a disciplina legal relativa à prescrição contra o dependente absolutamente incapaz, sem considerar o dispositivo legal que condiciona a retroação do termo inicial da pensão por morte, em caso de habilitação tardia, à inexistência de dependentes previamente habilitados.

No caso sob exame, houve a prévia habilitação tempestiva da ex-cônjuge do segurado falecido, desde a data do óbito, fato que exclui o dever do INSS do pagamento do benefício ao requerido retroativamente ao óbito do segurado, sob pena de indevido bis in idem e grave prejuízo ao ente previdenciário.

A aplicação do artigo 76 da Lei de Benefícios se fazia de rigor pelo julgado rescindendo, nos termos da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido do direito do dependente absolutamente incapaz receber o benefício de pensão por morte retroativamente à data do óbito do instituidor em caso de habilitação tardia, excepcionando o caso deste benefício já ter sido concedido, em seu valor integral, aos demais dependentes anteriormente habilitados, integrem eles ou não o mesmo grupo familiar, de modo a evitar a condenação da Autarquia ao pagamento da pensão em duplicidade, conforme julgamento do REsp 1.513.977/CE (Informativo nº 0566 - 8 a 20/08/2015), julgado que transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DEVIDA A MENOR. PARCELAS PRETÉRITAS RETROATIVAS À DATA DO ÓBITO. REQUERIMENTO APÓS TRINTA DIAS CONTADOS DO FATO GERADOR DO BENEFÍCIO. ARTS. 74 E 76 DA LEI 8.213/1991.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o direito à percepção de parcelas atrasadas, referentes ao benefício de pensão por morte que ora recebe, no que se refere ao período compreendido entre a data do óbito (3.1.2002) até a data efetiva da implantação do benefício (4/2012).

2. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias. Precedentes: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe 9.9.2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 21.3.2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 11.3.2014.

3. Tratando-se de benefício previdenciário, a expressão “pensionista menor” identifica situação que só desaparece com a maioria, nos termos do art. 5º do Código Civil.

4. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

5. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor, na forma pugnada na exordial, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão. A propósito: REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1513977/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA. MENOR. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIO HABILITADO. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos a percepção de parcelas atrasadas referentes à pensão por morte compreendida no período entre a data do óbito do instituidor e a efetiva implementação do benefício, no caso de habilitação tardia de menor.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento segundo o qual o termo inicial da pensão por morte, tratando-se de dependente absolutamente incapaz, deve ser fixado na data do óbito do segurado, mesmo em caso de habilitação tardia, não incidindo, portanto, o disposto no art. 76 da Lei 8.213/91.

3. Contudo, a Segunda Turma do STJ iniciou um realinhamento da jurisprudência do STJ no sentido de que o dependente incapaz que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado (art. 74 da Lei 8.213/91) não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando que outros dependentes, integrantes do mesmo núcleo familiar, já recebiam o benefício, evitando-se a dupla condenação da autarquia previdenciária.

4. Precedentes: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015; REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/6/2015, DJe 5/8/2015. Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no REsp 1.590.218/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/06/2016).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITANDO FILHO MAIOR INVÁLIDO. HABILITAÇÃO TARDIA. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS HABILITADOS. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO. ARTIGOS 74 E 76 DA LEI 8.213/1991. RESP 1.513.977/CE. REALINHAMENTO DE ENTENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O presente agravo regimental objetiva a reconsideração de decisão que alterou o termo inicial do benefício pensão por morte à data do requerimento administrativo de habilitação e não à data do óbito do instituidor, considerando ser o habilitando, ora agravante, filho maior inválido do segurado falecido.

2. A questão recursal cinge-se à possibilidade de o autor receber as diferenças da pensão por morte, compreendidas entre a data do óbito e a data da implantação administrativa, considerando ter o autor requerido o benefício após o prazo de trinta dias previsto no artigo 74, I, da Lei 8.213/1991.

3. O Tribunal a quo reconheceu a possibilidade do recebimento das parcelas oriundas desse período supra, apoiando-se no entendimento de que não se cogita da fluência do prazo prescricional e de que a sentença de interdição traduz situação preexistente, tendo efeitos retroativos.

4. Esclareceu-se na decisão agravada que a Segunda Turma do STJ iniciou um realinhamento da jurisprudência do STJ no sentido de que o dependente incapaz, que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado, não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando que outros dependentes, integrantes do mesmo núcleo familiar, já recebiam o benefício.

5. Ainda que no presente caso, o agravante não integre o mesmo núcleo familiar dos já pensionistas, importante asseverar que o novel precedente buscou preservar o orçamento da Seguridade Social, evitando seja a Autarquia previdenciária duplamente condenada ao valor da cota-parte da pensão.

6. Ademais, reforçou-se a inteligência do art. 76 da Lei 8.213/91 de que a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar do requerimento de habilitação, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1523326/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015)

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. MENOR. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS PREVIAMENTE HABILITADOS. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de o recorrido, menor de idade, receber as diferenças da pensão por morte, compreendidas entre a data do óbito e a data da implantação administrativa, considerando que requereu o benefício após o prazo de trinta dias previsto no artigo 74, I, da Lei 8.213/1991 e que havia prévia habilitação de outro dependente.

2. Com efeito, o STJ orienta-se que, como regra geral, comprovada a absoluta incapacidade do requerente da pensão por morte, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor do benefício, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias.

3. Contudo, o STJ excepciona esse entendimento, de forma que o dependente incapaz não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor se outros dependentes já recebiam o benefício. Evita-se, assim, que a Autarquia previdenciária seja condenada duplamente a pagar o valor da pensão. Precedentes: AgInt no REsp 1.590.218/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.6.2016, e AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2015; REsp 1.371.006/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 17.2.2017; REsp

1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5.8.2013; e REsp 1.479.948/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.10.2016.

4. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/1991, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

5. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação, na forma estipulada pelo acórdão recorrido, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão, devendo ser preservado o orçamento da Seguridade Social para garantir o cumprimento das coberturas previdenciárias legais a toda a base de segurados do sistema.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1655424/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

Na mesma linha a orientação desta E. 3ª Seção, a teor do precedente seguinte:

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO A PARTIR DA DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. BENEFICIÁRIO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. HABILITAÇÃO TARDIA. AGRAVO PROVIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A decisão monocrática ora agravada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. A questão controvertida está relacionada à habilitação tardia de dependente incapaz para receber pensão por morte que já estava sendo paga regulamente a outros dependentes.

3. Recentemente, no julgamento do Recurso Especial n. 1.655.424/RJ (RESP 201700292244), a Segunda Turma do E. STJ, por unanimidade, consolidou entendimento no sentido de que, havendo dependentes já em gozo da pensão por morte, o dependente que se habilitar posteriormente terá direito ao benefício apenas a partir da data do requerimento, nos termos do art. 76 da Lei nº 8.213/91. Ademais, a condenação do INSS ao pagamento das parcelas desde o óbito do segurado o obrigaria a pagar em duplicidade o benefício, mesmo sem ter qualquer culpa na habilitação tardia, tendo em vista que não tinha condições de saber da existência de outros dependentes do falecido.

4. Agravo legal provido. Improcedência do pedido formulado na presente ação rescisória. (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 7765 - 0036338-02.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFIRIO, julgado em 24/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2018)

De outra parte, inviável ainda a retroação do termo inicial do benefício de pensão por morte no caso de reconhecimento de paternidade post mortem, cujos efeitos jurídicos somente são oponíveis ao INSS após sua declaração judicial e a partir de quando se caracteriza a qualidade de dependente para fins previdenciários, consoante a orientação jurisprudencial firmada no C. Superior Tribunal de Justiça, a teor dos julgados seguintes:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE.

TERMO INICIAL. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO. TEMPUS REGIT ACTUM. PLURALIDADE DE PENSIONISTAS. RATEIO DO BENEFÍCIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE POST MORTEM. RECEBIMENTO DE VALORES PELA VIÚVA, PREVIAMENTE HABILITADA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS PREVIDENCIÁRIAS.

1. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é a vigente na data do óbito do segurado (tempus regit actum).
2. Aplica-se o art. 74 da Lei de Benefícios, na redação vigente à época da abertura da sucessão (saisine), motivo pelo qual o termo inicial da pensão por morte é a data do óbito.
3. Havendo mais de um pensionista, a pensão por morte deverá ser rateada entre todos, em partes iguais, visto ser benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família.
4. Antes do reconhecimento da paternidade, seja espontâneo, seja judicial, o vínculo paterno consiste em mera situação de fato sem efeitos jurídicos. Com o reconhecimento é que tal situação se transforma em relação de direito, tornando exigíveis os direitos subjetivos do filho.
5. Ainda que a sentença proferida em ação de investigação de paternidade produza efeitos ex tunc, há um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas.
6. O mero conhecimento sobre a existência de ação de investigação de paternidade não é suficiente para configurar má-fé dos demais beneficiários anteriormente habilitados no recebimento de verbas previdenciárias e afastar o princípio da irrepetibilidade de tais verbas.
7. A filiação reconhecida em ação judicial posteriormente ao óbito do instituidor do benefício configura a hipótese de habilitação tardia prevista no art. 76 da Lei n. 8.213/1991.
8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 990.549/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 01/07/2014)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILIAÇÃO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE AJUIZADA TRÊS ANOS DEPOIS DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. HABILITAÇÃO TARDIA (ARTS. 74 E 76 DA LEI 8.213/1991). OUTROS DEPENDENTES HABILITADOS. INÍCIO DO BENEFÍCIO. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o dependente incapaz que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado (art. 74 da Lei n. 8.213/1991) não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando a informação de que outros dependentes já recebiam o benefício, evitando-se a dupla condenação da autarquia previdenciária.
2. No caso dos autos, há considerar que somente em 6/5/2010, passados quase 3 (três) anos da data do óbito (31/7/2007), é que a ora recorrente ingressou com requerimento administrativo junto ao INSS pleiteando o benefício de pensão por morte, mas sem apresentar a documentação necessária para comprovar a sua filiação, o que só ocorreu com o ajuizamento da ação de investigação de paternidade (2010).
3. Conforme precedente desta Corte, “a concessão do benefício para momento anterior à habilitação da autora acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/1991, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar outra duplamente o equivalente a uma cota do valor da pensão, sem que, para justificar o duplo custo, tenha praticado qualquer ilegalidade na concessão do benefício aos dependentes regularmente habilitados por ocasião do óbito do instituidor e que receberam 100% do benefício” (REsp 1.377.720/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5/8/2013).
4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1610128/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018)

Das razões aduzidas na petição inicial impõe-se reconhecer a configuração da hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do artigo 485 do CPC/73, pois o julgado rescindendo deixou de aplicar a norma regente da matéria na solução da lide originária.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido rescindente para desconstituir a decisão terminativa proferida no julgamento da apelação cível nº 2012.03.99.028671-0, ante a violação à literal disposição do artigo 76 da Lei nº 8.213/91.

Do juízo rescisório:

Superado o juízo rescindente, passo ao juízo rescisório.

O requerido postulou o pagamento das parcelas pretéritas do benefício de pensão por morte de que é titular a partir da data do óbito do seu genitor, em 04.06.1994, até a data do início do seu pagamento administrativo, em 19/10/2006.

Nos termos da fundamentação expendida em sede rescindente, houve a concessão do benefício à ex-cônjuge do segurado falecido, desde o óbito, com o que presente óbice do artigo 76 da Lei nº 8.213/91 ao acolhimento da pretensão deduzida na lide originária.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido rescindente e, no juízo rescisório, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na ação originária.

Condeno o requerido ao pagamento de verba honorária, que arbitro moderadamente em R\$ 1.000,00 (um mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção, com a observação de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita, benefício que ora concedo ao requerido ante o requerimento de fls. 117 e a declaração de hipossuficiência de fls. 27.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES

VOTO-VISTA

O INSS ajuizou a presente ação rescisória, com fulcro no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil/1973, visando a desconstituição de decisão monocrática da lavra do então Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, que deu provimento à apelação do autor para reconhecer-lhe o direito ao recebimento de pensão por morte desde o falecimento do segurado instituidor, em 04.06.1994, até o início do pagamento, em 19.10.2006.

O i. Relator Exmo. Sr. Desembargador Federal Baptista Pereira, em seu voto de fls. 131/134, houve por bem julgar improcedente o pedido formulado na presente rescisória, tendo assinalado que “...o C. Superior Tribunal de Justiça firmou a interpretação segundo a qual, em se tratando de habilitação tardia de incapaz, em que o benefício foi concedido anteriormente a outro dependente do mesmo núcleo familiar, não é devida a retroação da pensão à data do óbito, pois implicaria obrigar, de forma injusta, a autarquia previdenciária a efetuar seu pagamento duplamente...”, acrescentando, entretanto, que “..Não obstante a circunstância retratada nos autos é ligeiramente diversa, uma vez que a pensão por morte em discussão vinha sendo paga à esposa do segurado falecido, cuja filiação foi reconhecida somente após o óbito, portanto, não pôde requerer nem usufruiu indiretamente do benefício em momento anterior, caso em que deve prevalecer o interesse do incapaz quanto ao recebimento dos valores em atraso...”.

Por seu turno, o d. Desembargador Federal Paulo Domingues, em seu voto-vista de fl. 142/146, entendeu pela procedência do pedido rescindente e, no juízo rescisório, pela improce-

dência do pedido formulado na ação subjacente, ao argumento de que “..A aplicação do artigo 76 da Lei de Benefícios se fazia de rigor pelo julgado rescindendo, nos termos da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido do direito do dependente absolutamente incapaz receber o benefício de pensão por morte retroativamente à data do óbito do instituidor em caso de habilitação tardia, excepcionando o caso deste benefício já ter sido concedido, em seu valor integral, aos demais dependentes anteriormente habilitados, integrem eles ou não o mesmo grupo familiar, de modo a evitar a condenação da Autarquia ao pagamento da pensão em duplicidade, conforme julgamento do REsp 1.513.977/CE (Informativo nº 0566 - 8 a 20/08/2015)...”.

Pedi vista dos autos apenas para melhor reflexão quanto aos aspectos fáticos e jurídicos que envolvem a presente causa.

De início, cumpre esclarecer que o tema pertinente à incidência de prescrição relativamente ao menor incapaz não é objeto de controvérsia no presente feito, uma vez que o ora réu, então autor, nascido em 28.07.1991, sequer tinha completado 16 anos de idade no momento em que formulou o requerimento administrativo do benefício em tela (01.03.2007), não se cogitando, sob qualquer hipótese, acerca do início de contagem de prazo prescricional.

A rigor, a questão ora aventada diz respeito ao alcance do art. 76 da lei n. 8.213/91, propugnando o ora demandante que na habilitação tardia em pensão por morte, na qual já figuravam outros dependentes, não há parcelas pretéritas, mesmo para menor incapaz, inexistindo, portanto, substrato fático para a incidência da norma.

Nesse passo, observo que o e. STJ, por meio de suas Turmas afetas à matéria previdenciária, mais recentemente, posicionou-se de forma mais clara pela impossibilidade do dependente incapaz de receber o benefício de pensão por morte a partir da data do falecimento do instituidor se outros dependentes já recebiam o benefício (AgInt no REsp 1608639/SP; 1ª Turma; Rel. Ministro Benedito Gonçalves; j. 04.10.2018; DJe 10.10.2018; e REsp 1655424/RJ; 2ª Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin; j. 21.11.2017; DJe 19.12.2017).

Todavia, há que se perquirir se a matéria em debate já se encontrava pacificada no momento em foi proferida a r. decisão rescindenda (09.03.2015).

Penso que não.

Com efeito, os julgados proferidos pelo e. STJ, em data próxima à prolação da r. decisão rescindenda, mostravam-se oscilantes, ora reconhecendo o direito do menor incapaz em receber os valores pretéritos nas situações em que o dependente habilitado anteriormente não estivesse integrado ao mesmo núcleo familiar, como destacado pelo i. Relator (REsp 1354689/PB; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 25.02.2014, DJe 11.03.2014), ora não admitindo o pagamento retroativo, independentemente da convivência ou não do menor incapaz com outros dependentes já habilitados, conforme ressaltado pelo d. Desembargador Federal Paulo Domingues (REsp 990.549/RS.; Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 05.06.2014, DJe 01.07.2014).

Nos Tribunais, não havia, igualmente, uniformidade no entendimento, havendo julgados que abraçaram a mesma tese adotada pela r. decisão rescindenda, consoante abaixo transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DESDE O ÓBITO. DEPENDENTE HABILITADO ANTERIORMENTE DE FORMA REGULAR.

Até a data em que obteve judicialmente o reconhecimento da paternidade, a autora não possuía documentos comprobatórios do vínculo de parentesco com o segurado instituidor,

o que, a toda evidência, lhe impedia de requerer a pensão na via administrativa, ainda que dela necessitasse para sua subsistência.

Considerando que a sentença que declara a relação de paternidade tem efeitos 'ex tunc', os valores devidos a título de pensão por morte devem corresponder à data do óbito do ex-segurado. A 3ª Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, não podendo o menor ser prejudicado pela omissão de seus responsáveis, tem o direito de receber a pensão desde a data do óbito, ainda que tenha ocorrido habilitação regular de dependente em data anterior à sua própria habilitação.

(TRF - 4ª Região; APELREEX - 5006577-52.2013.4.04.7000/PR; 5ª Turma; j. 17.12.2014)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA. ART. 76 DA LEI Nº 8.213/91. MENOR.

Em face da proteção jurídica ao incapaz, pela qual não se pode admitir que ele sofra as consequências da inércia do seu representante legal ou as de qualquer outro caso de força maior, como, in casu, ajuizamento de investigação de paternidade, não é aceitável a aplicação estrita do art. 76, pela qual a habilitação de quem quer que seja, ainda que incapaz, somente surtiria efeito da data da habilitação por diante, se já houver outro dependente habilitado.

Agravo interno desprovido.

(TRF - 2ª Região; APELREEX - 0000208-46.2004.4.02.5110; Rel. Liliane Roriz; j. 29.11.2011; publ. 12.12.2011)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS ENTRE A DATA DO ÓBITO E A DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. CON-SECTÁRIOS LEGAIS. DESPESAS PROCESSUAIS.

(...)

Em se tratando de menor absolutamente incapaz, a pensão por morte será devida desde a data do óbito, não se aplicando em seu desfavor o disposto no art. 76, da Lei 8.213/1991, nem a prescrição quinquenal (CC, art. 198, I; e, Lei 8.213/91, art. 79 e 103, parágrafo único), cuja causa impeditiva do transcurso somente desaparece com a maioria (art. 5º do CC) (Cf. STJ, REsp 1405909/AL, DJe 09/09/2014).

No caso concreto, são devidas à parte autora as diferenças de sua quota-parte a título de pensão por morte desde a data do óbito de seu genitor até a data em que efetivamente passou a receber o benefício na esfera administrativa.

(...)

(TRF-1ª Região; AC. n. 0067287-14.2010.4.01.9199; 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais; j. 01.02.2016)

Destarte, verifica-se que a matéria em debate era, ao menos, controversa, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF, de modo a inviabilizar a abertura da via rescisória.

Importante acentuar que a causa subjacente encerra o confronto de valores amparados pelo ordenamento jurídico e prestigiados pela sociedade (proteção jurídica do interesse do menor incapaz em face do resguardo do dinheiro público), não me parecendo, assim, aberrante ou teratológica a r. decisão rescindenda que acabou por dar prevalência a um deles em detrimento do outro.

Diante do exposto, acompanho o ilustre Relator integralmente.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO

VOTO-VISTA

Primeiramente, esclareço que pedi vista destes autos a fim de melhor analisar a questão central em debate: se o julgado rescindendo deixou de adentrar à análise da aplicação do artigo 76 da Lei nº 8.213/91, e, se assim sendo, se tal circunstância teria o condão de viabilizar a abertura da via rescisória.

Minhas conclusões quanto a essas indagações são as seguintes: a análise do artigo 76 da Lei 8.213/91, de fato, não foi realizada expressamente pelo julgado rescindendo, podendo-se, contudo, concluir ter sido feita implicitamente pelo julgador, ao acompanhar jurisprudência da época que, ao aplicar as normas impeditivas do curso do prazo prescricional aos menores absolutamente incapazes, fixava o início do benefício desde o óbito do instituidor.

Assim, em razão de a jurisprudência da época não ser ainda conclusiva quanto ao tema, não há falar-se na abertura da via rescisória, por aplicação da Súmula 343 do STF.

Passo, outrossim, a externar minhas reflexões sobre o tema.

Pois bem, no caso dos autos, verifica-se que o autor da ação subjacente, nascido aos 28.07.1991 e filho de Rosidéia Aparecida da Conceição (fl. 29), tinha apenas três anos de idade quando do óbito de seu genitor, Sr. Paulo Sérgio de Macedo, falecido em 04.06.1994 (fl. 32).

Consta, ademais, que o “de cujus” possuía relação conjugal com a Sra. Maria de Fátima S. de Macedo, que requereu e recebeu pensão por morte do falecido desde o óbito até 06.11.2006 (fl. 45), sendo certo que o ora requerido, por ser filho do “de cujus” em relação, ao que parece, extraconjugal com Rosidéia Aparecida da Conceição, precisou ingressar com ação judicial de reconhecimento de paternidade para ser reconhecido como filho de Paulo Sérgio de Macedo, conforme consta da certidão de fl. 28, passando, somente então, a ter em seu registro civil o sobrenome de seu pai, retificando-se seu nome de Pedro Henrique da Conceição para Pedro Henrique de Macedo.

Portanto, o caso em análise, como bem destacado pelo eminente Relator, possui peculiaridades de extrema relevância, já que, como visto, o falecido tinha mais de um dependente da mesma classe, mas de diferente núcleo familiar - sua esposa e o ora requerido -, porém, como este último era absolutamente incapaz à época do falecimento e sequer ainda reconhecido legalmente pelo “de cujus” como filho, estava impossibilitado de pleitear o benefício de pensão por morte.

Dessa forma, parece-me imprescindível o escopo de se preservar o direito do menor incapaz, já que ele somente pode pleitear o benefício em questão após demorado processo judicial de reconhecimento de paternidade, devendo, em casos como tais, o artigo 76 da Lei 8.213/91 ser interpretado em cotejo ao artigo 198, I, do Código Civil, e aos artigos 79 e 103, § único, da Lei 8.213/91, que dispõem:

Código Civil:

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

Lei 8.213/91:

Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.

Art. 103. [...]

Parágrafo único. 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, na forma do Código Civil - grifei.

Com efeito, a aplicar-se literalmente o artigo 76 da Lei 8.213/91, sem observar as peculiaridades em questão, seria fazer letra morta às normas supramencionadas, deixando-se de garantir ao incapaz direito fundamental e alimentar, que, por razões alheias à sua vontade, não poderia ser pleiteado desde o óbito de seu genitor, já que sequer era ainda reconhecido como descendente.

Por essas razões, entendo não haver falar-se em violação a literal disposição de lei pela decisão judicial que, observando esses aspectos, ainda que implicitamente contidos em suas razões de decidir, faz prevalecer a aplicação das normas impeditivas do curso do prazo prescricional aos menores absolutamente incapazes de que trata o artigo 3º do Código Civil Brasileiro.

E é exatamente em razão da reflexão aqui externada que a jurisprudência da época do julgado rescindendo era oscilante quanto ao tema, como muito bem demonstrado no voto do eminente Relator, bem como no voto-vista do Exmo Desembargador Federal Sérgio Nascimento (fls. 151/153), a ensejar a aplicação ao caso da Súmula 343 do C. STF, impedindo-se a abertura do juízo rescisório.

Ante o exposto, pedindo vênia ao brilhante voto divergente do eminente Desembargador Federal Paulo Domingues, acompanho integralmente o ilustre Relator.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0043044-98.2015.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: APARECIDA RAMOS ORTIZ IGNACIO

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE - TRABALHADOR RURAL - REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - CORREÇÃO MONETÁRIA

1. Para a obtenção da aposentadoria por idade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima e (ii) efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao da carência exigida para a sua concessão.

2. A idade mínima exigida para obtenção do benefício foi comprovada, tendo a parte autora nascida em 03/04/1952.

3. Com o implemento do requisito etário em 03/04/2007, a parte autora deve comprovar o exercício do labor rural no período imediatamente anterior a 2007, mesmo que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício requerido (156), não tendo o Instituto-réu conseguido infirmar a validade dos depoimentos prestados e dos documentos trazidos.

4. O início de prova material, corroborado por robusta e coesa prova testemunhal, comprova a atividade campesina exercida pela parte autora.

5. As propriedades rurais em comento totalizam cerca de 85 há e que o alqueire paulista equivale a 2,42 hectares, forçoso concluir que a propriedade rural da autora é inferior aos 04 módulos fiscais exigidos apenas após o advento da alteração da lei em 2008, não podendo ser considerada latifúndio.

6. Presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, o requisito da idade e demonstrado o exercício da atividade rural, por período equivalente ao da carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8213/91, a procedência do pedido era de rigor.

7. Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, mantidos em 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença (Súmula nº 111/STJ), como arbitrados pela decisão apelada.

8. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se, (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária,

segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

9. Remessa oficial não conhecida e apelo do INSS parcialmente provido. De ofício, alterados os critérios de correção monetária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa necessária e, por maioria, dar parcial provimento ao apelo do INSS, e determinar, de ofício, a alteração da correção monetária, nos termos do voto da Des. Federal Inês Virginia, com quem votaram o Des. Federal Toru Yamamoto e o Des. Federal David Dantas, vencidos o relator e o Des. Federal Carlos Delgado que davam provimento à apelação da autarquia.

São Paulo, 24 de junho de 2019.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, em regime de economia familiar, com pedido de tutela antecipada.

A antecipação da tutela foi indeferida e a sentença julgou procedente o pedido e condenou o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural à parte autora, a partir do requerimento administrativo, acrescido de correção monetária, mês a mês, desde a propositura da ação, e juros de mora, de 0,5% ao mês, a partir da citação. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença.

Sentença submetida ao reexame necessário.

O INSS apelou, requerendo, preliminarmente, a submissão da sentença ao reexame necessário. No mérito, sustenta que a parte autora é proprietária de 02 (dois) imóveis rurais de grande extensão e que é grande produtora rural, fatos que descaracterizam o regime de economia familiar, bem como fragilidade da prova oral, pedindo a improcedência da ação. Caso mantida a condenação, requer que a correção monetária e os juros de mora sejam aplicados de acordo com a Lei nº 11.960/2009 e os honorários de advogado fixados em 10%, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Considerando que a sentença foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, passo ao exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no seu artigo 475.

Embora não seja possível, de plano, aferir-se o valor exato da condenação, pode-se concluir, pelo termo inicial do benefício (18/03/10 - fls. 12), seu valor aproximado e a data da

sentença (22/04/15 - fls. 115), que o valor total da condenação não alcançará a importância de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecida no § 2º.

Assim, é nítida a inadmissibilidade, na hipótese em tela, do reexame necessário.

Passo ao exame do recurso voluntário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Com efeito, consoante o disposto no artigo 48, § 1º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para a obtenção da aposentadoria rural por idade, é necessário que o homem tenha completado 60 anos e a mulher, 55 anos.

No artigo 142 da mencionada lei consta uma tabela relativa à carência, considerando-se o ano em que o rurícola implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

Por sua vez, o artigo 143 do mesmo diploma legal, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, estabelece que: “O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea ‘a’ do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”.

A Lei nº 11.718/2008 prorrogou o termo final do prazo para 31 de dezembro de 2010, aplicando-se esta disposição, inclusive, para o trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (art. 2º, caput e parágrafo único).

Observe-se que após o período a que se referem esses dispositivos, além do requisito etário, será necessário o cumprimento da carência de 180 meses, a teor do que dispõe o artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/1991.

O legislador, para promover esta transição ao sistema contributivo, possibilitou ao empregado rural e contribuinte individual, na concessão da aposentadoria por idade, para efeito de carência, que cada mês comprovado de emprego, de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, seja multiplicado por 3, limitado a 12 dentro do mesmo ano e no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, que cada mês de emprego seja multiplicado por 2, limitado a 12 meses dentro do mesmo ano.

Assim, para os empregados rurais (bóias-frias/volantes), o exercício de atividade rural será computado para efeito de carência nos moldes do art. 143 da Lei de Benefícios, até 31/12/2010. Após esta data, se não atingido o número de meses necessário, deverá atender ao art. 3º, incisos II e III, da Lei nº 11.718/2008.

Em relação aos segurados especiais, não incidem as limitações acima. O artigo 39 da Lei nº 8.213/91 prevê os benefícios devidos ao segurado especial. Estabelece, ainda, que para a obtenção da aposentadoria por idade, o segurado especial deverá comprovar o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência, conforme preceitua o artigo 39, inciso I, da lei mencionada. Em outras palavras, não é exigido o cumprimento de carência do segurado especial, mas o efetivo exercício de atividade rural, na forma especificada no dispositivo em comento.

O conceito de segurado especial é dado pelo artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91. A Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008, estendeu ao seringueiro ou extrativista vegetal (que labore

na forma do art. 2º, caput, inciso XII da Lei nº 9.985/2000), bem como ao pescador artesanal ou a este assemelhado a condição de segurado especial.

O §1º do artigo 11 da Lei nº 8.213/91 define o regime de economia familiar. É possível ao segurado especial valer-se de empregados contratados, em épocas de safra, por no máximo 120 (cento e vinte) dias, nos termos do §7º do artigo acima referido. Por outro lado, o §8º descreve determinadas atividades que não descaracterizam a condição de segurado especial, enquanto que os incisos do §9º trazem um rol dos rendimentos que podem ser auferidos por membro do grupo familiar, sem que este perca sua condição de segurado especial.

Ressalte-se que o entendimento atual do STJ, expresso no Recurso Especial n. 1.354.908/SP, processado sob o rito dos recursos repetitivos, é no sentido de exigir que o segurado especial esteja laborando no campo quando completar a idade mínima para se aposentar, ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, tenha preenchido de forma concomitante os requisitos no passado .

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.

2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1354908/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 10/02/2016)

Conclui-se, portanto, que para a concessão da aposentadoria por idade rural são necessários os requisitos: idade mínima e prova do exercício da atividade laborativa pelo período previsto em lei, no período imediatamente anterior ao que o segurado completa a idade mínima para se aposentar.

Nos termos da Súmula de nº 149 do STJ, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de início razoável de prova documental: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

Não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal faça referência à época em que foi constituído o documento (AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012).

A idade mínima exigida para a obtenção do benefício restou comprovada pela documentação pessoal da autora, acostada à fl. 11. (nascida em 03/04/52).

Para comprovar as suas alegações, a autora apresentou os seguintes documentos, dentre outros: I) certidão de casamento, realizado em 1971, na qual o marido figura como lavrador; II) histórico de matrícula relativo a uma gleba de terras de 33,29557 ha, localizado em São Pedro do Turvo/SP, no qual a autora e o marido, qualificado como lavrador, figuram como compradores, conforme escritura pública datada de 29/03/90; III) histórico de matrícula relativo a uma gleba de terras de 50,429339 ha, localizado em São Pedro do Turvo/SP, no qual a autora e o marido, qualificado como lavrador, figuram como compradores, conforme escritura pública datada de 29/03/90; IV) notas fiscais de produtor em nome do marido, datadas de 1990 a 2009.

De acordo com o Sistema Nacional de Cadastro Rural, o módulo fiscal na cidade de São Pedro do Turvo equivale a 20 ha de terras.

Assim, verifica-se que a soma das áreas dos imóveis rurais da autora possui extensão superior aos 4 módulos fiscais previstos no art. 11, inc. VII, letra “a”, “1”, da Lei 8.213,91, afastando a possibilidade de reconhecimento da atividade em regime de economia familiar, sendo de rigor a improcedência do pedido.

Inverto o ônus da sucumbência e condeno a parte autora ao pagamento de honorários de advogado que ora fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), de acordo com o §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973, considerando que o recurso foi interposto na sua vigência, não se aplicando as normas dos §§1º a 11º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015, cuja exigibilidade, diante da assistência judiciária gratuita que lhe foi concedida, fica condicionada à hipótese prevista no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Diante do exposto, não conheço da remessa necessária e dou provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA: Aparecida Ramos Ortiz Ignácio ajuizou a presente ação objetivando a concessão de aposentadoria por idade rural, em regime de economia familiar.

Processado o feito sobreveio sentença que julgou procedente o pedido e condenou o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural à parte autora, a partir do requerimento administrativo, acrescido de correção monetária, mês a mês, desde a propositura da ação, juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS apelou requerendo, preliminarmente, a submissão da sentença ao reexame necessário. No mérito, sustenta que a parte autora é proprietária de 02 (dois) imóveis rurais de grande extensão e que é grande produtora rural, o que descaracteriza o regime de economia familiar.

Argui, ainda, a fragilidade da prova oral, sendo de rigor a improcedência da ação.

Alternativamente, pede a reforma parcial da sentença para que a correção monetária

e os juros de mora sejam aplicados de acordo com a Lei nº 11.960/2009 e os honorários de advogado sejam fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

O eminente Relator, em seu judicioso voto, não conheceu da remessa necessária e deu provimento ao recurso do INSS, em síntese, sob o fundamento que a soma das áreas dos imóveis rurais da autora possui extensão superior aos 4 módulos fiscais previstos no art. 11, inc. VII, letra “a”, “1”, da Lei 8.213/91, o que descaracteriza a atividade em regime de economia familiar.

Pedi vista para uma análise mais aprofundada dos autos.

A parte autora pleiteia a concessão de aposentadoria por idade rural, prevista no artigo 48, §§1º e 2º da Lei nº 8.213/91, verbis:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

Em síntese, para a obtenção da aposentadoria por idade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima e (ii) efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao da carência exigida para a sua concessão.

No que tange à carência, considerando o ano em que o rurícola implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, o artigo 142 da Lei nº 8.213/91 estabelece regra de transição a ser observada pelos segurados inscritos na Previdência Social até 24/07/91.

Por sua vez, a regra de transição prevista na Lei nº 8.213/91, em seu artigo 143, estabelece que “O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea ‘a’ do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.”

Em outras palavras, facultou-se aos trabalhadores rurais, atualmente enquadrados como segurados obrigatórios, que requeressem até o ano de 2006 (15 anos da data de vigência da Lei nº 8.213/91) aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, bastando apenas a comprovação do exercício de trabalho rural em número de meses idêntico à carência do benefício, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário ou ao seu requerimento.

Com o advento da Lei nº 11.718/2008, referido prazo foi prorrogado, exaurindo-se em 31/12/2010, a partir de quando se tornou exigível o recolhimento de contribuições, na forma estabelecida em seu art. 3º.

Portanto, em se tratando de segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até

24/07/91, deve ser considerada a tabela progressiva inserta no artigo 142 da Lei de Benefícios, não havendo que se falar em exigência de contribuição ao trabalhador rural, bastando a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Aos que ingressaram no sistema após essa data, aplica-se a regra prevista no art. 25, inc. II, da Lei de Benefícios que exige a comprovação de 180 contribuições mensais.

COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL

A comprovação do tempo de serviço em atividade rural, seja para fins de concessão de benefício previdenciário ou para averbação de tempo de serviço, deve ser feita mediante a apresentação de início de prova material, conforme preceitua o artigo 55, § 3º, da Lei de Benefícios, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, entendimento cristalizado na Súmula nº 149, do C. STJ: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

Diante das precárias condições em que se desenvolve o trabalho do lavrador e as dificuldades na obtenção de prova material do seu labor, quando do julgamento do REsp. 1.321.493/PR, realizado segundo a sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC, art. 543-C), abrandou-se a exigência da prova admitindo-se início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Importante dizer que a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, restou sedimentada pelo C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia repetitiva.

Destaca-se, ainda, que, diante da dificuldade do trabalhador rural na obtenção da prova escrita, o Eg. STJ vem admitindo outros documentos além daqueles previstos no artigo 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, cujo rol não é taxativo, mas sim, exemplificativo (AgRg no REsp nº 1362145/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campell Marques, DJe 01/04/2013; AgRg no Ag nº 1419422/MG, 6ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 03/06/2013; AgRg no AREsp nº 324.476/SE, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 28/06/2013).

Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, a prova testemunhal possui aptidão para ampliar a eficácia probatória da prova material trazida aos autos, sendo desnecessária a sua contemporaneidade para todo o período de carência que se pretende comprovar (Recurso Especial Repetitivo 1.348.633/SP, (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014) e Súmula 577 do Eg. STJ.

CASO CONCRETO

A idade mínima exigida para obtenção do benefício restou comprovada, tendo a parte autora nascido em 03/04/1952.

Com o implemento do requisito etário em 03/04/2007, a parte autora deve comprovar o exercício do labor rural no período imediatamente anterior a 2007, mesmo que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício requerido (156), não tendo o Instituto-réu conseguido infirmar a validade dos depoimentos prestados e dos documentos trazidos.

Portanto, a parte autora deve comprovar o exercício da atividade rural de 1994 a 2007 (13 anos).

Para comprovar suas alegações, a parte autora apresentou os seguintes documentos:

certidão de casamento celebrado em 1971 onde seu marido está qualificado como lavrador; certidão da matrícula de imóvel rural de uma gleba de terras de 13,75866 alqueires, equivalentes a 33,29557 ha, localizado em São Pedro do Turvo/SP, no qual a autora e o marido, qualificado como lavrador, figuram como compradores, conforme escritura pública datada de 29/03/90; certidão de matrícula de gleba de terras de 50,429339 ha, localizado em São Pedro do Turvo/SP, onde a autora e o marido, qualificado como lavrador, figuram como compradores, conforme escritura pública datada de 29/03/90; notas fiscais de produtor em nome do marido, datadas de 1990 a 2009; certidão de inscrição de João Carlos Inácio e Outros como produtor rural, em 05/09/1990, renovada em 02/12/2006; declarações cadastrais de produtor - DECAP, em nome de João Carlos Ignácio e Outros.

Os documentos colacionados pela parte autora constituem início razoável de prova material de que ela trabalhava nas lides campesinas.

Por sua vez, a prova testemunhal produzida nos autos evidenciou de forma segura e indubitosa o labor rural da parte autora, sendo que os depoentes, que a conhecem há muitos anos, foram unânimes em suas declarações, confirmando que ela sempre trabalhou na lavoura, tendo abandonado as lides do campo há, aproximadamente, 04/05 anos (audiência realizada em 04/11/2014).

Reinaldo Maciel de Góes (fl. 102), morador nas proximidades da propriedade rural da família da autora, a conhece há trinta anos. Esclareceu que, antes de se casar, a autora já auxiliava os pais nos serviços rurais, em plantações de café, mandioca, arroz e milho. Após ter se casado, continuou exercendo a mesma atividade rural, juntamente com o marido e os cunhados, em propriedade arrendada, onde laborava no cultivo de milho, mandioca, além de criação de porcos e galinhas, assim permanecendo por quatro ou cinco anos, quando transferiu residência para a cidade.

Maria Luíza Rossini (fl. 103), moradora na zona rural, em São Pedro do Turvo, disse que “toda vida” conhece a autora, trabalhando na lavoura, até mudar-se para a cidade. A autora e o marido arrendavam parte da propriedade rural da família da testemunha, explorando a terra com lavoura de mandioca e milho.

Paulo Lopes (fl. 104) relatou que seus avós possuem terras no bairro Água do Camilo, em São Pedro do Turvo, propriedade vizinha à da família da autora; onde a conheceu há vinte e cinco anos, trabalhando na lavoura em companhia do marido, até aproximadamente cinco ou seis anos, pois mudou-se para a cidade.

Assim sendo, o início de prova material, corroborado por robusta e coesa prova testemunhal, comprova a atividade campesina exercida pela parte autora.

Anoto, por oportuno, que a extensão da propriedade rural só passou a ser requisito à configuração da condição de segurado especial com a edição da Lei n. 11.718, de 20-06-2008, que deu nova redação ao inciso VII, do artigo 11, da Lei n.º 8.213/91.

Portanto, há que se considerar se, no caso concreto, o período vindicado como de exercício de atividade agrícola em regime de economia familiar é anterior à edição da Lei n.º 11.718/2008 ou não.

Isso porque, se o período for anterior, a novel legislação é inaplicável.

Assim sendo, a extensão da propriedade é apenas mais um aspecto a ser analisado juntamente com o restante do conjunto probatório, não constituindo, isoladamente, óbice ao reconhecimento da condição de segurado especial, salvo nas hipóteses em que a área do imóvel seja de tal monta que inviabilize a sua exploração apenas pelo grupo familiar.

Portanto, afigura-se imprescindível a análise de vários elementos - localização do imóvel, tipo de cultura explorada, quantidade de produção comercializada, número de membros familiares que laboram na atividade rural, utilização ou não de maquinário agrícola e de mão de obra de terceiros de forma não eventual - juntamente com a extensão do imóvel, é que permitirão um juízo de valor seguro acerca da condição de rurícola do segurado.

Nessa esteira, a Súmula nº 30 da TNU, editada anteriormente à edição da Lei 11.718/08, assevera:

Tratando-se de demanda previdenciária, o fato de o imóvel ser superior ao módulo rural não afasta, por si só, a qualificação de seu proprietário como segurado especial, desde que comprovada, nos autos, a sua exploração em regime de economia familiar.

No caso concreto, haure-se das certidões de fls. 14 e 17 que os imóveis objeto das respectivas matrículas foram vendidos em partes iguais para João Carlos Ignácio casado com Aparecida Ramos Ortiz Ignácio (autora); Valdir Ignácio; Henrique Inácio; Nabor de Oliveira Pinto casado com Iraci Inácio de Oliveira.

Sobre a questão a inicial esclarece que tudo que era produzido e vendido em regime de economia familiar era repartido entre a r autora, seu esposo, filhos e cunhados, que possuíam uma só inscrição de produtor rural e usavam o mesmo talão de produtor.

Considerando que as propriedades rurais em comento totalizam cerca de 85 há e que o alqueire paulista equivale a 2,42 hectares, forçoso concluir que a propriedade rural da autora é inferior aos 04 módulos fiscais exigidos apenas após o advento da alteração da lei em 2008, não podendo ser considerada latifúndio.

Por fim, em consulta ao CNIS do seu marido verifico que o próprio INSS reconheceu a ele o direito à percepção do benefício de aposentadoria por idade rural, em 18/03/2010.

CONCLUSÃO

Desse modo, presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, vez que implementado o requisito da idade e demonstrado o exercício da atividade rural, por período equivalente ao da carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8213/91, a procedência do pedido era de rigor.

Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, mantidos em 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença (Súmula nº 111/STJ), como arbitrados pela decisão apelada.

Vale destacar que a inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF, ocasião em que foi determinada a aplicação do IPCA-e (RE nº 870.947/SE, repercussão geral).

Tal índice deve ser aplicado ao caso, até porque o efeito suspensivo concedido em 24/09/2018 pelo Egrégio STF aos embargos de declaração opostos contra o referido julgado para a modulação de efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, surtirá efeitos apenas quanto à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, o que deverá ser observado na fase de liquidação do julgado.

E, apesar da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não é o caso de adotá-lo, porque em confronto com o julgado acima mencionado.

Se a sentença determinou a aplicação de critérios de correção monetária diversos daqueles

adotados quando do julgamento do RE nº 870.947/SE, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento do Egrégio STF, em sede de repercussão geral.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, portanto, aplicam-se, (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Ante o exposto, com a devida vênia do Exmo. Relator, NÃO CONHEÇO da remessa oficial, (ii) DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do INSS, para que os juros de mora incidam na forma prevista na Lei nº 11.960/2009; (iii) DETERMINO, DE OFÍCIO, a alteração da correção monetária, nos termos expendidos no voto. Mantenho, quanto ao mais, a sentença de 1º grau.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL

0046645-15.2015.4.03.9999

Apelantes: ANA MARIA IGNACIO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. RUÍDO. USO DE EPI. FRENTISTA. AGENTES BIOLÓGICOS. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DIB. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. CUSTAS. JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Sentença declaratória. Impossibilidade de aferição do valor econômico. Inaplicável o §2º do artigo 475 do CPC/73. Remessa necessária tida por ocorrida.
2. São requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições, ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda Constitucional 20/98 equivale a tempo de contribuição, a teor do seu art. 4º.
3. Deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho para o reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e os meios de sua demonstração.
4. A especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário (a partir de 11/12/97).
5. Para o agente ruído, considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB. A partir da edição do Decreto nº 4882 em 18/11/2003, o limite passou a ser de 85Db.
6. O uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI para o agente nocivo ruído, desde que em níveis acima dos limites legais, não descaracteriza o tempo de serviço especial.
7. Comprovada a profissão de frentista, é inerente a exposição habitual e permanente a hidrocarbonetos de petróleo, o que torna a atividade especial, enquadrando-se no código 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79.
8. O autor cumpriu o requisito temporal e a carência prevista na Lei de Benefícios, fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República.
9. O benefício é devido desde a data da citação.
10. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da

conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux, observado quanto a este o termo inicial a ser fixado pela Suprema Corte no julgamento dos embargos de declaração.

11. Inversão do ônus da sucumbência.

12. A cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal, rege-se pela legislação estadual. Art. 1º, §1º, da Lei 9.289/96.

13. As Leis Estaduais nºs 4.952/85 e 11.608/03 asseguram a isenção de custas processuais ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS nas ações que tramitam perante a Justiça Estadual de São Paulo.

14. Preliminar acolhida. Remessa necessária, tida por ocorrida e apelação do INSS não providas. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar para conhecer da remessa necessária, tida por ocorrida e negar-lhe provimento, bem como dar parcial provimento à apelação da parte autora, e por maioria, negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de junho de 2019.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária em que se objetiva a concessão de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de período trabalhado em atividades especiais.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer como laborado(s) em atividade(s) especial(ais) o(s) período(s) de 01/02/1979 a 08/05/1979 e 03/08/1988 a 22/08/2011, determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a averbação de tais períodos. Fixou a sucumbência recíproca.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, requerendo, preliminarmente, a necessidade de sujeição da sentença ao reexame necessário. No mérito, alega que o autor não comprovou o exercício de atividade especial, sendo insuficiente o conjunto probatório produzido.

A parte autora, por sua vez, afirma o exercício de atividades especiais também no(s) período(s) de 23/08/2011 a 26/03/2015, pleiteando o seu reconhecimento, bem como a concessão da aposentadoria especial ou a aposentadoria por tempo de contribuição.

Com contrarrazões, vieram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Tendo em vista que a sentença, proferida anteriormente à Lei nº 13.105/2015, tem cunho declaratório e, no caso concreto, é impossível aferir ou definir o valor econômico dela decorrente, entendo inaplicável ao caso o disposto no §2º do art. 475 do Código de Processo Civil de 1973, que dispensa a remessa necessária na hipótese de a condenação, ou o direito controvertido, ser de valor certo e não exceder 60 (sessenta) salários mínimos (cf. STJ, Corte Especial, EResp 600596, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04/11/2009, v.u., DJE 23/11/2009).

Assim, tenho por ocorrida a remessa necessária.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações.

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição - requisitos

A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20 de 15 de dezembro de 1998, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher e para completar 30 anos, no caso do homem).

Atualmente, são requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional 20/98.

Aposentadoria Especial

A aposentadoria por tempo de serviço especial teve assento primeiro no artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que estabeleceu que seria concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Prevê ainda, o mencionado diploma legal, no art. 162, o reconhecimento de atividade especial prestada em data anterior à sua edição, na hipótese de seu cômputo ser mais benéfico ao segurado.

Como assentado pelas Cortes Superiores “tal hipótese, apesar de similar, não se confunde com a questão da legislação aplicável ao caso de concessão de aposentadoria, tampouco com aquela que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa da lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço. (...) Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercida depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à

lei de regência” (Ag Rg no REsp nº 1015694, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, DJe 01/02/2011)

Essa norma foi expressamente revogada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que passou a discipliná-la no artigo 9º, alterando, em efeitos práticos, apenas o período de carência de 15 (quinze) anos para 5 (cinco) anos de contribuição, mantendo no mais a redação original.

Sobreveio, então, o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reclassificando as atividades profissionais segundo os agentes nocivos e os grupos profissionais tidos por perigosos, insalubres ou penosos, com os respectivos tempos mínimos de trabalho.

Importante ressaltar que os Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79 tiveram vigências simultâneas, de modo que, conforme reiteradamente decidido pelo C. STJ, havendo colisão entre as mencionadas normas, prevalece a mais favorável ao segurado. (REsp nº 412351, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, pág. 355).

As atividades insalubres previstas nas aludidas normas são meramente exemplificativas, podendo outras funções ser assim reconhecidas, desde que haja similitude em relação àquelas legalmente estatuídas ou, ainda, mediante laudo técnico-pericial demonstrativo da nocividade da ocupação exercida. Nesse sentido, o verbete 198 da Súmula do TFR.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumpra observar que a Lei nº 9528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Ressalto que no tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

A extemporaneidade do documento comprobatório das condições especiais de trabalho não prejudica o seu reconhecimento como tal, “pois a situação em época remota era pior ou

ao menos igual a constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.” (Des. Fed. Fausto De Sanctis, AC nº 2012.61.04.004291-4, j. 07/05/2014)

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Até 09 de outubro de 2013, os Tribunais adotavam o enunciado pela Súmula nº 32 da TNU. Contudo, esta Súmula foi cancelada em decorrência do julgamento da PET 9059 pelo Superior Tribunal de Justiça (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJe 09/09/2013) cujo entendimento foi sufragado no julgamento do REsp 1398260/PR (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014), sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do *tempus regit actum*. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de 19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).

É corrente em nossos tribunais a tese de que sempre se exigiu laudo técnico para comprovar a exposição do trabalhador aos agentes físicos ruído e calor em níveis superiores aos limites máximos de tolerância. Entretanto, no tocante às atividades profissionais exercidas até 10/12/97 - quando ainda não havia a exigência legal de laudo técnico -, essa afirmação deve ser compreendida, não na literalidade, mas no sentido de ser necessário o atesto efetivo e seguro dos níveis de intensidade dos agentes nocivos a que o trabalhador esteve exposto durante sua jornada laboral.

Logo, para as atividades profissionais exercidas até 10/12/97, é suficiente que os documentos apresentados façam expressa menção aos níveis de intensidade dos agentes nocivos.

Uso de equipamento de proteção individual - EPI, como fator de descaracterização do tempo de serviço especial

A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 664335, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, com reconhecimento de repercussão geral, na data de 04.12.2014, em que restou decidido que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional ao reconhecimento das atividades especiais.

Restou assentado também que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI,

não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

O fato de a empresa fornecer equipamento de proteção individual - EPI para neutralização dos agentes agressivos não afasta, por si só, a contagem do tempo especial, pois cada caso deve ser examinado em suas peculiaridades, comprovando-se a real efetividade do aparelho e o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1428183/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014).

Ainda, conforme a jurisprudência citada, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em níveis acima dos limites legais, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas.

Conversão do tempo de serviço especial em comum

Deve ser afastada qualquer tese de limitação temporal de conversão de tempo de serviço especial em comum, seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10/12/1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, permanecendo, assim, a possibilidade legal de conversão, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711/98. Nesse sentido decidiu a Terceira Seção do STJ no Resp 1.151.363/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, data do julgamento: 23/03/2011.

O Decreto nº 83.080/79 foi renovado pelo Decreto nº 3.048/99 e este, por sua vez, prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum ao trabalho prestado em qualquer período.

Caso concreto - elementos probatórios

Atividade especial

De início, verifica-se que a controvérsia cinge-se à especialidade das atividades trabalhadas no(s) período(s) de 01/02/1979 a 08/05/1979, 03/08/1988 a 22/08/2011 e 23/08/2011 a 26/03/2015, considerando que em relação aos demais, quais sejam, de 28/05/1981 a 25/01/1982, já houve reconhecimento na esfera administrativa do INSS - fls. 24.

Neste contexto, do exame dos autos verifico que o período de 01/02/1979 a 08/05/1979 deve ser considerado como trabalhado em condições especiais, porquanto restou comprovado o exercício da atividade de frentista em posto de combustível, conforme a CTPS acostada às fls. 15 vº, sendo inerente à profissão em comento a exposição habitual e permanente a hidrocarbonetos de petróleo, enquadrando-se no código 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64.

Quanto ao reconhecimento da insalubridade, o período compreendido entre 03/08/1988 a 22/08/2011, laborados na Prefeitura Municipal de Matão, nas funções de servente de escola, serviços gerais e auxiliar de serviços gerais no setor de Depto. de Educação, devem ser reconhecidos como especial, porquanto restou comprovada a exposição habitual e permanente a agentes biológicos (vírus e bactérias), conforme Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP e laudo técnico acostados às fls. 89/90 e 126/132, sem o uso de EPI eficaz, enquadrando-se no código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64, item 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79 e item 3.0.1 do Decreto nº 2.172/97.

A descrição pormenorizada das atividades, constante nos formulários, confirma a efetiva exposição, bem como o contato físico com pacientes e materiais de trabalho: “Servente de escola: Executa serviços de limpeza em salas de aulas, banheiro, pátio escolar, lavagem de utensílios e limpeza da cozinha e outras tarefas afins; serviços gerais: Executa serviços de limpeza em salas médicas, sala de curativo, inala terapia, faz a retirada dos lixos das salas, faz a limpeza dos banheiros utilizado pelos pacientes, esterilização de material de curativo e odontológico e auxilia no atendimento ao público e outras áreas afins; Auxiliar de serviços gerais: Executa serviços de lavagem e esterilização de materiais odontológico após atendimento, auxilia em pequenas cirurgias odontológicas, orientação aos alunos e pais sobre saúde bucal e auxilia no atendimento de balcão”. (fls. 27).

Contudo, quanto ao período de 23/08/2011 a 26/03/2015 não há prova da exposição à agentes agressivos, posto que, não consta dos autos os documentos exigidos pela legislação previdenciária (informativos, formulários, laudos técnicos ou PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário).

Dessa forma, a soma do(s) período(s) especial(ais) aqui reconhecido(s), não totaliza mais de 25 anos de tempo de serviço especial, o que impede a concessão da aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Assim, considerando o tempo de serviço especial reconhecido nos autos, bem como o tempo comum com registro em CTPS/constante no CNIS, verifica-se que à época da data do ajuizamento da ação a parte autora já havia preenchido o tempo de serviço necessário à concessão do benefício e cumprido a carência mínima exigida pela Lei de Benefícios.

Sendo assim, verifica-se que o autor ultrapassou os 35 anos exigidos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República, motivo pelo qual o pedido deve ser julgado procedente.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data da citação (20/09/2012 - fls. 60), uma vez que a parte autora demonstrou que já havia preenchido os requisitos necessários à concessão do benefício desde então.

As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux.

Nesse passo, acresço que os embargos de declaração opostos perante o STF contra tal julgado tem por objetivo único a modulação dos seus efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, pelo que o excepcional efeito suspensivo concedido por meio da decisão proferida em 24.09.2018 e publicada no DJE de 25.09.2018, surtirá efeitos apenas no tocante à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, que deverá ser observado quando da liquidação do julgado.

Inverto o ônus da sucumbência e condeno o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao pagamento de honorários de advogado fixados em 10% do valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vigência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando as normas dos §§1º a 11º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015.

O art. 4º, I, da Lei 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, estabelece que as autarquias federais são isentas do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite perante a Justiça Federal.

Entretanto, consoante disposto no § 1º do artigo 1º da mencionada lei, “rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal.”. Conclui-se, assim, que a isenção de custas nas causas processadas na Justiça Estadual depende de lei local que a preveja.

Nesse passo, verifico que no que se refere às ações que tramitam perante a Justiça Estadual de São Paulo, como in casu, a isenção de custas processuais para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS está assegurada nas Leis Estaduais nºs 4.952/85 e 11.608/03.

Ante o exposto, acolho a preliminar para conhecer da remessa necessária, tida por ocorrida e nego-lhe provimento, bem como à apelação do INSS e dou parcial provimento à apelação da parte autora para determinar a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir de 20/09/2012 (data da citação), fixando os consectários legais nos termos explicitados na decisão.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Inicialmente, ratifico inteiramente o minudente relatório elaborado pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator PAULO DOMINGUES.

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o reconhecimento da especialidade do período de 03.08.1988 a 22.08.2011.

Segundo Sua Excelência, tal período deve ser enquadrado como especial, pelos seguintes motivos:

A descrição pormenorizada das atividades, constante nos formulários, confirma a efetiva exposição, bem como o contato físico com pacientes e materiais de trabalho: *Servente de escola*: Executa serviços de limpeza em salas de aulas, banheiro, pátio escolar, lavagem de utensílios e limpeza da cozinha e outras tarefas afins; *serviços gerais*: Executa serviços de limpeza em salas médicas, sala de curativo, inala terapia, faz a retirada dos lixos das salas, faz a limpeza dos banheiros utilizado pelos pacientes, esterilização de material de curativo e odontológico e auxilia no atendimento ao público e outras áreas afins; *Auxiliar de serviços gerais*: Executa serviços de lavagem e esterilização de materiais odontológico após atendimento, auxilia em pequenas cirurgias odontológicas, orientação aos alunos e pais sobre saúde bucal e auxilia no atendimento de balcão. (fls. 27).

Com a devida venia, diante da descrição das atividades desempenhadas pela parte autora, parece-me caracterizada a exposição intermitente a agentes químicos nocivos, a qual é insuficiente para o enquadramento buscado.

Com efeito, analisando-se o rol das atribuições da autora, constata-se que nele há menção a atividades que implicam em contato com agentes nocivos, mas há outras em que isso não se verifica, donde se conclui que a exposição a agentes nocivos, na singularidade, se deu de forma

intermitente e não habitual, o que inviabiliza o enquadramento postulado.

Como “servente de escola”, a autora executava “serviços de limpeza em salas de aulas, banheiro, pátio escolar, lavagem de utensílios e limpeza da cozinha e outras tarefas afins”. Não me parece que a autora, ao realizar “serviços de limpeza em salas de aula, pátio escolar lavagem de utensílios e limpeza da cozinha e outras tarefas afins”, ficasse exposta a agentes nocivos.

Ocupando o cargo de “serviços gerais”, a autora executava, dentre outros, “serviços de limpeza em salas médicas, sala de curativo, inala terapia, faz a retirada dos lixos das salas”, e “auxilia no atendimento ao público e outras áreas afins”, o que, a meu sentir, não significa que ela mantinha contato com agentes nocivos, sobretudo no exercício dessas últimas tarefas.

Por fim, como “Auxiliar de serviços gerais”, cabia à autora, dentre outras tarefas, “proceder à orientação aos alunos e pais sobre saúde bucal e auxilia no atendimento de balcão”, o que não ensejava contato com agentes nocivos.

Nesse cenário, tenho que o período de 03.08.1988 a 22.08.2011 não pode ser considerado especial, considerando a intermitência da exposição da autora a agentes nocivos.

Afastada a especialidade desse período, tem-se que a autora não soma período contributivo suficiente à concessão da aposentadoria pleiteada.

Realmente, em 16/12/1998, a parte autora não tinha direito à aposentadoria por tempo de serviço, ainda que proporcional (regras anteriores à EC 20/98), porque não cumpria o tempo mínimo de serviço de 25 anos.

Em 28/11/1999, a parte autora não tinha direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/88), porque não preenchia o tempo mínimo de contribuição de 30 anos.

Em 18/11/2010 (DER), a parte autora não tinha direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/88), porque não preenchia o tempo mínimo de contribuição de 30 anos.

Por fim, em 29/09/2012 (data da citação), a parte autora não tinha direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/88), porque não preenchia o tempo mínimo de contribuição de 30 anos.

Isso é o que se infere da planilha anexa, cuja juntada ora determino.

Por tais razões, com renovada venia, divirjo do e. Relator, a fim de dar parcial provimento ao recurso do INSS, afastando o enquadramento do período de 03.08.1988 a 22.08.2011 como especial e, por conseguinte, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria e respectivos consectários. No mais, acompanho Sua Excelência.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA

APELAÇÃO CÍVEL

0004738-26.2016.4.03.6119

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: JOÃO ANTONIO DE AMORIM (= ou > de 65 anos)

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - REMESSA OFICIAL INCABÍVEL - ART. 496, § 3º, I, DO CPC - APELAÇÃO DO INSS RESTRITA À CONDENAÇÃO POR DANO MORAL - BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE - SUSPENSÃO - FRAUDE NÃO COMPROVADA - CESSAÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL CONFIGURADO.

1. Embora ilíquida a sentença, não é difícil estimar o valor do proveito econômico pretendido pelo autor, tendo em vista que o valor da causa, em 2.016, é de R\$ 315.761,45 (trezentos e quinze mil, setecentos e sessenta e um reais em quarenta e cinco centavos), muito aquém do valor necessário à submissão da sentença à Remessa Oficial, que é de 1.000 (mil salários mínimos), na forma do art. 496, § 3º, I, do CPC.

2. A matéria suscitada na apelação da autarquia está restrita à questão do dano moral, que não recorreu da parte da sentença que reconheceu a cessação indevida de aposentadoria por invalidez concedida há mais de 20 anos, limitando-se a questionar a existência de dano moral, escorando-se na admissão do reexame necessário.

3. Os autos comprovam que o autor recebeu os benefícios por incapacidade por quase 30 anos e, quando já contava com 82 anos de idade, foi intimado a comprovar vínculo empregatício de 1982 a 1985, em evidente manifestação da incompetência administrativa.

4. O INSS, que tem o poder/dever de convocar o segurado para comprovar a regularidade do vínculo, só o fez quando a prova exigida já se perdeu no tempo porque a empresa empregadora já encerrou suas atividades.

5. Segurado submetido à humilhação de, depois de 30 anos recebendo benefício por incapacidade, ter a regularidade sua aposentadoria questionada por “suspeita” de fraude que não foi comprovada.

6. Há nexo de causalidade entre a ineficiência administrativa e os danosos percalços que o autor tem que passar em idade muito avançada.

7. A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

8. Os juros moratórios serão calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, e incidirão a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2009, os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da

Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13/05/2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07/08/2012, e legislação superveniente.

9. Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

Apelação de sentença que julgou procedente o pedido inicial, ratificando tutela anteriormente concedida, para condenar o INSS a (i) restabelecer o benefício de aposentadoria por invalidez NB 025.065.349-4, desde sua cessação administrativa; (ii) pagar as prestações inadimplidas desde a cessação indevida até o efetivo pagamento; (iii) pagar correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e juros de mora contados da citação, tudo com observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal; (iv) cessar qualquer ato de cobrança relativo a valores recebidos pelo autor a título de aposentadoria por invalidez, especialmente os descontos promovidos no benefício de auxílio-acidente NB 811.010.708, bem como restituir o montante já descontado devidamente corrigido pelos mesmos critérios; (v) pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação por dano moral, corrigido a partir da data da sentença; e pagar honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. INSS isento do pagamento de custas.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, requerendo o recebimento do apelo no duplo efeito. Sustentou a natureza ilíquida das sentenças previdenciárias, de modo que no Tribunal devem ser submetidas ao Reexame Necessário. No mais, alegou que “não se insurge a respeito do tema meritório da decadência decenal para a autarquia anular atos favoráveis ao beneficiário”, sustentou a inexistência de dano moral, porque “o indeferimento de benefícios não pode ser tido como ato indenizável, por constituir o exercício regular da legalidade por parte da administração, não pode ser apenada por aplicar o entendimento que se lhe afigura correto, ainda mais quando passível de revisão judicial, não sendo salutar que se torne ilícita a hermenêutica realizada na execução das leis, quando passível de ser revista e parametrizada pela posterior sindicabilidade pelo poder judiciário”. Por fim, requereu a aplicação da TR até a data da requisição do precatório, e, após, do IPCA-E ou SELIC, bem como a redução dos honorários para percentual não superior a 5%, restringindo a condenação até a sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

Não é hipótese de Remessa Oficial, como pretende o INSS.

Embora ilícida a sentença, não é difícil estimar o valor do proveito econômico pretendido pelo autor, tendo em vista que o valor da causa, em 2.016, é de R\$ 315.761,45 (trezentos e quinze mil, setecentos e sessenta e um reais em quarenta e cinco centavos), muito aquém do valor necessário à submissão da sentença à Remessa Oficial, que é de 1.000 (mil salários mínimos), na forma do art. 496, § 3º, I, do CPC.

Explicitamente, a autarquia deixa de recorrer da parte da sentença que reconheceu a cessação indevida de aposentadoria por invalidez concedida há mais de 20 anos, limitando-se a questionar a existência de dano moral, escorando-se na admissão do reexame necessário.

A matéria suscitada na apelação da autarquia está restrita à questão do dano moral.

A aposentadoria por invalidez foi concedida com DIB em 01/03/1994 e resultou da conversão de auxílio-doença com DIB em 03/07/1985.

Em 2014, o apelado recebeu o ofício expedido em 19/03 daquele ano, noticiando irregularidade constatada na concessão dos benefícios, consistente na falta de comprovação de vínculo de emprego com Empresa Metalúrgica MAC COR Ind. Com. Ltda no período de 26/03/1982 a 21/04/1985, dando-lhe prazo de 10 (dez dias) corridos para apresentação de defesa escrita e cobrando o pagamento de R\$ 315.761,45 a título de ressarcimento.

A tutela de urgência foi concedida para determinar o restabelecimento da aposentadoria por invalidez e a cessação dos descontos promovidos no benefício de auxílio-acidente também pago ao segurado.

Os autos comprovam que o autor recebeu os benefícios por incapacidade por quase 30 anos e, quando já contava com 82 anos de idade, foi intimado a comprovar vínculo empregatício de 1982 a 1985, numa evidente manifestação da incompetência administrativa.

Dano moral evidente! Pessoa aposentada por invalidez há três décadas, de idade avançada, sendo chamada para explicar possível irregularidade e devolver tudo o que recebeu, supostamente de forma indevida, com acréscimos de juros e correção monetária.

A desorganização administrativa previdenciária, em algumas localidades, é pública e notória, desde sempre. E, neste caso, chegou ao ponto de demorar 30 anos para que o INSS suspeitasse da existência de fraude.

O INSS, embora tivesse o poder/dever, que sempre teve, aliás, de convocar o segurado para comprovar a regularidade do vínculo, só o fez quando a prova exigida já se perdeu no tempo porque a empresa empregadora já encerrou suas atividades.

E mais: foi submetido à humilhação de, depois de 30 anos recebendo benefício por incapacidade, ter a regularidade sua aposentadoria questionada por “suspeita” de fraude.

Há, assim, nexo de causalidade entre a ineficiência administrativa e os danosos percalços que o autor tem que passar em idade muito avançada.

Como bem ressaltou a sentença, “o dano moral é consequência automática sobre prestação de caráter alimentar, o que, por certo, privou o autor, idoso, com mais de 80 anos de idade,

enquanto não regularizada a situação, de quantia necessária ao seu sustento”.

As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos e de juros moratórios desde a citação.

A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

Os juros moratórios serão calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, e incidirão a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2009, os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13/05/2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07/08/2012, e legislação superveniente.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0031559-06.2016.4.03.6301

Apelantes: DONATO JORGE NETO

Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO CARACTERIZADA. COOPERAÇÃO NAS DESPESAS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Fundado no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 74, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

- Para a obtenção da pensão por morte, portanto, são necessários os seguintes requisitos: condição de dependente e qualidade de segurado do falecido.

- Quanto à qualidade de segurado do de cujus, oriunda da filiação da pessoa à Previdência, não é matéria controvertida nestes autos.

- Em relação à condição de dependente, fixa o art. 16 da Lei n. 8.213/91, em sua redação original (g. n.): “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: II - os pais; (...) § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

- O fato de o benefício previdenciário do filho de alguma forma integrar o orçamento familiar não implica, só por só, dependência econômica dos pais em relação ao filho.

- Segundo Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar a respeito do assunto (Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição, Pág. 88), “Pelo simples fato de os filhos residirem com os pais, em famílias não abastadas, é natural a existência de colaboração espontânea para uma divisão de despesas da casa, naquilo que aproveita para toda a família. Porém, sendo estas contribuições eventuais, favorecendo o orçamento doméstico, mas cuja ausência não implica um desequilíbrio na subsistência dos genitores, há que ser afastada a condição de dependência dos pais”.

- A função do benefício de pensão por morte é suprir o desfalque econômico da família ante a morte de um dos arrimos da casa, mas no presente caso, conquanto vivesse com o autor, não há comprovação de que o auxílio financeiro do filho era imprescindível ao seu sustento.

- O falecido gerava suas próprias despesas e usufruía das benesses de morar com a mãe e o pai (casa, comida, roupa lavada etc) e tinha obrigação constitucional de arcar com tais despesas, sob pena de sobrecarregar os pais (artigo 229 da Constituição Federal).

- A parte autora arcará com custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu conhecer da apelação e lhe negar provimento. Sustentação Oral pelo(a) Adv. Caio Marques Berto OAB/SP 192.240, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença proferida em ação previdenciária que julgou improcedente o pedido de concessão de pensão por morte.

Requer, a parte autora, a reforma do julgado e consequente deferimento do benefício, uma vez configurada a dependência econômica em relação ao falecido filho.

Contrarrazões não apresentadas.

Os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Conheço da apelação, porque presente os requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, discute-se nos autos o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte.

Fundado no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 74, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

Cuida-se, portanto, de benefício que depende da concorrência de dois requisitos básicos: a qualidade de segurado do falecido e a de dependente dos autores.

Desse modo, cumpre apreciar a demanda à luz do artigo 74 da Lei n. 8.213/91, com a redação vigente na data do óbito:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Quanto à qualidade de segurado do de cujus, oriunda da filiação da pessoa à Previdência, não é matéria controvertida nestes autos.

Em relação à condição de dependente, fixa o art. 16 da Lei n. 8.213/91, em sua redação original (g. n.):

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

A certidão de óbito constante à f. 9 comprova o falecimento de Rodrigo Papaleo Jorge, em 04/01/2014.

Ele era filho do autor e tinha diploma de Engenheiro Eletricista, com registro no CREA desde 17/2/2011 (f. 13 do pdf).

Quando do falecimento, estava empregado, na empresa Kathrein Brasil Ltda, com remuneração mínima, em 2013, de R\$ 3.731,41 (CNIS).

Já, a remuneração do autor na época, também como empregado formal, era de R\$ 1451,15 (CNIS).

Não obstante, não restou patenteada a dependência econômica do autor em relação a seu filho, como muito bem observou a MM^a Juíza Federal que proferiu a sentença.

Não cabe benefício previdenciário pelo simples fato de um filho viver com os pais e arcar com algumas despesas da casa.

Antes do falecimento, o autor não estava inscrito como dependentes do de cujus perante o INSS.

Eventual complemento de renda, gerada por auxílio do filho, não constituiria dependência econômica, mesmo porque ele próprio gerava suas próprias despesas na casa.

Diversas são as situações de auxílio eventual de despesas e de dependência econômica, total ou parcial.

Há documentos que indicam endereço comum (contas de água e luz às f. 6 e 11), ou seja, a falecido filho vivia com o pai, fato confirmado pelo depoimento das testemunhas.

Conquanto tenham admitido – genericamente, como bem observado pelo MM^o Juízo a quo – que o de cujus auxiliava financeiramente o autor, a situação é assaz diversa de uma situação de dependência, total ou parcial.

Como o filho vivia com o genitor, ele tinha o dever de colaborar com as despesas. Afinal, o falecido era jovem e gerava suas próprias despesas e usufruía das benesses de morar com a mãe e o pai (casa, comida, roupa lavada etc) e tinha obrigação constitucional de arcar com tais despesas, sob pena de sobrecarregar os pais (artigo 229 da Constituição Federal).

Nas declarações de ajuste anual de Imposto de Renda, apenas a mãe do autor, Rose Mary Papaleo Jorge, estava inserida como dependente, em (ano-calendário) 2011 (f. 172) e 2010 (f. 176). O autor só figurou como dependente na declaração de 2009 (f. 180), isto é, vários anos antes do falecimento.

Amiúde se mistura o fato de haver auxílio em eventuais despesas com *dependência econômica*.

O fato de a remuneração do filho de alguma forma integrar o orçamento familiar não significa que os pais tenham direito à pensão, sob pena de desvirtuar o sentido da lei.

A função do benefício de pensão por morte é suprir o desfalque econômico da família ante a morte de um dos arrimos da casa, mas tal situação não se verificou nos autos.

No mais, o autor estava empregado por ocasião do falecimento e ainda está, trabalhando para o mesmo empregador (Escola Novo Equipe Ltda, desde 03/02/2012), indicando que a eventual ajuda financeira do filho não era imprescindível para o seu sustento.

O autor inclusive encontra-se aposentado por idade, desde 02/6/2016 (INFBEN).

No presente caso a concessão do benefício não atenderia sua função substancial, já que teria, isso sim, caráter assistencial.

Oportuno citar lição de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar a respeito do assunto (Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição, Pág. 88):

Pelo simples fato de os filhos residirem com os pais, em famílias não abastadas, é natural a existência de colaboração espontânea para uma divisão de despesas da casa, naquilo que aproveita para toda a família. Porém, sendo estas contribuições eventuais, favorecendo o orçamento doméstico, mas cuja ausência não implica um desequilíbrio na subsistência dos genitores, há que ser afastada a condição de dependência dos pais.

Entendo, assim, indevido o benefício:

Cito julgados pertinentes, originários deste TRF da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEI 8.213/91 - MÃE - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. 1. Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual tempus regit actum impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado. 2. Qualidade de segurado do falecido comprovada, tendo em vista que o falecido recebia aposentadoria por invalidez na data do óbito. 3. Ausência de comprovação da dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido. 4. Apelação desprovida (APELAÇÃO CÍVEL 1433831, NONA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/10/2010 PÁGINA: 1376, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AÇÃO AJUIZADA COM VISTAS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO POR MORTE. AGRAVO IMPROVIDO. - Recurso interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, do CPC. - A parte autora não faz jus ao benefício pois não configuram dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, visto que a parte autora recebe benefício de aposentadoria por idade, bem como seu esposo recebe benefício de aposentadoria especial. - O caso dos autos não é de retratação. A agravante aduz que faz jus à benesse. Decisão objurgada mantida - Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente, resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado. - Agravo legal não provido (APELAÇÃO CÍVEL 1802444, OITAVA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2013, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. GENITORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS NÃO COMPROVADA. - Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio tempus regit actum. - A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes

do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91. - A dependência econômica da genitora deve ser demonstrada. - Não comprovada a dependência econômica da mãe em relação ao filho, ante a inexistência de conjunto probatório consistente. - Qualidade de segurado do de cujus não comprovada, pois o último vínculo empregatício do falecido cessou em 06.11.1992, sendo que o óbito ocorreu em 09.08.1996. - O fato de ser portador do vírus HIV, que pode desenvolver a AIDS, nem sempre produz incapacidade física. Além disso, segundo documentos médicos encartados nos autos, a doença foi constatada quando o falecido não ostentava a condição de segurado. - Apelação a que se nega provimento (APELAÇÃO CÍVEL 1736125, OITAVA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2012, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA).

A parte autora arcará com custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, conheço da apelação e lhe nego provimento.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5011103-98.2017.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: JOSE DE GOUVEA GARCEZ FILHO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. AÇÕES NÃO IDÊNTICAS. FUNÇÃO POSITIVA DA COISA JULGADA. RESPEITO AO DECIDIDO ANTERIORMENTE. EXCLUSÃO DOS VALORES EM ATRASO. SUCUMBÊNCIA.

I - O fenômeno da coisa julgada se caracteriza pela existência, entre duas causas, da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir, sendo que uma das causas encontra-se definitivamente julgada, em face do esgotamento dos recursos possíveis.

II - No caso vertente, verifica-se que a ação ajuizada pelo então autor, datada de 26.03.2008, perante o Juizado Especial Federal de Caraguatatuba/SP, tinha como objeto a concessão do benefício de assistencial (pedido) com fundamento no fato de que era pessoa de poucos recursos financeiros e encontrava-se acometido de enfermidades que o tornavam incapacitado para o trabalho (causa de pedir), tendo sido proferida sentença de improcedência em 19.08.2008, com trânsito em julgado em 12.09.2008. Por seu turno, a ação subjacente, datada de 15.03.2006, ajuizada perante 2ª Vara Cível da Comarca de Ubatuba/SP, tinha como objeto a concessão do benefício assistencial (pedido) com fundamento no fato de que era pessoa de poucos recursos financeiros e encontrava-se acometido de enfermidades que o tornavam incapacitado para o trabalho (causa de pedir), tendo sido proferida decisão monocrática com base no art. 557 do CPC/1973 que reconheceu seu direito em 01.07.2015, com trânsito em julgado em 20.07.2015.

III - Em que pese a similitude das narrativas no tocante aos elementos da ação, o compulsar dos autos revela fato diverso exposto na ação subjacente, consistente em estado de saúde do então autor distinto daquele apresentado na ação ajuizada perante o JEF de Caraguatatuba/SP, de modo a afastar a coincidência da causa de pedir, e, por consequência, a ocorrência de coisa julgada.

IV - Embora a ação subjacente tenha sido ajuizada em 15.03.2006, ou seja, em data anterior ao ajuizamento da ação perante o JEF de Caraguatatuba/SP (26.03.2008), o laudo médico produzido no feito originário, que apontou, de forma categórica, a incapacidade para o labor (id 801216 – págs. 154/157), diz respeito à perícia realizada em 19.04.2010, posteriormente à data da perícia efetuada no âmbito do Juizado Especial Federal (03.08.2008; id's 801228 e 801230 – págs. 314/319).

V - Pelas regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, é razoável presumir que o segurado acometido de enfermidades crônicas, como é o caso do autos (ausência de função renal à esquerda; perda da força de apreensão da mão esquerda, em razão de amputação traumática do 2º e 3º

dedos; e lesões na coluna vertebral), alterne o seu quadro de saúde durante o tempo, ora melhor, ora pior, com tendência, contudo, de agravamento com avanço da idade, repercutindo, de forma importante, no substrato fático da causa.

VI - A fixação do termo inicial pela r. decisão rescindenda (no caso, a partir da data de entrada do requerimento administrativo em 06.07.2004) não se vincula aos elementos da ação, mas sim decorre do processo de persuasão racional realizado pelo órgão julgador, mediante a análise da matéria probatória e das alegações deduzidas pelas partes.

VII - Embora as ações em debate não sejam idênticas, consoante explanado anteriormente, há que se ressaltar a função positiva da coisa julgada relativamente ao feito que tramitou perante o JEF de Caraguatatuba/SP, no sentido de que deve ser respeitado o que lá foi decidido, interferindo, assim, na apreciação do mérito da causa subjacente.

VIII - A manutenção do título judicial em comento implicaria ofensa à coisa julgada consagrada no feito que tramitou no JEF de Caraguatatuba/SP, quanto ao aspecto de sua função positiva, ensejando, assim, a abertura da via rescisória com fundamento no inciso IV do art. 966 do CPC.

IX - Diante da necessidade de se observar o comando do provimento jurisdicional exarado no feito que tramitou no JEF de Caraguatatuba/SP, torna-se imperativa a exclusão dos valores em atraso pertinentes ao período compreendido entre a data do requerimento administrativo (06.07.2004) até a data do trânsito em julgado, ocorrido em 12.09.2008, eis que houve a decretação da improcedência do pedido nesse interregno.

X - No que tange à questão relativa à litigância de má-fé, observo que a parte autora não praticou quaisquer das condutas previstas no art. 80 e incisos, do CPC, não podendo inculpá-la, igualmente, quanto ao fato de não ter conhecimento atinente à existência de coisa julgada no feito que tramitou perante o JEF de Caraguatatuba/SP, dado que a ação subjacente foi ajuizada em fórum da Justiça Estadual, em outro município, Ubatuba/SP.

XI - Ante sucumbência sofrida pelo réu e não sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, este deverá suportar honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

XII - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente que se julga parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória, para desconstituir em parte a r. decisão proferida com base no art. 557 do CPC/1973, nos autos do Reexame Necessário Cível n. 2014.03.99.009614-0/SP, com base no art. 966, inciso IV, do CPC, e, no juízo rescissorium, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente, determinando a exclusão dos valores em atraso referentes ao período de 06.07.2004 a 12.09.2008, confirmando-se a decisão que deferiu a tutela requerida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Cuida-se de ação rescisória fundada no art. 966, inciso IV (ofensa à coisa julgada), do CPC, com pedido de concessão de tutela provisória, proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face de José de Gouvea Garcez Filho, que pretende seja rescindida decisão proferida com base no art. 557 do CPC/1973, que deu parcial provimento à remessa oficial, no tocante aos juros de mora e à correção monetária, mantendo, no mais, a sentença que julgou procedente o pedido, condenando a autarquia previdenciária a conceder ao ora réu o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da CR/1988, no valor de um salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo até a data da concessão do benefício na esfera administrativa, em 01.04.2013. O trânsito em julgado da r. decisão rescindenda ocorreu em 20.07.2015 e o presente feito foi distribuído em 06.07.2017.

Sustenta o ora demandante que a r. decisão rescindenda violou a coisa julgada, a ensejar a hipótese de desconstituição prevista no inciso IV do art. 966 do CPC; que na ação subjacente, houve condenação à concessão do benefício de Amparo Social, a partir de 06.07.2004 (DER), com decisão transitada em julgado em 20.07.2015; que o então autor já havia ajuizado ação idêntica anteriormente, julgada improcedente, que tramitou perante o JEF de Caraguatatuba/SP, sob o nº 0000308-12.2008.403.6313, cujo trânsito em julgado ocorreu em 12.09.2008; que em ambos os processos, o pedido foi a condenação do INSS na concessão de benefício assistencial; que se verificaram o mesmo pedido e a mesma causa de pedir relativamente ao período compreendido entre 06.07.2004, data de entrada do requerimento administrativo, e 12.09.2008, data do trânsito em julgado no processo que tramitou na JEF de Caraguatatuba/SP; que o período entre 06.07.2004 a 12.09.2008 está coberto pela ocorrência de coisa julgada. Requer, por fim, seja desconstituído o julgado nos autos do processo nº 0001493-22.2006.8.26.0642 e, em novo julgamento, seja reconhecida a existência de coisa julgada para o período entre 06.07.2004 a 12.09.2008, protestando, ainda, pela concessão de tutela provisória para suspensão da fase de execução.

Pela decisão id 937817 – pág. 378, foi deferida a tutela requerida, para que fosse suspensa a execução nos autos n. 0001493-22.2006.8.26.0642 em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Ubatuba/SP, relativamente às prestações vencidas entre 06.07.2004 a 12.09.2008, até o julgamento final da presente ação.

Citado o réu, este ofertou contestação, aduzindo que a Procuradoria Federal é uma e indivisível, de modo que a decisão proferida pelo JEF de Caraguatatuba/SP era do conhecimento dos demais Procuradores Federais que atuam na área; que resta patente a litigância de má-fé, posto que mesmo após a r. decisão proferida pelo JEF de Caraguatatuba/SP, os Procuradores Federais continuaram atuando nos autos do processo que tramitou no Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ubatuba/SP; que o autor deixou de alegar a coisa julgada na sua primeira manifestação após o trânsito em julgado da decisão proferida pelo JEF de Caraguatatuba/SP; que os fatos que embasaram a propositura da ação subjacente são diferentes dos elencados na ação perante o JEF de Caraguatatuba/SP, não se evidenciando a coisa julgada. Pleiteia, por fim, seja decretada a improcedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios.

Intimado o réu, pessoalmente, para que se manifestasse sobre o desejo de atuar sob os auspícios da Assistência Judiciária Gratuita, este se quedou inerte.

Não houve produção de provas.

Razões finais do autor (id 6577682).

Dada vista ao Ministério Público Federal, este deixou de apresentar parecer.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

I - DO JUÍZO RESCINDENS.

Dispõe o art. 966, inciso IV, do CPC:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IV – ofender a coisa julgada.

Com efeito, o fenômeno da coisa julgada se caracteriza pela existência, entre duas causas, da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir, sendo que uma das causas encontra-se definitivamente julgada, em face do esgotamento dos recursos possíveis.

No caso vertente, verifica-se que a ação ajuizada pelo então autor, datada de 26.03.2008, perante o Juizado Especial Federal de Caraguatatuba/SP, tinha como objeto a concessão do benefício de assistencial (pedido) com fundamento no fato de que era pessoa de poucos recursos financeiros e encontrava-se acometido de enfermidades que o tornavam incapacitado para o trabalho (causa de pedir), tendo sido proferida sentença de improcedência em 19.08.2008, com trânsito em julgado em 12.09.2008.

Por seu turno, a ação subjacente, datada de 15.03.2006, ajuizada perante 2ª Vara Cível da Comarca de Ubatuba/SP, tinha como objeto a concessão do benefício assistencial (pedido) com fundamento no fato de que era pessoa de poucos recursos financeiros e encontrava-se acometido de enfermidades que o tornavam incapacitado para o trabalho (causa de pedir), tendo sido proferida decisão monocrática com base no art. 557 do CPC/1973 que reconheceu seu direito em 01.07.2015, com trânsito em julgado em 20.07.2015.

Destarte, em que pese a similitude das narrativas no tocante aos elementos da ação, o compulsar dos autos revela fato diverso exposto na ação subjacente, consistente em estado de saúde do então autor distinto daquele apresentado na ação ajuizada perante o JEF de Caraguatatuba/SP, de modo a afastar a coincidência da causa de pedir, e, por consequência, a ocorrência de coisa julgada.

De fato, embora a ação subjacente tenha sido ajuizada em 15.03.2006, ou seja, em data anterior ao ajuizamento da ação perante o JEF de Caraguatatuba/SP (26.03.2008), o laudo médico produzido no feito originário, que apontou, de forma categórica, a incapacidade para o labor (id 801216 – págs. 154/157), diz respeito à perícia realizada em 19.04.2010, posteriormente à data da perícia efetuada no âmbito do Juizado Especial Federal (03.08.2008; id's 801228 e 801230 – págs. 314/319).

A rigor, pelas regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, é razoável presumir que o segurado acometido de enfermidades crônicas, como é o caso do autos (ausência de função renal à esquerda; perda da força de apreensão da mão esquerda, em razão de amputação traumática do 2º e 3º dedos; e lesões na

coluna vertebral), alterne o seu quadro de saúde durante o tempo, ora melhor, ora pior, com tendência, contudo, de agravamento com avanço da idade, repercutindo, de forma importante, no substrato fático da causa.

Nesse sentido, são os julgados desta 3ª Seção, cujas ementas abaixo reproduzo:

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, III E IV, DO CPC/1973. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. DESCARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE AÇÕES. DOLO PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. (...)

2. Para a constatação de ofensa à res judicata, é necessário que haja tríplice identidade entre ações, ou seja, suas partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos.

3. Ausência de identidade entre as causas de pedir, porquanto fundadas em circunstâncias fáticas diversas.

4. Por se tratar de segurada portadora de moléstia degenerativa, não há óbice ao ajuizamento de nova demanda versando sobre benefício por incapacidade em decorrência da eclosão de episódios de crise.

(...)

(TRF-3ª Região; AR 0010074-40.2013.4.03.0000; 3ª Seção; Rel. p/ acórdão Des. Fed. Baptista Pereira; j. 25.10.2018; e-DJF3 09.11.2018)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. AGRAVAMENTO DOS MALES INCAPACITANTES. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. RESCISÓRIA. IMPROCEDENTE.

(...)

2. A parte ora ré ajuizou ação, em 02/02/2010, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, na Comarca de Rosana/SP, tendo sido esta julgada improcedente (fls. 233/234) com trânsito em julgado em 23/10/2012 (fls. 246).

3. Em 07/02/2013 ajuizou nova ação, perante a Vara Federal de Presidente Prudente/SP, pleiteando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, que foi julgada procedente para conceder o benefício de auxílio-doença desde a cessação administrativa e a aposentadoria por invalidez a partir da juntada do laudo pericial, o que foi mantido em segunda instância (fls. 139/140).

4. As conclusões do laudo pericial (fls. 55/68) da ação originária desta rescisória, em conjunto com os novos atestados médicos apresentados (fls. 71/72), indicam piora no estado de saúde – incapacidade, de modo que não restou configurada a existência da tríplice identidade prevista no art. 337, §2º, do NCPC (correspondência com art. 301, §2º, do CPC/1973), qual seja, a repetição da mesma ação entre as mesmas partes, contendo idêntica causa de pedir e o mesmo pedido da demanda anterior, não havendo falar em coisa julgada para o período posterior à ação anterior.

(...)

(TRF – 3ª Região; AR – 0028521-08.2015.4.03.0000; 3ª Seção; Relatora p/ acórdão Des. Fed. Lucia Ursaia; j. 12.04.2018; e-DJF3 11.05.2018)

De outra parte, a fixação do termo inicial pela r. decisão rescindenda (no caso, a partir da data de entrada do requerimento administrativo em 06.07.2004) não se vincula aos elementos da ação, mas sim decorre do processo de persuasão racional realizado pelo órgão julgador, mediante a análise da matéria probatória e das alegações deduzidas pelas partes.

Todavia, embora as ações em debate não sejam idênticas, consoante explanado anteriormente, há que se ressaltar a função positiva da coisa julgada relativamente ao feito que

tramitou perante o JEF de Caraguatatuba/SP, no sentido de que deve ser respeitado o que lá foi decidido, interferindo, assim, na apreciação do mérito da causa subjacente.

Nessa mesma linha de raciocínio, é a lição do eminente Daniel Amorim Assumpção Neves, em “Manual de Direito Processual Civil – Volume Único”:

... Na função positiva da coisa julgada, portanto, inexistente obstáculo ao julgamento de mérito do segundo processo, mas nesse julgamento o juiz estará vinculado obrigatoriamente em sua fundamentação ao já resolvido em processo anterior e protegido pela coisa julgada material.... (8ª edição; pág. 801)

Destarte, penso que a manutenção do título judicial em comento implicaria ofensa à coisa julgada consagrada no feito que tramitou no JEF de Caraguatatuba/SP, quanto ao aspecto de sua função positiva, ensejando, assim, a abertura da via rescisória com fundamento no inciso IV do art. 966 do CPC.

II – DO JUÍZO RESCISORIUM

Diante da necessidade de se observar o comando do provimento jurisdicional exarado no feito que tramitou no JEF de Caraguatatuba/SP, torna-se imperativa a exclusão dos valores em atraso pertinentes ao período compreendido entre a data do requerimento administrativo (06.07.2004) até a data do trânsito em julgado, ocorrido em 12.09.2008, eis que houve a decretação da improcedência do pedido nesse interregno.

Por derradeiro, no que tange à questão relativa à litigância de má-fé, observo que a parte autora não praticou quaisquer das condutas previstas no art. 80 e incisos, do CPC, não podendo inculpá-la, igualmente, quanto ao fato de não ter conhecimento atinente à existência de coisa julgada no feito que tramitou perante o JEF de Caraguatatuba/SP, dado que a ação subjacente foi ajuizada em fórum da Justiça Estadual, em outro município, Ubatuba/SP.

III - DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória, para desconstituir em parte a r. decisão proferida com base no art. 557 do CPC/1973, nos autos do Reexame Necessário Cível n. 2014.03.99.009614-0/SP, com base no art. 966, inciso IV, do CPC, e, no juízo rescissorium, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente, determinando a exclusão dos valores em atraso referentes ao período de 06.07.2004 a 12.09.2008, confirmando-se a decisão que deferiu a tutela requerida. Ante sucumbência sofrida pelo réu e não sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, este deverá suportar honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Oficie-se ao Juízo de Origem, dando-se ciência desta decisão.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0012826-82.2018.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: SEBASTIÃO DO CARMO BUENO E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2019

EMENTA

ASSISTÊNCIA SOCIAL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. MISERABILIDADE NÃO CONFIGURADA.

- A Constituição garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover sua própria manutenção o pagamento de um salário mínimo mensal. Trata-se de benefício de caráter assistencial, que deve ser provido aos que cumprirem tais requisitos, independentemente de contribuição à seguridade social.
- Para a concessão do benefício assistencial, necessária a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada ou da condição de pessoa com deficiência e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.
- No caso dos autos, o primeiro estudo social, realizado em 04/02/2010, indica que a autora (sem renda) vivia com seu marido, aposentado, com renda de R\$617,28, superior ao salário mínimo da época.
- As despesas relatadas eram inferiores à renda familiar, além de constar que a filha da autora a auxiliava financeiramente. Constava, também que a família vivia em imóvel em regular estado de conservação nos fundos da residência da filha da autora.
- O novo estudo social, após o falecimento da autora, reitera que a autora vivia com seu marido, aposentado, nos fundos de casa cedida pela filha, com boas condições de habitabilidade e acabamento simples. O estudo social afirma que a remuneração do marido da autora era de um salário mínimo, mas isso não é confirmado pelo extrato de fls. 321/323, que indica remuneração de R\$783,18.
- Vivendo o casal em imóvel com condições adequadas e sendo suas despesas atendidas pela renda do marido da autora, não é possível concluir que estivesse configurada situação de miserabilidade.
- Também não é possível que se exclua o benefício recebido pelo marido da autora do cálculo da renda mensal familiar, pois ele é superior a um salário mínimo. Precedente.
- Recurso de apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de maio de 2019.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS diante de sentença (fls. 338/340) que julgou procedente pedido de concessão de benefício assistencial.

Em suas razões (fls. 244/249), o INSS alega que não está provada a miserabilidade, uma vez que o estudo social foi realizado apenas após o falecimento da parte autora, bem como que consta que o marido da autora era necessária à manutenção do casal e que não tinham grandes gastos e constavam com auxílio financeiro da filha da autora. Subsidiariamente, requer que a correção monetária seja fixada conforme o art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Contrarrazões às fls. 252/258.

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (fls. 264/265).

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Constituição garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover sua própria manutenção o pagamento de um salário mínimo mensal. Trata-se de benefício de caráter assistencial, que deve ser provido aos que cumprirem tais requisitos, independentemente de contribuição à seguridade social:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Como se vê, o inciso V ao art. 203 da Constituição Federal é norma de eficácia limitada, isto é, o efetivo pagamento do benefício dependia de edição de lei regulamentadora.

Essa regulamentação foi feita pela Lei nº 8.742/93, a chamada Lei Orgânica da Assistência Social ("LOAS"), que, entre outras coisas, disciplinou os requisitos necessários à implementação do benefício assistencial de prestação continuada.

O art. 20 da referida lei tem a seguinte redação:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou

companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Para a concessão do benefício assistencial, necessária, então, a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada ou da condição de pessoa com deficiência e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.

DA SITUAÇÃO SOCIAL DA PARTE AUTORA

A LOAS prevê que há miserabilidade quando a renda familiar mensal per capita é inferior a 1/4 de um salário mínimo (art. 20, §3º), sendo que se considera como “família” para aferição dessa renda “o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” (art. 20, §1º).

Embora esse requisito tenha sido inicialmente declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.232-1, ele tem sido flexibilizado pela jurisprudência daquele tribunal. Nesse sentido, com o fundamento de que a situação de miserabilidade não pode ser aferida através de mero cálculo aritmético, o STF declarou, em 18.04.2013, ao julgar a Reclamação 4.374, a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, e do art. 20, §3º da LOAS.

Seguindo essa tendência foi incluído em 2015 o §11 ao art. 20 da LOAS com a seguinte redação:

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

No caso dos autos, o primeiro estudo social (fls. 94/95), realizado em 04/02/2010, indica que a autora (sem renda) vivia com seu marido, aposentado, com renda de R\$617,28 (fl. 321v), superior ao salário mínimo da época.

As despesas relatadas eram inferiores à renda familiar, além de constar que a filha da autora a auxiliava financeiramente. Constava, também que a família vivia em imóvel em regular estado de conservação nos fundos da residência da filha da autora.

O novo estudo social (fls. 207/212), realizado em 08/03/2014, após o falecimento da autora, reitera que a autora vivia com seu marido, aposentado, nos fundos de casa cedida pela filha, com boas condições de habitabilidade e acabamento simples. O estudo social afirma que a remuneração do marido da autora era de um salário mínimo, mas isso não é confirmado pelo extrato de fls. 321/323, que indica remuneração de R\$783,18.

Vivendo o casal em imóvel com condições adequadas e sendo suas despesas atendidas pela renda do marido da autora, não é possível concluir que estivesse configurada situação de miserabilidade.

Também não é possível que se exclua o benefício recebido pelo marido da autora do cálculo da renda mensal familiar, pois ele é superior a um salário mínimo. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. APLICAÇÃO NO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 10.741/2003 - ESTATUTO DO IDOSO.

I - A divergência que ensejou a oposição dos presentes embargos infringentes diz respeito à eventual hipossuficiência econômica da autora, tendo em vista a alegação que seu marido recebe benefício previdenciário de um salário mínimo.

II - Mesmo que se admita que seja aplicável por analogia o disposto no parágrafo único do art. 34 da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, pelo qual o benefício assistencial de valor mínimo concedido a outro membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar, no caso em tela, não há como se adotar tal entendimento, vez que à época do ajuizamento da ação (janeiro de 2005) o marido da autora já recebia benefício previdenciário (aposentadoria por tempo de contribuição; fl.15) há mais de 20 anos em valor superior a um salário mínimo, ou seja, no valor de R\$ 523,14 quando o salário mínimo consistia em R\$ 260,00.

III - Embargos Infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0005933-61.2007.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 08/05/2008, DJF3 DATA:10/07/2008)

Dessa forma, como o benefício de prestação continuada não serve de complementação de renda e sim para casos de extrema necessidade, é de rigor a reforma da sentença.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de concessão de benefício assistencial.

Fixo os honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da causa, suspensos em razão da justiça gratuita.

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 142 - Jul./Set. 2019

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

EMBARGOS DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

5001722-44.2018.4.03.6107

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Apelada: ELIANE SUZELI LOBO DEVIDES

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DA RMI. ATIVIDADES CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE DE SOMA DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

- Não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado, de forma clara e precisa, concluiu pela possibilidade de soma dos salários-de-contribuição concomitantes no período indicado na inicial, com observância do teto, inclusive com respaldo do caráter contributivo do Regime Geral da Previdência Social (caput do art. 201 da CF).

- A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) ratificou, por maioria de votos, a tese, em sede de Representativo de Controvérsia, de que, no cálculo de benefício previdenciário concedido após abril de 2003, devem ser somados os salários-de-contribuição das atividades exercidas concomitantemente, sem aplicação do artigo 32 da Lei 8.213/1991, que restaria derogado, em razão da legislação superveniente que fixou novos critérios de cálculo da renda do benefício, especialmente a Lei nº 10.666/03.

- A pretensão trazida aos autos é a de obter a reforma da decisão, conferindo ao recurso nítido caráter infringente, com o intuito de renovar o julgamento de matérias que já foram devidamente apreciadas nesta esfera judicial.

- Agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022 do CPC.

- O Recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

- Embargos de declaração improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI: Trata-se de embargos de declaração, opostos pelo INSS, em face do v. acórdão que negou provimento ao seu apelo e deu provimento ao recurso adesivo da autora para autorizar a revisão da RMI nos termos da fundamentação (reconhecimento da atividade especial no interstício de 06/03/1997 a 06/12/1997, além da autorização para a soma dos salários-de-contribuição concomitantes) e fixar a verba honorária em 10% do valor da condenação até a sentença, a ser suportada pelo INSS.

Alega a autarquia, em síntese, a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão no julgado, uma vez que a decisão recorrida, que determinou a soma dos salários-de-contribuição das atividades concomitantes, acabou por violar o disposto no artigo 32, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 8.213/91.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI: Não merece acolhida o recurso interposto pelo embargante, por inocorrência das falhas apontadas.

Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado, de forma clara e precisa, concluiu pela possibilidade de soma dos salários-de-contribuição concomitantes no período indicado na inicial, com observância do teto, inclusive com respaldo do caráter contributivo do Regime Geral da Previdência Social (caput do art. 201 da CF).

Constou expressamente do julgado:

(...) Quanto à questão do salário-de-benefício, cumpre observar que a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) ratificou, por maioria de votos, a tese de que, no cálculo de benefício previdenciário concedido após abril de 2003, devem ser somados os salários-de-contribuição das atividades exercidas concomitantemente, sem aplicação do artigo 32 da Lei 8.213/1991.

A decisão foi tomada, por maioria, na sessão do dia 22 de fevereiro de 2018, realizada na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília. O processo foi julgado como representativo da controvérsia, para que o entendimento seja aplicado a outros casos com a mesma questão de Direito.

O tema foi levado à TNU em pedido de uniformização ajuizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para reformar acórdão da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, que manteve sentença garantindo a segurado o direito à revisão da Renda Mensal Inicial (RMI) mediante a soma dos salários-de-contribuição vertidos de forma simultânea. Na ação, o INSS alegou que o beneficiário não preenchia todos os requisitos em cada uma das atividades por ele exercidas para a concessão do benefício da forma pretendida e, por isso, o cálculo deveria se dar pela soma do salário-de-contribuição da atividade principal com percentuais das médias dos salários-de-contribuição das atividades secundárias. Em seu voto favorável ao INSS, o relator do caso afirmou que a alegação do Instituto tinha respaldo na jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A lei prevê expressamente que a soma dos salários-de-contribuição dos períodos concomitantes somente é admitida caso o segurado preencha em cada um deles os requisitos para a concessão do benefício pleiteado. Fora daí, aplicam-se as regras a partir do inciso II do art. 32 da Lei nº 8.213/91. É esse fundamento que representa a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça”, disse o magistrado.

No entanto, voto divergente argumentou que prevalece na 4ª Região da Justiça Federal o entendimento de que, no cálculo de benefícios previdenciários concedidos após abril de 2003, devem ser somados os salários-de-contribuição das atividades exercidas concomitantemente, inclusive para períodos anteriores a abril de 2003, com observância do teto, em face da derrogação do art. 32 da Lei nº 8.213/91 pela legislação superveniente que fixou novos critérios de cálculo da renda do benefício, especialmente a Lei nº 10.666/03.

A respeito da alegada contradição à jurisprudência do STJ, foi argumentado que a Corte superior ainda não deliberou sobre a matéria com o enfoque específico do caso em análise, não sendo possível afirmar que a uniformização da Turma contrarie o entendimento supostamente pacificado do Tribunal.

Ficou assentado no voto divergente, seguido à maioria pela TNU (Processo nº 5003449-95.2016.4.04.7201), que: “No presente representativo de controvérsia, portanto, deve ser ratificada a uniformização desta Turma Nacional, no sentido de que: tendo o segurado que contribuiu em razão de atividades concomitantes implementado os requisitos ao benefício em data posterior a 01/04/2003, os salários-de-contribuição concomitantes (anteriores e posteriores a 04/2003) serão somados e limitados ao teto”.

A par do acima exposto, e levando-se em conta recentes julgados desta E. Corte, verifica-se a possibilidade de soma dos salários-de-contribuição concomitantes no período indicado na inicial, com observância do teto, inclusive com respaldo do caráter contributivo do Regime Geral da Previdência Social (caput do art. 201 da CF. (...))

Dessa forma, agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explicar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022, do CPC.

Logo, a argumentação se revela de caráter infringente, para modificação do Julgado, não sendo esta a sede adequada para acolhimento de pretensão, produto de inconformismo com o resultado desfavorável da demanda.

A par do acima exposto, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5440488-31.2019.4.03.9999

Apelante: ANA LETICIA DE PAULA SIQUEIRA
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. QUALIDADE DE SEGURADO. RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA PELO INSTITUIDOR POR MEIO DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. CONCESSÃO INDEVIDA NÃO PODE PREJUDICAR O REQUERENTE. SEGURADO DESEMPREGADO. BAIXA RENDA CONFIGURADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. O auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão.
2. Considerando que o recluso foi beneficiário de auxílio-doença até o início de 2017 e foi preso em 04/04/2017, conclui-se que mantinha sua qualidade de segurado à época, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.213/91.
3. O fato de o auxílio-doença ter sido concedido por meio de tutela antecipada posteriormente revogada não pode prejudicar o recluso, nem a parte autora. O recebimento do auxílio-doença obsta que o beneficiário continue a trabalhar e a recolher contribuições à Previdência Social, de modo que, ainda que o benefício tenha sido concedido indevidamente, seu deferimento impediu que o recluso permanecesse contribuindo e que mantivesse a qualidade de segurado.
4. Estando o segurado desempregado no momento da prisão, é irrelevante o valor de seu último salário-de-contribuição, pois caracterizada a condição de baixa renda.
5. Preenchidos os demais requisitos, faz jus a parte autora ao recebimento do benefício de auxílio-reclusão.
6. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do recolhimento do segurado à prisão (04/04/2017), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99, uma vez que na ocasião a parte autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91).
7. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

8. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

9. Apelação da parte autora provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento a apelação e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação proposta por ANA LETICIA DE PAULA SIQUEIRA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio-reclusão.

Juntados procuração e documentos.

Deferido o pedido de gratuidade da justiça.

O INSS apresentou contestação.

Réplica da parte autora.

Parecer Ministerial.

A ação foi julgada improcedente.

Inconformada, a parte autora interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, alegando, em síntese, que o recluso possuía qualidade de segurado à época da prisão, fazendo jus ao benefício.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Estabelece o artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal que:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

IV- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

O artigo 80 da Lei 8.213/91, que regulamenta o citado dispositivo constitucional, assim dispõe:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Ainda, o art. 116, caput, do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), prevê:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

Dessarte, em sede de auxílio-reclusão deve-se demonstrar, basicamente, os seguintes requisitos: (a) o recolhimento do segurado à prisão; (b) a qualidade de segurado do recluso; (c) a dependência econômica do interessado; e (d) o enquadramento do preso como pessoa de baixa renda (o último salário-de-contribuição deve ser igual ou inferior ao limite legal), a teor dos artigos 201, IV, da CF, 80 da Lei 8.213/91 e 116 do Decreto nº 3.048/99.

O pedido foi instruído com comprovante do efetivo recolhimento à prisão do Sr. Cleiton Fernando Siqueira em 04/04/2017 (páginas 03/05 - ID 46070834).

Quanto ao requisito da qualidade de segurado, observa-se dos autos que o recluso foi beneficiário de auxílio-doença até o início de 2017, ocasião em que a r. sentença proferida nos autos do processo nº 1008928-79.2015.8.26.0362 julgou improcedente a ação de restabelecimento de auxílio-doença, revogando a tutela antecipada concedida anteriormente pelo provimento do agravo de instrumento.

Importante ressaltar, no entanto, que o fato de o auxílio-doença ter sido concedido indevidamente através de tutela antecipada não pode prejudicar o recluso, nem a parte autora.

O recebimento do auxílio-doença obsta que o beneficiário continue a trabalhar e a recolher contribuições à Previdência Social, de modo que, ainda que o benefício tenha sido concedido indevidamente, seu deferimento acabou por impedir que o recluso continuasse a contribuir e manter a qualidade de segurado.

Assim, considerando que o recluso foi beneficiário do auxílio-doença até o início de 2017 e foi preso em 04/04/2017, conclui-se que mantinha sua qualidade de segurado à época, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.213/91.

Relativamente à qualidade de dependente, verifica-se do inciso I, do artigo 16, da Lei 8.213/91, que o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social na condição de dependente do segurado. Ainda, determina o § 4º do referido artigo que a sua dependência econômica é presumida:

Art. 16. São beneficiários do regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II- “omissis”

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Conforme a certidão de nascimento juntada à página 30 - ID 46070834, a parte autora é filha do recluso, de modo que a dependência econômica é presumida.

Resta, por fim, analisar a renda do segurado recluso, conforme restou decidido no julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral, do RE 587365, publicado no DOU em 08/05/2009 e relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, cuja ementa segue:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I- Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II-Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III-Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV- Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ressalte-se, por oportuno, que o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.485.417/MS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008, publicado no DJe em 02/02/2018, firmou o entendimento de que “Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.”:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA EM PERÍODO DE GRAÇA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE RENDA. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO AFASTADO. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015)

1. A controvérsia submetida ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008 é: “definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991)”. FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991, o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.

3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a “baixa renda”.

4. Indubitavelmente o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.

5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão “não receber remuneração da empresa”.

6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que “é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que Documento: 42019548 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 02/02/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça mantida a qualidade de segurado”, o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).

7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao desprovimento do Recurso Especial, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio tempus regit actum. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260.

TESE PARA FINS DO ART. 543-C DO CPC/1973

8. Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.

CASO CONCRETO

9. Na hipótese dos autos, o benefício foi deferido pelo acórdão recorrido no mesmo sentido do que aqui decidido.

10. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.

No caso, observa-se que, à época em que foi preso, o segurado estava desempregado, sendo, nos moldes da tese firmada pelo C. STJ, irrelevante o fato de seu último salário-de-contribuição ter sido superior ou não ao limite estabelecido.

Cabe destacar, outrossim, que este também é o entendimento desta 10ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. EXISTÊNCIA DE OMISÃO. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1- A condição de desempregado do segurado, no momento imediatamente anterior à reclusão do mesmo, torna irrelevante a última contribuição previdenciária feita, caracterizando erro material no acórdão, sujeito à revisão pela Corte julgadora. 2- Excepcionalmente, o efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez quando, apenas, houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado do julgamento, Precedente do STJ. 3- Embargos de declaração acolhidos. (TRF 3ª Região - 10ª Turma; AC 00373676320104039999, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, DJU 28.03.2012, decisão unânime)

Logo, conclui-se que o segurado recluso possuía a condição de baixa renda para o fim de concessão de auxílio-reclusão, cumprindo, dessa forma, todos os requisitos ensejadores do pedido autoral, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do recolhimento do segurado à prisão (04/04/2017), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99, uma vez que na ocasião a parte autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Ante o exposto, dou provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de auxílio-reclusão, fixando, de ofício, os consectários legais na forma acima explicitada.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado de imediato o benefício de AUXÍLIO-RECLUSÃO, com D.I.B. em 04/04/2017 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA

0077000-47.2006.4.03.0000

Autora: REHAU IND./LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DÍVA MALERBI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS (ART. 3º, § 1º, LEI 9718/98). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, DO CPC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB REPERCUSSÃO GERAL Nº 590.809/RS. TEMA 136. SÚMULA 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. ACÓRDÃO COMPATÍVEL COM A ORIENTAÇÃO DO STF. MANUTENÇÃO.

- Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão impugnado por recurso extraordinário, tendo em vista o entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.809/RS, em que decidido o “Tema 136” da repercussão geral.

- Ação rescisória ajuizada objetivando a desconstituição de acórdão que reformou sentença proferida em mandado de segurança, na qual fora reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 em relação à COFINS.

- O v. acórdão recorrido, exarado no exame da rescisória, acolheu em parte preliminar de carência da ação, rejeitou as demais preliminares, entre as quais a de incidência da Súmula 343/STF, e julgou parcialmente procedente a ação para desconstituir o julgado rescindendo, dando por prejudicado agravo regimental interposto nos autos.

- O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 590.809/RS, submetido ao regime do art. 543-B do CPC/1973, resolveu o “Tema 136” da sistemática da repercussão geral, sobre o qual fixou tese nos seguintes termos: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

- No caso, a aplicação da Súmula 343/STF, à vista do entendimento sufragado no RE nº 590.809/RS, foi afastada em estrita conformidade com o posicionamento firmado por este Colegiado em questão de ordem, acolhida no julgamento da Ação Rescisória nº 0030282-79.2012.4.03.0000 (j. 07/06/2016, e-DJF3 07/07/2016) e balizadora da apreciação da matéria nos julgados subsequentes.

- Ademais, a solução da questão no caso concreto não destoa da tese relativa ao “Tema 136” da repercussão geral, porquanto, à época do acórdão rescindendo, não havia ainda entendimento acerca da matéria de fundo firmado pelo Plenário do STF, que só veio a pronunciar-se sobre tal matéria posteriormente, no julgamento dos RE's nºs 346084/PR, 357950/RS, 358273/RS e 390840/MG (09/11/2005), quando sufragou entendimento divergente do adotado no referido acórdão.

- Acórdão recorrido que expressa o posicionamento consolidado deste Colegiado e não revela incompatibilidade com a orientação do C. STF, fixada na tese concernente ao “Tema 136”, não sendo caso de juízo de retratação.
- Juízo de retratação não exercido. Acórdão mantido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não exercer o juízo de retratação, mantendo o acórdão e determinando a devolução dos autos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de agosto de 2019.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI: Trata-se de ação rescisória ajuizada por “REHAU INDÚSTRIA LTDA.” em face da União Federal, com fulcro no artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, visando à desconstituição de acórdão exarado no processo nº 2001.61.00.031309-3 pela Quarta Turma deste Tribunal, que deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, reformando sentença parcialmente concessiva da ordem em mandado de segurança, impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição ao PIS e da COFINS nos moldes do art. 3º, §§ 1º e 8º, da Lei nº 9.718/1998, de modo a prevalecer a forma de apuração prevista nas LCs nºs 7/1970 e 70/1991, e assegurar o direito à compensação dos valores da COFINS recolhidos a maior no período de fevereiro/1999 a outubro/2001.

Esta E. Segunda Seção, em julgamento realizado aos 07/08/2018, acolhendo parcialmente preliminar de carência da ação e rejeitando o restante da matéria preliminar, julgou parcialmente procedente a ação, julgou prejudicado agravo regimental interposto nos autos e, em juízo rescisório, negou provimento à apelação da União e à remessa oficial, mediante acórdão assim ementado (fls. 946/947):

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC/1973. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CABIMENTO DA PRETENSÃO RESCISÓRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. CARÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA EM PARTE. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

- Ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão que deu provimento a apelação da União e remessa oficial para reformar sentença proferida em mandado de segurança, impetrado para afastar a exigibilidade do PIS e da COFINS nos moldes do art. 3º, §§ 1º e 8º, da Lei nº 9.718/1998, de modo a prevalecer a forma de apuração prevista nas LCs nºs 7/1970 e 70/1991, e assegurar o direito à compensação dos valores da COFINS recolhidos a maior no período de fevereiro/1999 a outubro/2001.

- A sentença concedera parcialmente a ordem para reconhecer somente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, apenas no tocante à COFINS, e permitir o recolhimento dessa exação “à alíquota de 3% sobre o conceito de faturamento contido na Lei Complementar nº 70/91”, bem como para declarar o direito da impetrante, a ser exercido após o trânsito em

julgado, à compensação dos valores da referida contribuição recolhidos a maior “(majoração da base de cálculo da COFINS naquilo que veio a exceder o conceito de faturamento previsto na LC 70/91)” desde fevereiro/1999 com parcelas de contribuições da mesma espécie.

- Alegação de utilização da rescisória como sucedâneo recursal afastada, com arrimo na Súmula nº 514/STF.

- Inaplicabilidade da Súmula nº 343/STF, por se tratar de matéria de caráter constitucional, sobre a qual já houve pronunciamento definitivo do STF. Aplicação do entendimento predominante da 2ª Seção desta Corte.

- Não é admissível, na ação rescisória, a formulação de pretensão desbordante daquela deduzida na ação de origem, com o intuito de ampliar o seu alcance, pois a rescisória, apesar de autônoma, vincula-se nesse aspecto aos limites traçados pela demanda originária.

- Inadmissível, também, que a autora, sucumbente na parte da sentença em que foi vencedora a Fazenda Nacional, revelando-se conformada com esse decisum, à míngua de interposição de recurso, venha a beneficiar-se em ação rescisória com o novo julgamento do apelo da União e da remessa oficial, sob pena de violação da proibição da reformatio in pejus. Precedentes deste Tribunal.

- O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE - QO nº 585.235, em sede de repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998.

- Tratando-se de compensação tributária, deve ser respeitado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda (REsp repetitivo nº 1.137.738/SP).

- O art. 170-A do CTN aplica-se às ações ajuizadas após o advento da LC nº 104, de 10/01/2001, inclusive nas hipóteses de tributo já declarado inconstitucional, como a versada nestes autos (REsp's repetitivos nºs 1.164.452/MG e 1.167.039/DF).

- Em vista da data da propositura da ação original, a compensação dos valores da COFINS recolhidos a mais rege-se pelas regras da Lei nº 9.430/1996, podendo realizar-se com parcelas devidas de quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, condicionada à autorização desta.

- Contudo, sendo a ação posterior ao início da vigência da LC nº 104/2001, a compensação terá de se submeter à restrição do art. 170-A do CTN, que veda o procedimento antes do trânsito em julgado da decisão judicial que declarou o direito de realizá-lo.

- No tocante aos consectários (atualização e juros), é de rigor a observância dos parâmetros estabelecidos no julgamento do REsp representativo de controvérsia nº 1.112.524/DF, ressaltando-se que a taxa Selic, por abranger correção monetária e juros moratórios, não pode ser cumulada com qualquer outra taxa de juros ou índice de correção.

- Cuidando-se de restituição de tributos pagos indevidamente, seja pela via da repetição seja pela da compensação, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, ou, na hipótese de trânsito em julgado após 01/01/1996, exclusivamente pela taxa Selic.

- Preliminar de carência da ação parcialmente acolhida. Demais preliminares rejeitadas. Procedência parcial da ação. Agravo regimental prejudicado.

- Em juízo rescisório, apelação da União e remessa oficial desprovidas, mantendo-se a sentença de primeiro grau e explicitando-se seus termos no que tange à compensação autorizada e à aplicação da correção monetária e dos juros moratórios.

- Reconhecida a sucumbência recíproca, determinando-se a restituição do depósito prévio à parte autora.

A União interpôs recurso especial e, também, recurso extraordinário, à vista do qual a Vice-Presidência deste Tribunal, invocando o entendimento sufragado pelo C. STF no julgamento do RE nº 590.809, submetido ao regime de repercussão geral, em que fixada a tese

relativa ao Tema 136/STF, determinou o retorno dos autos ao órgão julgador para eventual juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, II, do CPC.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cuida-se de ação rescisória com vistas à desconstituição de acórdão que deu provimento a apelo da União e remessa oficial para reformar sentença proferida em mandado de segurança, na parte em que concedera a ordem para efeito de reconhecer a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 no tocante à COFINS e autorizar o seu recolhimento à alíquota de 3% sobre o faturamento previsto na LC nº 70/1991, bem como para declarar o direito à compensação, após o trânsito em julgado, dos valores daquela exação recolhidos a maior desde fevereiro/1999 com parcelas vincendas de contribuições da mesma espécie.

Esta E. Seção, no exame da rescisória, acolheu em parte preliminar de carência da ação, rejeitou as demais preliminares, entre as quais a de incidência da Súmula nº 343/STF, e julgou parcialmente procedente a ação para desconstituir o julgado rescindendo, dando por prejudicado agravo regimental interposto contra o indeferimento de tutela antecipada.

Em recurso extraordinário da União, alega-se que o julgado recorrido, ao afastar a aplicabilidade da Súmula nº 343/STF, ofendeu o princípio da coisa julgada e, conseqüentemente, contrariou o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois à época do acórdão rescindendo não havia ainda qualquer decisão do STF sobre a matéria de fundo e aquele acórdão adotou a jurisprudência então dominante.

A E. Vice-Presidência, reportando-se ao entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.809/RS, no qual decidido o Tema 136 da repercussão geral, determinou o encaminhamento dos autos a este Colegiado para eventual retratação.

O acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário invocado pela E. Vice-Presidência encontra-se assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. **AÇÃO RESCISÓRIA - VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO.** O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

(RE 590809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

O tema da aplicabilidade da Súmula nº 343/STF à hipótese dos autos foi detidamente analisado no voto condutor em todos os seus aspectos, levando em consideração inclusive o entendimento adotado pelo Excelso Tribunal no recurso acima citado, e resolvido com base em orientação consolidada desta Segunda Seção, consoante se constata no excerto a seguir transcrito:

(...)

Também não prospera a alegação de inadmissibilidade da ação em virtude da incidência do óbice da Súmula nº 343/STF, porquanto a matéria controvertida é de caráter constitucional e já houve pronunciamento do Excelso Pretório a seu respeito, circunstância que afasta a aplicação da referida Súmula, de acordo com a orientação desta Seção, baseada em jurisprudência da própria Corte Suprema.

Nesse sentido, trago à colação:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ART. 485, V, CPC - ART. 3º, §1º, LEI 9.718/98 - ACÓRDÃO INCOMPATÍVEL COM A DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, COM NOVO JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO (CONCESSÃO PARCIAL) E IMPOSIÇÃO DE SUCUMBÊNCIA NA RESCISÓRIA.

(...)

5. Não incide, na espécie, a restrição contida na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a jurisprudência é assente no entendimento de que a citada súmula não se aplica aos casos que envolvem matéria constitucional, tal como se dá nestes autos (CF, art. 195, I).

6. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, pelo Pleno, em 09/11/2005, os Recursos Extraordinários de nºs 346.084 (Relator Ministro Ilmar Galvão), 357.950, 358.273 e 390.840 (Relator Ministro Marco Aurélio), declarou a inconstitucionalidade material do § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718, de 1998, com efeitos ex tunc.

(...)

11. Preliminares rejeitadas. Pedido julgado procedente para desconstituir o acórdão rescindendo na parte em que declarou constitucional o artigo 3º, § 1º da Lei 9.718/1998 e efetuar novo julgamento da causa conjugando o quanto postulado no mandamus originário com o petitum desta rescisória, do que resulta a concessão parcial da segurança para autorizar o recolhimento do PIS e da COFINS nos termos disciplinados nas Leis Complementares nº 7/70 e 70/91 em virtude da inconstitucionalidade da cobrança nos moldes estabelecidos pela Lei 9.718/98, artigo 3º, § 1º. Honorários de R\$500,00.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 4863 - 0047338-38.2006.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 03/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2013)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. PIS. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. SÚMULAS NºS 343 E 514 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO DE MÉRITO INCOMPATÍVEL COM A DECISÃO PLENÁRIA DA SUPREMA CORTE. RESCISÃO.

(...)

O Pretório Excelso afasta a incidência da Súmula 343 quando a discussão alberga matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional (STF, Segunda Turma, AI-AgR 555806, Rel. Ministro Eros Grau). Entende o STF que a matéria constitucional, pela sua supremacia jurídica, não pode ficar sujeita a divergência de entendimento (RE 130.886/SP; ED em RE 328812).

(...)

O E. STF declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS, promovida pela Lei nº 9.718/98 (REs nºs 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840).

Em sede de juízo rescisório, dá-se parcial provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, mantendo-se parte da sentença concessiva no que tange ao alargamento da base de cálculo da COFINS, promovida pela Lei nº 9.718/98.

Ação rescisória julgada procedente, condenando-se a União Federal nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, corrigido.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5015 - 0101298-06.2006.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 06/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2013)

Não se olvida aqui a mudança de posicionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, verificada por ocasião do julgamento do RE nº 590.809/RS (DJe 24/11/2014), sob repercussão geral, quando aquele Tribunal reafirmou a validade da sua Súmula 343 inclusive na hipótese de a controvérsia jurisprudencial se basear na aplicação de norma constitucional.

Ocorre que esta Segunda Seção, à vista da referida mudança, adotou entendimento no sentido da prevalência do posicionamento anterior do STF, pela inaplicabilidade da Súmula 343, nos casos em que a ação rescisória envolvendo matéria constitucional tenha sido ajuizada antes do julgamento que consagrou a nova orientação do Excelso Pretório, em homenagem à segurança jurídica.

Confira-se, a esse respeito:

“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PIS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 1º DA MP Nº 517/94 E REEDIÇÕES (ATÉ A MP Nº 1674-57/98), CONVERTIDA NA LEI Nº 9.701/98. QUESTÃO DE ORDEM. POSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO AGRAVO LEGAL (PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE RECURSAL E DA ECONOMIA PROCESSUAL). POSSIBILIDADE DE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR (ART. 557, DO CPC/73). RE Nº 578.846, COM REPERCUSSÃO GERAL, PENDENTE DE JULGAMENTO, NÃO OBSTA O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. INTERESSE PROCESSUAL EXISTENTE. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 343 DO E. STF (MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL). VERIFICADA A OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PRELIMINARES REJEITADAS. AGRAVO DESPROVIDO NO MÉRITO. (...)

II. A Ação Rescisória foi ajuizada sob a égide do antigo CPC/73, de molde que devem ser observadas as regras nele estabelecidas, na forma do art. 14 do NCP.

(...)

VIII. Afastada a incidência da Súmula nº 343/STF em razão da natureza constitucional da matéria versada na Ação Rescisória. Não se aplica a nova orientação firmada no RE nº 590.890/RS (com repercussão geral), que determina a incidência da Súmula nº 343/STF, ainda que se cuide de matéria controvertida de natureza constitucional, por força de decisão desta E. Segunda Seção na Questão de Ordem (AR nº 2012.03.00.030282-0), que entendeu pela irretroatividade dos efeitos do citado precedente da Suprema Corte (RE nº 590.809/RS). (...)

XIII. Rejeitadas as preliminares suscitadas e, no mérito, desprovido o Agravo Legal da ré.” (TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 8006 - 0009508-62.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 05/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017)

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES AFASTADAS. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 514 DO E. STF. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 343 DO E. STF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. LIVROS, JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS. CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL. INAPLICABILIDADE. RESCISÓRIA PROCEDENTE. ACÓRDÃO DESCONSTITUÍDO. NOVO JULGAMENTO. SEGURANÇA DENEGADA. (...)

- Em obediência ao entendimento que vem sendo adotado por esta Segunda Seção, a análise da questão relativa à existência de matérias com interpretação controvertida perante os tribunais como fator impeditivo à procedência das rescisórias afigura-se questão preliminar (Ação Rescisória nº 0035015-59.2010.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. MARCELO SARAIVA, Julgado em 07/02/2017. Acórdão Publicado no DJE em 17/02/2017).

- A parte requerida requer a prevalência do entendimento segundo o qual a alteração de jurisprudência não afasta a supremacia da coisa julgada, uma vez que a decisão que se pretende rescindir está baseada em interpretação razoável dada às normas legais aplicáveis.

- Tendo em vista que a presente ação rescisória foi ajuizada em 02 de fevereiro de 2007, anteriormente à decisão proferida no RE nº 590.809/RS, deve prevalecer o entendimento adotado pela maioria desta Segunda Seção em recentes julgados no sentido de se afastar a aplicabilidade da Súmula nº 343 do E. STF ao caso concreto, visto que a rescisória funda-se em matéria constitucional.

(...)

- Cabível a rescisão do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 95.03.091960-6 que confirmou a sentença concessiva da segurança, provendo-se o apelo e a remessa oficial para se denegar a ordem no feito de origem.

(...)

- Em juízo rescisório, denega-se a ordem, sem fixação de verba honorária por trata-se de mandado de segurança.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5177 - 0007837-43.2007.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 01/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2017)

“PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. PRAZO DECADENCIAL ATENDIDO. PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. SÚMULA Nº 514 DO STF. AFASTADA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO STF. PRECEDENTES DESTA 2ª SEÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

- A ação rescisória em apreço foi proposta com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973, tendo por objeto, em juízo rescindendo, a desconstituição de acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.60.00.003273-1, e, em juízo rescisório, a concessão da segurança para afastar a incidência do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, na apuração da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, em razão da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (RE 346.084, RE 358.273, RE 357.950, RE 390.840).

Esta Segunda Seção, em 19/04/2011, por maioria, entendeu pelo afastamento da Súmula nº 343/STF e julgou procedente a ação rescisória, com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à matéria, que entendeu pela inconstitucionalidade do referido dispositivo anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 20/98.

- A divergência objeto dos presentes embargos infringentes estabeleceu-se pelo voto minoritário do Desembargador Fábio Prieto, que entendeu pela caracterização da decadência (fl. 492), e pelo voto minoritário da Desembargadora Regina Costa, que entendeu, preliminarmente, pelo reconhecimento de ofício da carência da ação por falta de interesse de agir, e, no mérito, pela improcedência da ação rescisória, ao fundamento de que ao tempo do julgamento a questão inseria-se em contexto de interpretação controvertida perante os tribunais (fls. 494/495).

- A preliminar de decadência não merece prosperar, uma vez que a ação rescisória foi proposta em 07/12/2005 e o prazo para sua propositura teve início com o trânsito em julgado do acórdão rescindendo, em 11/12/2003 (fl. 131), com termo final em 10/12/2005, considerando-se que os recursos excepcionais não foram admitidos em razão de sua intempestividade (fls. 320 e 324), restando assim atendido o comando do art. 495 do Código de Processo Civil de 1973. Ademais, ainda que se entenda pela não aplicabilidade da Súmula 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, verifico que, além do primeiro despacho ter sido proferido nos autos somente em 22/02/2006 (fl. 330), isto é, depois de expirado o biênio decadencial, a autora cumpriu prontamente a determinação de juntada da contrafé aos autos, de modo que efetivada a citação em 14/03/2006 (fls. 342 e 346). Precedente desta Segunda Seção.

- De outra feita, a preliminar de reconhecimento de ofício da carência da ação por ausência de interesse de agir não merece guarida, em razão do quanto disposto na Súmula nº 514 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.
- Em obediência ao entendimento que vem sendo adotado por esta Segunda Seção, convém destacar que a análise da questão relativa à existência de matérias com interpretação controvertida perante os tribunais como fator impeditivo à procedência das rescisórias afigura-se questão preliminar, ainda que tenha sido tratada no voto vencido como questão de mérito (Ação Rescisória nº 0035015-59.2010.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Julgado em 07/02/2017. Acórdão Publicado no DJE em 17/02/2017).
- A pretensão ora formulada pela UNIÃO FEDERAL não é, senão, a prevalência do entendimento segundo o qual a alteração de jurisprudência não afasta a supremacia da coisa julgada, uma vez que a decisão que se pretende rescindir está baseada em interpretação razoável, à época, dada às normas legais aplicáveis.
- A tese defendida pela embargante é em regra aplicável e consubstancia o entendimento consolidado pelo E. STF nos termos da Súmula nº 343 daquela E. Corte, que dispõe que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.
- Em casos em que a pretensão da ação rescisória versa sobre matéria constitucional, a discussão alcança maior complexidade. É exatamente a hipótese dos autos, em que se discute a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998.
- É que, em que pese a redação da referida Súmula, o próprio E. STF havia firmado o entendimento de que o verbete não deve ser aplicado quando a rescisória versar sobre matéria de índole constitucional, sendo seguido pelas demais cortes e, inclusive, por esta Segunda Seção.
- No entanto, quando do julgamento do RE nº 590.809/RS (DJ em 24/11/2014), em repercussão geral, a Corte Suprema, afastando a exceção adrede destacada, afirmou a aplicabilidade da Súmula nº 343/STF ainda que a controvérsia envolva a análise de normas constitucionais.
- Diante da alteração de entendimento, esta Segunda Seção, não obstante a existência de ponderadas divergências, vem decidindo que sua aplicabilidade não pode ser admitida no caso de rescisórias ajuizadas anteriormente à publicação do julgado, visto que tal comprometeria, de modo claro, a segurança jurídica daqueles que ajuizaram ação rescisória reconhecidamente cabível segundo a jurisprudência do E. STF vigente à época. Precedentes.
- Tendo em vista que a presente ação rescisória foi ajuizada em 07 de dezembro de 2005, anteriormente, portanto, à decisão proferida no RE nº 590.809/RS, tenho que deve prevalecer o entendimento adotado pela maioria desta Segunda Seção quando do julgamento ocorrido em 19/04/2011, em que se afastou a aplicabilidade da Súmula nº 343 do E. STF, visto que a rescisória fundava-se em matéria constitucional.
- A matéria de fundo restou pacificada pelo E. STF e por esta Corte, além de não ter sido objeto de divergência, razão pela qual não constitui fundamento hábil à alteração do julgado.
- Embargos infringentes improvidos.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 4652 - 0096672-75.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 02/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. RESP 1.144.469/PR. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. DECISÃO DE AFETAÇÃO RESTRITA À SUSPENSÃO DOS RECURSOS ESPECIAIS. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. DEPÓSITO PRÉVIO REGULARIZADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO NECESSÁRIO AO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CARÊNCIA DA AÇÃO. DESNECESSÁRIO O ESGOTAMENTO DA VIA RECURSAL PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 343/STF (QUESTÃO DE

ORDEM). INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MATÉRIA PRELIMINAR PARCIALMENTE ACOLHIDA. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO IMPROCEDENTE.

I. A controvérsia na ação originária cinge-se à legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

II. Rescisória ajuizada sob a égide do antigo CPC/73, devendo ser observadas as regras nele estabelecidas, nos termos do art. 14, do NCPC.

(...)

VII. Questão de ordem acolhida para rejeitar a aplicação da Súmula nº 343 do E. STF e admitir a ação rescisória. O cabimento da ação rescisória, à vista do que dispõem a mencionada súmula e os julgados do E. STF que a interpretam, é matéria inequivocamente prévia e processual, de forma que não se confunde com o mérito da ação. Assim, considerando o inegável viés constitucional da matéria de fundo, resta afastada a Súmula nº 343 do E. STF, na medida em que o precedente surgido no julgamento do RE nº 590.809/RS, não pode ser aplicado retroativamente à ação, eis que ajuizada anteriormente à prolação do mencionado julgado, em homenagem à segurança jurídica, sendo que tal precedente refere-se à situação de modificação do entendimento no âmbito da própria Corte Suprema, conforme deixa claro O Ministro Teori Zavascki no Ag.Reg. na AR nº 2.370/CE, j. em 22/10/2015.

(...)

XIII. Acolhida a questão de ordem no sentido de rejeitar a aplicação da Súmula nº 343 do E. STF e admitir a ação rescisória. Rejeitadas as preliminares de carência da ação quanto à irregularidade do depósito prévio, ausência de documentos essenciais ao ajuizamento da ação rescisória (relativos à demanda primitiva) e utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal. Acolhida a preliminar de carência da ação quanto ao pedido de compensação e/ou repetição. No mérito, improcedente a ação rescisória.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 8962 - 0030282-79.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 07/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/07/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. FINSOCIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. SÚMULA 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DO VOTO VENCEDOR.

(...)

- Competência das Seções para processar e apreciar as ações rescisórias dos julgados de primeiro grau, relativos às matérias das correspondentes áreas de especialização, bem como os da própria Seção ou das respectivas Turmas (artigo 12, inciso IV, do RI).

- A ação originária questionava a constitucionalidade da contribuição ao FINSOCIAL. À época da prolação da sentença havia entendimento do STF no sentido da constitucionalidade da exação para as empresas cujo objeto social fosse exclusiva prestação de serviços, como é o caso dos autos. Nessa situação - entendimento do STF sobre determinado tema constitucional que põe fim à divergência previamente existente nas cortes inferiores - é pacífica a jurisprudência sobre o cabimento da rescisória: afasta-se a Súmula 343/STF e se considera irrelevante a existência de entendimentos conflitantes nas instâncias inferiores, a fim de que se dê plena efetividade à norma constitucional, segundo seu intérprete máximo. Precedentes do STF e do STJ.

- Não se desconhece o posicionamento adotado pelo STF quando do julgamento do RE nº 590.809, no sentido de que a ação rescisória deve ser rechaçada com fulcro na Súmula 343/STF ainda que se trate de matéria constitucional. Todavia, até então, havia entendimento jurisprudencial pacificado de que, discutida a constitucionalidade de um dispositivo, afastava-se a aplicação da citada Súmula, de forma que aplicar o novel entendimento aos casos pretéritos seria justamente desprestigiar a segurança jurídica, princípio que se busca

homenagear com a restrição ao cabimento da ação rescisória. Precedente da 2ª Seção (EI 00951422219944030000).

- Presente o interesse no manejo da ação rescisória ante a configuração da violação a literal disposição de lei (artigo 28 da Lei nº 7.738/89) e a missão de se pacificar entendimentos judiciais com a interpretação última do STF sobre o tema.

(...)

- Preliminar de intempestividade não conhecida. Rejeição das demais preliminares e, no mérito, embargos infringentes desprovidos.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1470 - 0008003-85.2001.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 03/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2016)

Portanto, em consonância com o entendimento predominante desta Seção, tendo em vista que a presente ação rescisória foi ajuizada em 31/07/2006, mantém-se aqui a inaplicabilidade da Súmula 343/STF.

Desse modo, verifica-se que, no caso, a aplicação do óbice da Súmula 343/STF, à vista do entendimento sufragado no RE nº 590.809/RS, foi afastada em estrita conformidade com o posicionamento firmado por este Colegiado em questão de ordem, acolhida no julgamento da Ação Rescisória nº 0030282-79.2012.4.03.0000 (j. 07/06/2016, e-DJF3 07/07/2016) e balizadora da apreciação da matéria nos julgados subsequentes.

Ademais, a própria redação da tese relativa ao “Tema 136” da repercussão geral, resultante do julgamento do RE nº 590.809/RS, demonstra não se caracterizar aqui hipótese de juízo de retratação, posto não destoar do seu teor a solução dada por esta Seção à questão discutida.

Com efeito, a referida tese restou fixada nos seguintes termos: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

A contrario sensu, portanto, cabível a ação rescisória envolvendo matéria constitucional no caso de não haver pronunciamento do Plenário do STF sobre a mesma matéria à época do julgado rescindendo e, posteriormente, vir a lume tal pronunciamento, em desarmonia com o aludido julgado.

Ora, à época da prolação e publicação do acórdão objeto da presente ação rescisória - respectivamente, 27/10/2004 e 27/04/2005 - não havia ainda entendimento acerca da matéria de fundo firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que só veio a pronunciar-se sobre essa matéria em 09/11/2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 346084/PR, 357950/RS, 358273/RS e 390840/MG, quando sufragou entendimento divergente do adotado no acórdão rescindendo, porquanto foi declarada, nos referidos recursos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Assim, tenho que não é de ser exercido o juízo de retratação no caso em tela, pois o acórdão recorrido expressa o posicionamento consolidado deste Colegiado e não revela incompatibilidade com a orientação do C. Supremo Tribunal Federal, fixada na tese concernente ao “Tema 136” da repercussão geral.

Ante o exposto, mantenho o v. acórdão, determinando a devolução dos autos à E. Vice-Presidentência.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0001784-14.2013.4.03.6183

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: ROMUALDO RADZIWILOWITZ

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR (VICE-PRESIDENTE)

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/08/2019

DECISÃO

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela parte autora a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Após devolução dos autos à turma julgadora, o acórdão recorrido foi mantido após juízo de retratação negativo.

DECIDO.

O recurso merece admissão.

Estão preenchidos os requisitos formais de admissibilidade e a matéria se revela devidamente prequestionada.

Com efeito, nos termos do julgamento do RE nº 564.354/SE, decidido sob a sistemática de repercussão geral da matéria, foi assentado o entendimento de que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

Verifica-se que o acórdão recorrido afastou a revisão pleiteada, manifestando-se pela inaplicabilidade dos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, ante o fato de o benefício ter sido concedido antes da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, o mencionado acórdão paradigma do STF (RE nº 564.354/SE) não fez qualquer restrição quanto ao período no qual seria aplicável a observância aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03.

Acrescente-se que eventuais dúvidas acerca do alcance do acórdão RE nº 564.354/SE restaram sepultadas, consoante se verifica dos recentes julgados do E. STF, nos quais os Eminentes Relatores esclareceram que a Suprema Corte não impôs limites temporais à aplicação do paradigma. É o que se verifica das decisões proferidas nos autos do RE nº 898.958/PE, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 15/09/2015; ARE nº 885.608/RJ, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 14/05/2015 e ARE 758.317/SP, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 03/03/2015, verbis:

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de São Paulo. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão recorrido: “[...] O

disposto no artigo 14 da Emenda Constituição nº 20/1998 e no artigo 5º da Emenda Constituição nº 41/2003 alcançam também os benefícios concedidos anteriormente à elevação do teto, mas desde que na data de início tenham ficado limitados ao teto que vigorava à época, uma vez que havia previsão legal para a sua reposição, conforme dispõe o artigo 26 da Lei nº 8.870/1994 (aplicável aos benefícios concedidos entre 05/04/1991 e 31/12/1993) e o artigo 21 da Lei nº 8.880/1994 c/c o artigo 35, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999 (aplicável aos benefícios concedidos a partir de 1994). Como a reposição do percentual que excedeu ao teto vigente na data da concessão do benefício somente passou a ser prevista a partir da edição da Lei nº 8.870/1994 (artigo 26), entendo que a aplicação dos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/2003, na forma decidida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 564.354/SE), é devida apenas aos benefícios concedidos a partir de 05/04/1991. No presente caso, considerando-se que a data de início do benefício é anterior a 05/04/1991, não haverá direito à qualquer recomposição dos resíduos extirpados por ocasião da apuração do salário-de-benefício, motivo este pelo qual a ação deve ser julgada improcedente. Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso da parte autora.” A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário. O recurso extraordinário merece provimento. Inicialmente, observo que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 564.354, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, com repercussão geral reconhecida, entendeu ser possível a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, levando-se em conta os salários de contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais. Veja-se, nesse sentido, a ementa do referido recurso: “DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.” Em conformidade com o parecer Procuradoria-Geral da República, o STF “não impôs limites temporais à atualização do benefício”. Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, c, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para determinar à Turma de origem que aplique ao presente processo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, assentado no RE 564.354, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia.

Acrescente-se, ainda, as seguintes decisões da Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TEMA 76. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ANTERIOR À CF/88. AGRAVO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. MULTA APLICADA. I - O Tema 76 da Repercussão Geral (RE 564.354/SE) é aplicável a casos de benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição de 1998. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (ARE n. 1.145.978-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 7.12.2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. TEMA 76 DA REPERCUSSÃO GERAL. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (RE n. 1.084.438-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12.4.2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. RGPS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. TEMA 76 DA REPERCUSSÃO GERAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. 1. Verifico que a tese do apelo extremo se conforma adequadamente com o que restou julgado no RE-RG 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.02.2011, não havendo que se falar em limites temporais relacionados à data de início do benefício. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (RE n. 959.061-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 17.10.2016)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. READEQUAÇÃO AO TETO. RE 564.354-RG (REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, TEMA 76). TESE QUE SE APLICA AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DESDE QUE HAJAM SOFRIDO LIMITAÇÃO. 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 564.354-RG (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 76, DJe de 15/2/2011), assentou que o artigo 14 da EC 20/1998 e o artigo 5º da EC 41/2003 se aplicam aos benefícios que foram limitados ao teto do Regime Geral de Previdência estabelecido antes da vigência dessas normas. 2. Nesse julgamento, não se fixaram limites temporais relacionados à data de início do benefício, razão pela qual o entendimento estende-se aos benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, desde que hajam sofrido limitação pelo teto. 3. Agravo Interno a que se nega provimento (RE n. 1.100.152-ED-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 26.11.2018)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Previdenciário. 3. Reajuste de benefício anterior à CF/88. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Tema 76. Aplicação imediata. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negativa de provimento ao agravo regimental (RE n. 1.054.294-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 9.10.2018)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI) CONSIDERADO O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 564.354-RG/SE (TEMA Nº 76/RG) - POSSIBILIDADE - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (RE n. 1.113.573-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9.10.2018)

Ante a imposição de restrição com base em critério temporal, mesmo após a devolução dos autos à turma julgadora, de rigor admissão do recurso.

Ante o exposto, ADMITO o recurso extraordinário.

Int.

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL

0008360-37.2016.4.03.6112

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: MARIA CECILIA RORIZ BRANDAO
Interessados: ORGANIZAÇÃO CONTA MEC LTDA. E OUTROS(AS)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2019

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL PERTENCENTE A HERDEIRO.

I. Responsabilidade por sucessão prevista no art. 131, II do CTN que está adstrita aos limites do quinhão herdado.

II. Hipótese em que o que se verifica pertinente aos fundamentos da decisão recorrida é a possibilidade ou não de o débito fiscal atingir indistintamente o patrimônio de sucessor por herança, questão que não foi devolvida no recurso, em que se discute unicamente ocorrência ou não de fraude e simulação.

III. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de julho de 2019.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 65/66v) pela qual foram julgados parcialmente procedentes os embargos opostos à execução fiscal para, mantendo a embargante no polo passivo da execução fiscal, declarar nula a penhora que recaía sobre imóvel de sua propriedade.

Recorre a parte embargada sustentando que a embargante teria adquirido por herança a parte ideal de três imóveis e exercido o domínio sobre tais bens aduzindo haver exercido efetivamente o poder de proprietário dos imóveis de matrícula nº 1.058 e 1.292, ambos do CRI de Regente Feijó/SP por aliená-los após a partilha, bem como ter declarado como de sua propriedade nas Declarações Anuais de Ajuste para com o Imposto de Renda Pessoa Física o imóvel de matrícula nº 27.260 do 1º CRI de Presidente Prudente/SP. Alega que a parte apelada, sabendo das dívidas de seu genitor, praticou fraude e simulação no intuito de preservar os bens herdados contra eventuais cobranças que poderiam recair sobre o patrimônio do “de cujus”, aduzindo que os imóveis de matrícula nº 1.058 e 1.292 teriam sido alienados pela embargante,

que continua a residir no imóvel de matrícula nº 27.260 e que auferir frutos civis da locação de imóvel de sua propriedade e objeto da penhora.

Em contrarrazões, aduz a apelada que os imóveis de matrícula nº 1.058 e 1.292 foram transferidos para a empresa Tropical Seeds do Brasil Ltda. para o pagamento de dívidas em nome do “de cujus”, que o imóvel de matrícula nº 27.260 nunca integrou seu patrimônio recaiando sobre ele declaração de indisponibilidade e ainda seria impenhorável por constituir moradia da apelada, e que o imóvel objeto da penhora seria também impenhorável, já que os alugueres que recebe seriam sua única fonte de renda.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Versa o presente recurso pretensão de reforma da decisão que declarou a nulidade de penhora de bem imóvel.

Através da sentença de fls. 65/66v, a penhora foi declarada nula entendendo o magistrado “a quo” que “o bem imóvel foi indevidamente penhorado, vez que, não pertencendo ao falecido, não foi herdado pela Embargante, estando, assim, fora dos limites de sua responsabilidade por sucessão prevista no inciso II do artigo 131, do CTN”.

No presente recurso postula a parte apelante a manutenção da penhora aduzindo que a apelada procedeu à realização de negócios jurídicos com bens imóveis herdados de coexecutado falecido em “manifesta e sistemática fraude e simulação” (fl. 71), todavia, ausente nas razões do recurso fundamento legal que autorize referida pretensão.

Com efeito, a responsabilidade por sucessão de herdeiro encontra previsão no art. 131, II do CTN e está adstrita aos limites do quinhão herdado, não havendo impedimento legal para a alienação dos bens recebidos em herança.

O que se verifica pertinente aos fundamentos da decisão recorrida que reconheceu a impossibilidade de penhora de bem imóvel por se tratar de bem não pertencente ao coexecutado falecido é a possibilidade ou não de o débito fiscal atingir indistintamente o patrimônio de sucessor por herança, questão que não foi devolvida no recurso, em que se discute unicamente ocorrência ou não de fraude e simulação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

5020456-65.2017.4.03.0000

Agravante: MAYANNA SAAD ADAMS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Requerente: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS

Requerido: MAYANNA SAAD ADAMS, JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA (PRESIDENTE)

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2019

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO ORDINÁRIA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. DECISÃO JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SOB PENA DE INDISTINTA INDISPONIBILIDADE DE RECURSOS DE MUNICÍPIO E DA UNIÃO FEDERAL. JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO CUJOS EFEITOS CONSTITUEM O OBJETO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR. PREJUDICIALIDADE. CARACTERIZAÇÃO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

– Interpretação dos artigos 937, IX, do Código de Processo Civil, e 279, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região conduz à inviabilidade de se admitir, em julgamento de agravo, a sustentação oral de procurador da parte.

– A suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é “prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas”, objetivando “a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

– Sob análise, decisão que suspendeu os efeitos de provimento jurisdicional que cominou, ao descumprimento de decisão judicial em que determinado o fornecimento de medicamento, o indistinto bloqueio de verbas públicas de município e da União Federal.

– Precedentes do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região que apontam para a permanência dos efeitos da suspensão até a apreciação, no mérito, de recurso eventualmente interposto perante órgão julgador desta Corte, momento em que desencadeado, pelo efeito recursal substitutivo, o deslocamento da competência para a análise de medida suspensiva ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal.

– Impugnada a liminar originária em agravo de instrumento que se constatou julgado no decorrer da análise de regimental, aqui interposto contra o deferimento da suspensão dos efeitos da tutela provisória no feito subjacente. Prejudicada a suspensão de liminar.

– Pedido de suspensão de liminar que se julga extinto, com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, após a retificação do voto da Desembargadora Federal Presidente THEREZINHA CAZERTA (Relatora), no sentido de reconhecer a prejudicialidade da suspensão de liminar, em razão do julgamento de mérito no agravo de instrumento interposto na Turma, no que foi acompanhada em retificação de voto pelos Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, PAULO FONTES, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA e CONSUELO YOSHIDA; o voto-vista do Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, acompanhando o Relatora; e o voto do Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, dando provimento ao agravo, foi proferida a seguinte decisão: O Órgão Especial, por maioria, reconheceu a prejudicialidade da suspensão de liminar, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente THEREZINHA CAZERTA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, PAULO FONTES, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA e BAPTISTA PEREIRA. Vencidos os Desembargadores Federais DIVA MALERBI e NELTON DOS SANTOS, que davam provimento ao agravo; FÁBIO PRIETO e NERY JÚNIOR, que negavam provimento ao agravo; CECÍLIA MARCONDES e MAIRAN MAIA, que davam parcial provimento ao agravo, a fim de que a suspensão dos efeitos deferida prevaleça, no que atine à inviabilidade do bloqueio de verbas municipais para o atendimento de tutela de urgência que deferiu o fornecimento de medicamento à parte, até o momento em que referida questão for julgada, de forma colegiada, e, no mérito, por órgão deste Tribunal Regional Federal; e TORU YAMAMOTO, que dava parcial provimento ao agravo, a fim de que a suspensão prevaleça até seu exame pelo colegiado no agravo de instrumento. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais DIVA MALERBI, NEWTON DE LUCCA, FÁBIO PRIETO, CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR e TORU YAMAMOTO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Relatora). Agravo interposto por Mayanna Saad Adams “contra a decisão monocrática id: 1325762, a qual acolheu o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande” (Id. 1367857).

Trata-se, em síntese, de pedido de suspensão de decisão judicial proposto pelo Município de Campo Grande (Id. 1285732) contra decisão que, proferida nos autos de reg. nº 0005503-29.2017.4.03.6000, à época em trâmite perante o juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande, “determinou o cumprimento da tutela de urgência até 22/10/2017 sob pena de BLOQUEIO IMEDIATO das receitas dos entes estatais requeridos, sem prévia intimação”.

Na origem, refere-se o pleito suspensivo a demanda proposta por Mayanna Saad Adams em face da União e do Município de Campo Grande, “na qual alega que é portadora da doença amiotrofia espinhal progressiva tipo II (CID G12.0)”, requerendo “por parte dos requeridos o fornecimento contínuo do medicamento importado Spinraza (Nusinersen), necessário para bloquear a degeneração neuronal, de modo a proporcionar ganhos motores e funcionais progressivos”.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela no processo subjacente, sobreveio a seguinte decisão, objeto dos pleitos correspondentes a este feito suspensivo:

A parte autora às fls. 343/344 aduz que as Requeridas não cumpriram a tutela de urgência outrora deferida.

Determinada a manifestação das Requeridas quanto às informações prestadas pela Autora (fl. 351).

A União informou a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a tutela provisória, pugnando pelo juízo de reconsideração. Ainda, argumentou que o Ministério da Saúde leva 120 dias úteis para realizar a importação do medicamento, lapso temporal que a Autora poderia aguardar, pois está medicada, considera-se apta a dirigir e possui plano de saúde, ressaltando que na atualidade o medicamento possui registro na ANVISA, podendo ser fornecido pela empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos em valor inferior ao requerido pela Autora (fl. 353/354).

O Município de Campo Grande às fls. 437/438 ressaltou que a Autora ajuizou demanda em face da UNIMED com os mesmos pedidos aventados neste feito, situação que determinaria a extinção da presente sem resolução de mérito, aduziu a falta de urgência para a compra do medicamento, diante do quadro de saúde estável da Autora.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Outrossim, por ora, afasto a ocorrência da litispendência, pois não estão presentes a tríplice identidade - partes, pedido e causa de pedir - entre as duas demandas em curso, não restando configurada a litispendência.

O Município foi intimado da decisão antecipatória em 21/06/2017 (fl. 158) e a União em 22/06/2017 (fl. 161-verso), por conseguinte, houve o transcurso do prazo estipulado para cumprimento da tutela de urgência e o seu descumprimento determina a incidência da multa coercitiva estipulada.

Contudo, acolho a justificativa apresentada pela União, especificamente ao informar as dificuldades encontradas para realizar a importação do medicamento, pleiteando a prorrogação do prazo para cumprimento da decisão, assim, reconsidero em parte a decisão para determinar que a entrega do medicamento e o tratamento da autora ocorra até a data máxima de 22/10/2017 (120 dias corridos da última intimação).

Acolho também a manifestação da União quando afirma que eventual bloqueio de receitas dos entes estatais no montante de R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais) poderia ser demasiado, em decorrência do fornecimento do medicamento pela empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos, com controle de preços por órgãos estatais.

Igualmente, reconsidero a determinação quanto à aplicação de multa coercitiva no caso de descumprimento, eis que medidas mais eficazes podem ser adotadas.

Diante do exposto, defiro a prorrogação do prazo para cumprimento da tutela de urgência a qual deverá ser integralmente implementada até 22/10/2017, o não cumprimento da medida até o prazo estipulado implicará no imediato bloqueio das receitas dos entes estatais Requeridos, sem prévia intimação.

Oficie-se a Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos (Endereço: Av. Dr. Cardoso de Melo, 1184 - Vila Olímpia, São Paulo - SP, 04548-004 - Telefone: (11) 3568-3400) para que informe se há

disponibilidade do medicamento SPINRAZA, indicado para o tratamento do EMA tipo III e o seu custo o para o primeiro ano de tratamento, considerando a necessária dose de ataque. Intime-se. Cumpra-se.

Daí o “Pedido de Suspensão de Liminar”, que, manejado pelo Município de Campo Grande, tem como cerne o excerto em que, no provimento jurisdicional acima transcrito, restou fixada como consequência do descumprimento da antecipação dos efeitos da tutela a possibilidade de “BLOQUEIO IMEDIATO das receitas dos entes estatais requeridos, sem prévia intimação”.

No âmbito em questão, argumentou-se que “há contradição entre o pedido da autora embasado numa receita médica e a própria bula do medicamento”, de modo que “o valor que poderá ser bloqueado, conforme orçamento acostado pela autora às fls. 350, portanto, está muito além do que é necessário para a paciente no primeiro ano de tratamento”.

Mais, que “os quatro milhões que poderão ser bloqueados de inúmeras contas do Poder Público Municipal comprometem o que já estava deficitário e temeroso”, porque “Campo Grande, capital do Mato Grosso do Sul, possui uma dívida que ultrapassa 300 milhões de reais”.

Referiu-se, outrossim, que “o MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE NÃO ESTATUI políticas de inclusão de medicamentos no SUS, muito menos estabelece os preços destes medicamentos”, sendo que “A RESPONSABILIDADE PELA AQUISIÇÃO DESTE MEDICAMENTO CABE EXCLUSIVAMENTE À UNIÃO”.

Sustentou-se, ainda, que “o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja no intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender arvorar a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial, que, de antemão, já se sabe que não alcançará efetividade”.

Ademais, “o bloqueio vai de encontro ao orçamento pré-fixado, consoante estabelece a Constituição Federal e demais normas, porquanto não existe reserva de capital para aquisição de medicamentos de alto custo, sobretudo quando recém aprovados pela Anvisa”.

Também, que “a autora ajuizou ação em face do plano de saúde privado” e, como “a causa de pedir – tratamento da enfermidade – é a mesma da presente ação”, “é óbvio que se trata de conexão e, portanto, OS PROCESSOS DEVEM SER REUNIDOS”.

Por fim, “o Sistema Único de Saúde oferece tratamentos para os portadores de AME”.

Pleiteou-se, nesses termos, a suspensão da “decisão que determinou o bloqueio de verba pública municipal para custear tratamento privado”, bem como de “qualquer ordem judicial que determine pretensão bloqueio nas constas públicas do Poder Público Municipal”.

Petição do Município, informando que “o medicamento Spinraza (Nusinersen) foi APROVADO pela Anvisa na data de 25 DE AGOSTO DE 2017” e que “A aquisição de medicamento pelos Municípios, mesmo com a aprovação da Anvisa, deve ser feita com recursos próprios, exatamente porque NÃO HOUVE INCLUSÃO DO NOVO MEDICAMENTO no Sistema Único de Saúde, gerando grave ônus ao orçamento municipal” (Id. 1304165).

Proferida pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, então Presidente desta Corte, a decisão ora recorrida, de conteúdo abaixo transcrito (Id. 1325762):

Visto,

Trata-se de pedido de suspensão de liminar apresentado pelo Município de Campo Grande em face de decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, nos autos da ação de procedimento ordinário nº 0005503-29.2017.4.03.6000, que determinou

o cumprimento da medida liminar de fornecimento de medicamento até o dia 22.10.2017, sob pena de bloqueio de receitas do município.

Alega, em síntese, que Mayanna Saad Adams propôs ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela de urgência em face da União, do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, alegando ser portadora de amiotrofia espinhal progressiva tipo II (CID G12.0) e que, por esta condição, necessita do uso contínuo do medicamento importado chamado Spinraza (Nusinersen), necessário para bloquear a degeneração neuronal.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo juízo, que determinou o fornecimento do medicamento pelo Município e pela União no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento. Posteriormente, a autora da ação peticionou ao juízo informando que a decisão não havia sido cumprida. Diante disso, o magistrado determinou o cumprimento da tutela até o dia 22.10.2017 sob pena de bloqueio imediato de receitas dos entes estatais, sem prévia intimação. Contra esta decisão insurge-se neste momento.

Diz que o medicamento Spinraza foi aprovado recentemente pela ANVISA e por se tratar de novidade ainda está pendente de regulação quanto ao preço a ser vendido no país. Por conta disso, apenas o laboratório BIOGEN o fornece, ao preço de US\$ 118,795.00 (cento e dezoito mil, setecentos e noventa e cinco dólares americanos). Considerando a prescrição médica, o tratamento anual representaria um gasto de US\$ 712,770.00 (setecentos e doze mil, setecentos e setenta dólares americanos), ou seja, mais de dois milhões de reais no câmbio atual.

Defende haver contradição a respeito da quantidade prescrita e a indicada na bula do medicamento, o que por si só representaria significativa economia para os cofres públicos. Entende que essa dúvida somente pode ser sanada por meio de perícia médica, de modo que, persistindo a dúvida, o bloqueio de valores não deve ser realizado.

Afirma que o bloqueio de receitas comprometerá o já deficitário e temeroso orçamento municipal e que o numerário, se bloqueado, comprometerá outros setores da Administração Pública, como serviços de coleta de lixo, de merenda escolar, de medicamentos e materiais hospitalares, de energia, de água etc., todos já credores do Município por atraso de pagamento no período de janeiro a setembro de 2017.

Pondera que o medicamento tem custo elevado e que compete à União, por meio do Ministério da Saúde e da ANVISA, definir o preço com base em regras vigentes para o setor, além de incluir o medicamento na lista dos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Enquanto isso não ocorrer, não pode o município ficar à mercê do arbitramento voluntário de preço por parte do laboratório, não possuindo condições de arcar com o tratamento de altíssimo custo, vez que não possui sequer recursos para simples cirurgias ortopédicas.

Argumenta que os municípios não possuem autonomia para definir as políticas públicas de saúde e, assim, não podem suportar tamanho ônus (princípio da reserva do possível). Salieta a capacidade limitada do Poder Público de prover todas as necessidades da coletividade, sendo o aparato público, por mais sofisticado que seja, incapaz de promover atendimento integral a todos que necessitem.

Embasado na teoria supra, defende que não basta que a legislação defina direitos aos membros da sociedade, pois se faz imprescindível também que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação desses direitos. Portanto, não pode o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja, assumir a difícil tarefa de suprir todas as carências sociais e, mediante uma decisão, impor obrigações incapazes de serem atendidas.

A ordem judicial viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que cabe ao Poder Legislativo elaborar a peça orçamentária e definir as prioridades que entende mais urgentes naquele momento.

O município possui outros compromissos com a coletividade que precisam ser satisfeitos e o bloqueio se choca com o orçamento fixado porque não há reserva de capital para a aquisição de medicamentos de alto custo. Deste modo, ao se garantir o direito de um único indivíduo,

são sacrificadas outras garantias constitucionais, de interesse coletivo.

Afirma que a autora da demanda não é atendida pelo SUS, e por ser atendida mediante convênio médico privado, a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento deveria ser atribuída ao plano de saúde, já que o artigo 197 da CF permite que os serviços de saúde sejam prestados por terceiros. Entende, aliás, que havendo demanda proposta também contra o convênio médico, há conexão entre as ações, que deveriam ser reunidas.

Também informa que a autora da ação possui uma irmã com a mesma enfermidade e que também pleiteia na Justiça o fornecimento do medicamento. Assim, os custos devem ser considerados em dobro, o que acarreta significativo desfalque nos cofres públicos municipais, cujo orçamento encontra-se inteiramente comprometido.

Reconhece o direito à sobrevida da autora, que conta com 19 (dezenove) anos de idade. Porém, afirma que o medicamento poderá abrandar os sintomas, mas que não há certeza de melhora na doença em si, persistindo dúvidas a respeito de sua eficácia ao longo do tempo.

Transcreve decisão da Presidência do TJMS que aponta a impossibilidade de bloqueio de verba pública, salvo nos casos de quebra da ordem de precedência de precatório. Igualmente, menciona decisão do TRF-4ª Região que indefere pedido de tutela provisória objetivando o fornecimento do mesmo medicamento aqui pleiteado.

Argui que a decisão de bloqueio implica intervenção financeira no município e lhe causa grave lesão, além de violar o princípio da supremacia do interesse público.

Com tais argumentos, requer alternativamente: 1) a suspensão da decisão que determinou o bloqueio de verba municipal para custear o tratamento; ou 2) que o bloqueio recaia exclusivamente sobre as contas públicas da União; ou 3) que seja concedido o prazo de 60 (sessenta) dias para aquisição do medicamento, no total de 2 (duas) ampolas, devendo as demais ser fornecidas pela União; ou 4) que seja concedido prazo de 90 (noventa) dias para aquisição de 3 (três) ampolas, necessárias para o primeiro ano de tratamento, devendo as demais ser fornecidas pela União.

É o relatório.

Decido.

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

Cuida-se, nos termos já definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, de “medida processual de excepcionalidade absoluta, uma vez que investe o Presidente do Tribunal competente de um poder extraordinário capaz de suspender a eficácia de uma liminar ou a própria execução de um mandado de segurança concedido. Diante da magnitude, inclusive constitucional, do mandado de segurança, que consubstancia instrumento processual célere destinado a viabilizar a defesa de direito líquido e certo de uma pessoa em face de eventual ação arbitrária do Estado, a utilização do pedido de suspensão de segurança deve-se restringir a situações de extrema gravidade, sob pena de colocar em total descrédito o procedimento e a eficácia da ação mandamental.” (AgRg na SS nº 1.328, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 19/05/04, DJ 07/06/04) - grifo e destaque meus.

Por proteger direitos específicos alçados pelo legislador à condição de relevante interesse público, a princípio não se discute, no pedido de suspensão de segurança ou de antecipação de tutela, o mérito da demanda. Nestes termos, anoto ser manifestamente descabido analisar, neste momento, eventual necessidade de perícia médica para verificar a dosagem do medicamento (quantidade de ampolas) necessária para o tratamento da autora da ação originária. De igual modo, descabe aqui analisar fatos processuais que exigem manifestação do juiz natural, como a alegação de conexão entre demandas. Situações processuais devem ser analisadas pelo juízo a quo e são passíveis de recursos para as instâncias superiores, não possuindo a Presidência da Corte competência para conhecer da questão.

Com relação aos motivos que ensejam a suspensão de liminar, previstos no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, tenho que se encontram presentes.

Deveras, é sabido que a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”. E é igualmente sabido que o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Magna, há muito já consagrou o entendimento de que a parte pode pleitear o fornecimento de medicamentos a qualquer um dos entes federativos (Agr no RE 607.381/SC), cuidando-se de responsabilidade solidária (RE 855178 RG/SE). Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. TEMA 793. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é obrigação solidária dos entes da Federação promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento em favor do recorrido, podendo qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios figurar no polo passivo. II- Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorar os honorários recursais, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.”

(STF, ARE 963.221 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.10.2016, DJE 16.11.2016)

Contudo, neste incidente não se está a discutir a responsabilidade pela obrigação de fornecer o medicamento requerido pela autora da ação originária. Esta discussão está sendo travada nos autos do agravo de instrumento nº 5011261-56.2017.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Nelson dos Santos.

No caso em testilha pretende-se tão somente afastar a ordem judicial que determinou o bloqueio de verbas municipais, consoante se extrai do principal pedido formulado na petição inicial (id 1285732, fl. 43):

“Ante todo o exposto, com fulcro no artigo 326, caput, e parágrafo único, requer a Vossa Excelência o provimento do presente pedido para, subsidiariamente:

1) SUSPENDER a decisão que determinou o bloqueio de verba pública municipal para custear tratamento privado. Consequentemente, requer sustar qualquer ordem judicial que determine pretensão bloqueio nas contas públicas do Poder Público Municipal. Em não assim entendendo, requer,
(...)”

Nesse aspecto, tenho que assiste razão ao município Requerente, uma vez que a ordem de bloqueio de suas receitas ocasionará graves prejuízos à ordem e à economia públicas.

Os recursos financeiros não são infinitos e não há, como todo administrador sabe, orçamento para custear tudo aquilo que a população precisa. Ainda mais em época de crise como a vivenciada atualmente, a escassez de recursos é tema em todos os níveis da Administração, reconhecida e alvo de angústia por parte de todos os gestores da coisa pública.

De acordo com as informações prestadas pela autora em sua demanda originária (id 1285764, fl. 295-296), cada dose do medicamento custa US\$150,000.00 (cento e cinquenta mil dólares americanos). Ainda de acordo com o documento, para o primeiro ano de tratamento seriam necessárias 8 (oito) doses e, nos demais, metade. Portanto, no primeiro ano o tratamento custaria US\$ 1,200,000.00 (um milhão e duzentos mil dólares americanos) e, nos demais, cerca de US\$ 600,000.00 (seiscentos mil dólares).

Isso significa o bloqueio, na cotação de hoje (US\$ 1 = R\$ 3,28), de R\$3.936.000,00 (três milhões, novecentos e trinta e seis mil reais), montante significativo e que não pode ser desprezado.

Ademais, não me passou despercebido que, no decisum objurgado, o magistrado reconhece o argumento da União no sentido de que o bloqueio desse valor é demasiado. Transcrevo, a propósito, trecho da manifestação jurisdicional (id 1285782, fl. 23):

“Acolho também a manifestação da União quando afirma que eventual bloqueio de receitas dos entes estatais no montante de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) poderia ser demasiado, em decorrência do fornecimento do medicamento pela empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos, com controle de preços por órgãos estatais.”

Ora, se o bloqueio da quantia é demasiado para a União, não se pode ter entendimento diverso em relação ao município, cuja receita é significativamente inferior à daquele.

O impacto orçamentário da decisão configura motivo para suspender uma decisão provisória concedida liminarmente em caráter de cognição sumária do feito. Como bem salienta Elton Venturi, “As implicações macro e microeconômicas das decisões judiciais constituem preocupação que transcende fronteiras e que, por potencialmente acarretarem grave comprometimento à ordem pública (social e administrativa) e à ordem econômica, não só podem como devem ser alvo de prudente avaliação por via dos pedidos de suspensão” (Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª edição, pág. 217).

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço, tem o ente público como escopo o tratamento de parcela maior da sociedade sul-mato-grossense com o uso de verbas públicas.

Portanto, em que pese o direito constitucional à saúde, tenho que o bloqueio determinado pelo juízo poderá ocasionar riscos graves à economia e à ordem pública municipal, interferindo sobremaneira na Administração Municipal e, com isso, em toda coletividade campo-grandense. Não bastasse, de acordo com a Portaria nº 1.554/2013 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), os medicamentos de alto custo, que representam elevado impacto financeiro, são de responsabilidade do Ministério da Saúde. Confira-se:

“Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Art. 4º Os grupos de que trata o art. 3º são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais:

I - complexidade do tratamento da doença;

II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e

III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Art. 5º O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

I - maior complexidade do tratamento da doença;

II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;

III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

Art. 6º O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e

II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Art. 7º O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.” - grifo e destaque meus.

Portanto, nessa fase de cognição sumária, atenta ao disposto no ato normativo acima mencionado, não vejo como manter-se o bloqueio das contas do município de Campo Grande.

Por fim, não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário tomar o lugar da Administração na escolha das ações que o Poder Executivo elege como prioritárias, sob pena de prejudicar a administração e de se imiscuir na atividade administrativa, violando o fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).

2.A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.

3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.

4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.

5.Agravo desprovido”.

(AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

Por todo o exposto, DEFIRO o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, archive-se.

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

No agravo (Id. 1367780) objeto deste julgamento, interposto por Mayanna Saad Adams, alega-se que “A saúde e a vida são direitos igualmente previstos constitucionalmente, consignando valores maiores cuja garantia deve ser almejada em toda e qualquer política pública”.

Refere-se que “a alegação de impossibilidade de cumprimento da medida, sob o argumento de comprometimento financeiro do sistema, esbarra na flagrante situação de ameaça à vida, a qual é passível de tutela imediata pelo Poder Judiciário, sem que isto caracterize violação ao princípio da separação dos poderes estatais ou aos princípios da isonomia e universalidade de atendimento, porquanto constitui concretização do valor fundamental da dignidade da pessoa, conforme estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal”.

Aduz-se que “não pode o Município eximir-se desta obrigação sob quaisquer pretextos, inclusive falta de previsão orçamentária ou necessidade de prefixação de verbas para o atendimento dos serviços de saúde, ou ainda, invocar a aplicação do princípio da reserva do possível”, motivo pelo qual “a decisão da Presidenta merece reforma, haja vista que a ordem de bloqueio de suas receitas não ocasionará prejuízos à ordem e à economia pública”.

Salienta-se que “o uso do medicamento SPINRAZA já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal em pedido de suspensão de segurança n. 5192, no qual o Estado de Goiás objetivava a suspensão dos efeitos da medida liminar deferida pelo Relator do Mandado de Segurança n. 5213458.96.207.8.09.0000, do Tribunal de Justiça de Goiás, que determinou ao Secretário de Estado da Saúde de Goiás fornecer a uma menor o referido medicamento”, ocasião em que indeferida a pretensão suspensiva, nos termos do pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia.

Outrossim, “não há falar em risco aos cofres públicos do município como óbice para a negativa de fornecimento do medicamento, pois ao suspender a liminar, deixando de fornecer o SPINRAZA, medicamento com regular registro na Anvisa, implicaria em dano inverso”, sendo que “a posição adotada pela Presidenta do TRF 3ª Região, ao deferir o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande, sobrestou o fornecimento do medicamento, o que poderá causar dano inverso, ou seja, a morte da agravante”.

Isso tudo considerado, requer-se “seja concedido o efeito suspensivo ao presente agravo contra r. decisão agravada, de modo a evitar graves danos à Mayanna caso não inicie seu tratamento com urgência”, e que “seja ao final dado PROVIMENTO ao presente recurso para que seja reformada a r. decisão agravada, restabelecendo-se os efeitos da decisão do bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503- 29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande-MS, e autorize a disponibilização à agravante dos valores suficientes para aquisição do medicamento SPINRAZA™ (nusinersen), com a dosagem e local para aplicação indicados pelos médicos, nos termos impressos nos relatórios médicos, até alta médica definitiva, como forma de distribuir justiça”.

Juntadas contrarrazões pelo Município de Campo Grande (Id. 1756620).

Parecer da Procuradoria Regional da República da 3ª Região (Id. 1840541), no sentido de que “o cumprimento forçado da ordem judicial, mediante a expedição de ordem de bloqueio de recursos públicos, está lastreado na certeza do direito à obtenção do medicamento, conforme fartamente demonstrado nos autos”, razão pelo qual “o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifesta-se pelo provimento do agravo interno interposto pela requerida, para que o pedido de suspensão da liminar seja indeferido, nos moldes descritos, caso não haja retratação da Relatoria”.

Petição (Id. 1917070) da agravante, requerendo “inscrição de seu patrono para SUSTENTAÇÃO ORAL perante este egrégio Tribunal, no dia do Julgamento do Agravo Interno”.

Informação (Id. 1930658), subscrita pela Diretora da Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário, de que “não há previsão regimental para sustentação oral em caso de agravo (art. 143 RITRF3)”.

Despacho (Id. 2506415), de seguinte teor:

Vistos.

Expeça-se comunicação às partes, noticiando que o julgamento do presente feito ficou adiado para a sessão virtual de 9.5.2018, indicando-se desde já, considerando o requerimento formulado (Petição Id. 1917070), e tal como constante da Informação (Id. 1930658) subscrita pela Diretora Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário, o não cabimento na hipótese de sustentação oral, à vista da ausência de previsão para tanto no Regimento Interno deste Tribunal.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de abril de 2018

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

VOTO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Relatora). Ressalte-se, de saída, especificamente no que atine ao pedido formulado pela agravante para que lhe fosse possibilitada a sustentação oral neste colegiado, a previsão contida no artigo 143, caput, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que expressamente inviabiliza tal providência em sede de agravo:

Art. 143 - Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, de embargos de declaração e de arguição de suspeição.

Referido dispositivo aplica-se ao caso concreto quer seja por se tratar de agravo, apto a atrair a incidência da redação do caput mencionado, quer seja porque o artigo 279, § 2º, do Regimento, prescreve que o agravo em suspensão de segurança, situação análoga à que aqui se tem, processa-se “na forma do agravo regimental”, no qual, como mencionado, não há possibilidade de sustentação oral.

Em sintonia com o que prevê o artigo 937, inciso IX, do Código de Processo Civil em vigor atualmente, que admite a possibilidade de sustentação oral “em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do Tribunal”, inócurre no caso, resta inviabilizado, assim, o deferimento do pleito.

A esse respeito, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

- Sustentação oral. Princípio da ampla defesa. Art. 5., LV, da Constituição Federal. Art. 131, par-2., do R.I.S.T.F.. Suspensão de Segurança. Agravo regimental: matéria deste. Tramitação de emenda constitucional. Questão “interna corporis” do Poder Legislativo. Princípio da independência e harmonia dos Poderes.

1. A sustentação oral é ato facultativo no processo, não absolutamente necessário à defesa. O art. 131, par-2º, do R.I.S.T.F. não permite sustentação oral em agravo regimental e não foi revogado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

2. A tramitação de Emenda Constitucional, no âmbito do Poder Legislativo, é matéria “interna corporis”, insuscetível de controle judicial, salvo em caso de ofensa à Constituição ou à lei. Exceto nessas hipóteses, a interferência não é tolerada pelo princípio da independência e da harmonia entre os Poderes.

3. Ao agravar regimentalmente contra a decisão suspensiva de segurança (fundada no art. 4. da Lei n. 4.348, de 26.06.1964, ou no art. 297 do R.I.S.T.F.), deve o agravante impugnar os fundamentos da decisão agravada e não simplesmente questionar o modo pelo qual vinha sendo cumprida a liminar que fora por ela suspensa. Agravo regimental improvido. (Plenário, SS 327 AgR, Rel. Min. Sidney Sanches, 5.6.1992)

Por esses motivos, indeferida a inscrição atinente à sustentação oral requerida pelo procurador da agravante.

A suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é “prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas”, objetivando “a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao habeas data:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou

da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.

§ 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.

§ 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º 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.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir “tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público”, vislumbra-se “indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público”, “compreendida a existência de um verdadeiro microsistema legal que rege os pedidos de suspensão”, ausente “sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que “o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma”, tratando-se, assim, de “um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória”, “restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias” (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

No caso dos autos, cinge-se a controvérsia, trazida ao colegiado pela via do agravo, à existência dos motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão jurisdicional na hipótese em que se comina, ao descumprimento de medida liminar que ordenou o fornecimento de medicamento, o bloqueio de verbas públicas.

Em síntese, deferido pleito liminar determinando-se aos entes públicos que ali constavam no polo passivo – Município de Campo Grande e União Federal – fosse viabilizado o fornecimento à parte autora do medicamento Spinraza, uma vez que a requerente, ora agravante, padece de patologia grave, sobrevieram nos autos notícias de que tal medida não fora cumprida.

Ato contínuo, deferiu o juízo a quo, dentre outras providências, “a prorrogação do prazo para cumprimento da tutela de urgência a qual deverá ser integralmente implementada até 22/10/2017, o não cumprimento da medida até o prazo estipulado implicará no imediato bloqueio das receitas dos entes estatais Requeridos, sem prévia intimação”, decidum que, no que atine ao bloqueio de verbas da municipalidade (Id. 1325762), restou suspenso por decisão da Presidência neste pedido de suspensão.

Sobreveio então a interposição do presente agravo (Id. 1367857), em que se busca o reestabelecimento da eficácia da decisão do juízo a quo no ponto em que deferida a viabilidade de bloqueio de receitas da municipalidade para a efetivação da antecipação dos efeitos da tutela anteriormente determinada.

Regularmente processado, submete-se o recurso à análise deste colegiado.

Preliminarmente – e pese embora não tenha o ponto sido trazido à análise pelas próprias

partes –, não se diga ser caso de incidência, à hipótese sob verificação, de precedentes existentes tanto em Tribunal Superior, quanto nesta Corte Regional mesmo, de que o julgamento de agravo de instrumento que impugna provimento liminar enseja a prejudicialidade do pedido de suspensão, ante o efeito substitutivo do recurso (art. 1.008, do CPC).

Confirmam-se, a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO (CF, ART. 105, I, f). USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO. EFEITO SUBSTITUTIVO DO RECURSO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. EMERGÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO STJ. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Em virtude do efeito substitutivo (CPC, art. 512), uma vez julgado o mérito do recurso pelo Tribunal a quo, o decisum dali decorrente, no que tiver sido objeto do apelo, substitui a decisão recorrida, ainda que a pretensão recursal não tenha sido acolhida.

2. Da interpretação sistemática do art. 4º, §§ 4º, 5º e 6º da Lei 8.437/92, do art. 25 da Lei 8.038/90 e do art. 1º da Lei 9.494/97, tem-se que o julgamento colegiado do agravo de instrumento manejado contra a decisão que deferiu liminar ou tutela antecipada, com o esgotamento da instância ordinária, faz cessar a competência da Presidência do Tribunal de Justiça e inaugura a do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Corte competente para conhecer de eventual recurso especial, para o processamento e julgamento de pedido de suspensão da execução da liminar ou da tutela antecipada.

3. Comprovada a usurpação da competência desta Corte Superior, dá-se provimento ao presente agravo interno, para julgar procedente a reclamação, cassando-se a decisão reclamada. (STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 6953/BA, rel. Ministro Raul Araújo, 11.12.2014)

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - JULGAMENTO - PREJUDICIALIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Suspensão de segurança e agravo regimental julgados prejudicados.

2. Interposição de novo agravo regimental.

3. Efeito substitutivo do recurso (artigo 512, do CPC).

4. O julgamento do agravo de instrumento interposto contra a liminar ou antecipação de tutela enseja a perda de objeto do pedido de suspensão.

5. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

6. Agravo regimental improvido.

(TRF3, Órgão Especial, Processo nº 0018314-18.2013.4.03.0000, Órgão Especial, rel. Desembargador Federal Presidente, 25.2.2016)

No caso em análise, consulta atinente a recursos distribuídos neste Tribunal Regional Federal relacionados ao feito de reg. nº 0005503-29.2017.4.03.6000 indica a existência de quatro agravos de instrumento, autuados sob nºs 5011261-56.2017.4.03.8000, 5013304-63.2017.4.03.0000, 5019399-12.2017.4.03.0000 e 5007408-43.2018.4.03.0000.

Quanto ao ponto, faz-se de relevo consignar, desde já, a existência de distinção importante com o objetivo de que o exame de referidos recursos ocorra de maneira apropriada, evitando-se conclusão errônea quanto à prejudicialidade desta medida.

Isso porque, no feito originário, subsistiram duas decisões de conteúdos diversos.

Na primeira, proferida às fls. 147/151, o juízo a quo exarou a seguinte determinação:

Portanto, no caso em apreço, em que pese o entendimento desse Magistrado, DEFIRO a tutela provisória de urgência pleiteada pela parte Autora para determinar aos réus (União e Município de Campo Grande/MS) que, no prazo de 30 (vinte) dias, forneçam à parte autora o medicamento Spinraza (Nusinersen), de acordo com a prescrição médica, enquanto durar o tratamento, adotando-se os procedimentos administrativos cabíveis e necessários, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Na segunda, por sua vez, proferida às fls. 463/463v, assim se concluiu:

Diante do exposto, defiro a prorrogação do prazo para cumprimento da tutela de urgência a qual deverá ser integralmente implementada até 22/10/2017, o não cumprimento da medida até o prazo estipulado implicará no imediato bloqueio das receitas dos entes estatais Requeridos, sem prévia intimação.

Como se permitiu verificar por ocasião do relatório levado a efeito, o objeto deste pedido de suspensão é a segunda determinação, no específico ponto relativo à possibilidade de bloqueio de receitas do município em razão do descumprimento da tutela de urgência anteriormente deferida (Id. 1285732):

POSTERIORMENTE, a parte manifestou-se informando que não houve cumprimento da decisão judicial que concedeu a liminar. O Magistrado, determinou o cumprimento da tutela de urgência até 22/10/2017 sob pena de BLOQUEIO IMEDIATO das receitas dos entes estatais requeridos, sem prévia intimação. Em face desta nova decisão que determina o bloqueio do caso de descumprimento, interpõe-se o presente Pedido de Suspensão de Liminar.

No âmbito da decisão proferida no presente feito, aqui submetida a controle (Id. 1325762), não se olvidou a esse respeito:

Deveras, é sabido que a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”. E é igualmente sabido que o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Magna, há muito já consagrou o entendimento de que a parte pode pleitear o fornecimento de medicamentos a qualquer um dos entes federativos (Agr no RE 607.381/SC), cuidando-se de responsabilidade solidária (RE 855178 RG/SE). Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. TEMA 793. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é obrigação solidária dos entes da Federação promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento em favor do recorrido, podendo qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios figurar no polo passivo. II- Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorar os honorários recursais, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.”

(STF, ARE 963.221 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.10.2016, DJe 16.11.2016)

Contudo, neste incidente não se está a discutir a responsabilidade pela obrigação de fornecer o medicamento requerido pela autora da ação originária. Esta discussão está sendo travada nos autos do agravo de instrumento nº 5011261-56.2017.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Nelton dos Santos.

No caso em testilha pretende-se tão somente afastar a ordem judicial que determinou o bloqueio de verbas municipais, consoante se extrai do principal pedido formulado na petição inicial (id 1285732, fl. 43):

“Ante todo o exposto, com fulcro no artigo 326, caput, e parágrafo único, requer a Vossa Excelência o provimento do presente pedido para, subsidiariamente:

1) SUSPENDER a decisão que determinou o bloqueio de verba pública municipal para custear tratamento privado. Consequentemente, requer sustar qualquer ordem judicial que determine pretensão bloqueio nas contas públicas do Poder Público Municipal. Em não assim entendendo, requer,
(...)

Consoante referido, busca nos sistemas de tramitação processual deste Tribunal Regional Federal indica que subsistem quatro agravos de instrumento interpostos em face de Mayanna Saad Adams, todos vinculados a decisões proferidas nos autos de reg. nº 0005503-29.2017.4.03.6000:

- Agravo de Instrumento nº 5011261-56.2017.4.03.0000, interposto pelo Município de Campo Grande, sob relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos e objeto de acórdão prolatado pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal em 7.3.2018, com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SPINRAZA (NUSINERSEN). DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.657.156, em que se discutida a obrigatoriedade de fornecimento, deferiu proposta do relator para afetação do recurso ao procedimento dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, para julgamento de “recurso representativo de controvérsia”, determinando a “suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes”. Entretanto, em julgamento posterior de questão de ordem no mesmo recurso, o STJ decidiu que a suspensão das ações não prejudica a análise de pedidos de tutela de urgência. Nesse contexto, possível o conhecimento e prosseguimento do recurso, pois se impugna deferimento de tutela de urgência em primeiro grau.

2. O óbice referente à inexistência de registro do medicamento pleiteado na Relação Nominal oferecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA restou superado em precedente do Supremo Tribunal Federal, consulte-se: STF, SS nº 4316/RO, Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. em 10.6.2011, p. em 13.6.2011. Também este tem sido o posicionamento desta Corte Regional, confira-se: TRF/3ª Região, Sexta Turma, APELREEX nº 1.781.568, rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, j. em 6.6.2013, e-DJF3 Judicial 1 de 14.6.2013.

3. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse munus constitucional. Precedentes.

4. Encontra firmada a interpretação constitucional no sentido da supremacia da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo imposto ao Poder Público,

porquanto é dever do Estado prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamento que sejam necessários a pacientes sem condições financeiras de custeio. Precedentes. 5. O presente caso não caracteriza intromissão do Poder Judiciário, que apenas determina seja cumprido o comando constitucional que assegura o direito à vida. A jurisprudência firmou-se no sentido da impossibilidade de oposição da chamada “reserva do possível” diante de direitos que compõe o mínimo existencial.

6. Ao desatender comando constitucional de garantia à saúde e à vida, a Administração Pública incorre em conduta passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

7. Discussões concernentes a características, qualidades e eficiência terapêutica do medicamento, ou, ainda, a possibilidade de substituição por outro, devem ser analisadas no curso da instrução em primeira instância, não podendo ser invocadas para, desde logo, afastar o direito ao pedido, atestado nos documentos juntados aos autos.

8. Alegações de falta de inclusão do medicamento nos protocolos e diretrizes terapêuticas do programa de fornecimento, de existência de medicamentos paliativos da doença, entre outras, não podem ser acolhidas, nesta via estreita do agravo de instrumento. Diante da farta jurisprudência e comprovada configuração do direito da parte autora à tutela judicial específica requerida para o provisionamento de medicamento essencial à garantia da sua saúde e vida, não deve ser acolhido o presente recurso.

9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pela desnecessidade de realização de prova pericial, bastando receita fornecida por médico, como ocorreu no presente caso.

10. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, firmou entendimento no sentido de ser possível a fixação de multa a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros: REsp 1474665/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017), não sendo desarrazoado o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) por dia de descumprimento.

12. A pretensão da parte agravada conta com o respaldo da jurisprudência: TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento n. 0004561-79.2017.4.02.0000.

13. Agravo de instrumento desprovido.

Análise do relatório do julgado, entretanto, indica que o decisum lá impugnado diz respeito não à decisão que viabilizou o bloqueio de verbas municipais, objeto desta suspensão de liminar, mas sim à deliberação judicial que deferiu a tutela de urgência, determinando aos entes públicos o fornecimento do medicamento:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Campo Grande, inconformado com a r. decisão proferida nos autos da ação do procedimento comum nº 0005503-29.2017.4.03.6000, ajuizada por Mayanna Saad Adams e em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Campo Grande/MS.

Alega o agravante, em síntese, que:

- a) “não há nos autos documentos médicos suficientes a indicar que a paciente se utilizou de todos os meios e/ou tratamentos disponíveis no SUS, bem como que se os mesmos resultaram ineficazes para o caso de sua patologia. Ademais, não há comprovação de que somente o medicamento pretendido será eficaz para a enfermidade que a acomete” (Id 806626 - Pág. 3);
- b) “o fármaco indicado é importado e não tem aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (Id 806626 - Pág. 3);
- c) “recursos com destinação certa vêm sendo diariamente dilapidados para cobrir tantas pretensões atendidas pelo judiciário, sem que haja a prova da ineficácia dos serviços garantidos, e da real utilização do serviço disponível pelas partes ativas das demandas” (Id 806626 - Pág. 4-5);

d) “acaso não acolhidas as razões expostas alhures, requer seja reduzida a multa arbitrada, bem como seja feita sua limitação máxima” (Id 806626 – Pág. 6).

A parte agravada apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovitamento do recurso (Id 874530). Posteriormente, juntou aos autos notícia “confirmando oficialmente o registro do medicamento SPINRAZA na ANVISA” (Id 1027998).

Na sequência, o Município agravante manifestou-se no sentido de que “Tribunal Regional da 3ª Região – TRF-3ª Região, proferiu decisão por meio da Excelentíssima Senhora Presidente, nos Autos de Suspensão de Liminar n. 5020456-65.2017.4.03.0000, e determinou a suspensão do bloqueio de receitas do município, afastando a multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acatando os fundamentos da defesa municipal” (Id 1352971).

É o relatório.

Conforme revela a própria petição do recurso em referência, a decisão impugnada é aquela proferida em 21.6.2017, segundo indicam as datas em que o agravante – que interpôs o recurso em 7.7.2017 – foi dela intimado:

MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob n. 03.501.509/0003-06, com endereço administrativo sito à Av. Afonso Pena, n. 3297, Centro, Campo Grande, Mato Grosso do Sul, vem respeitosamente diante de V. Ex^a. através de sua Procuradora Municipal subscrita (mandato ex lege), interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Com pedido de efeito suspensivo, com fulcro no artigo 1.017 do CPC, em face da r. decisão prolatada pelo Douto Julgador da 2ª Vara Federal da 1ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul, pelas razões a seguir expostas:

INTIMAÇÕES E CERTIFICAÇÕES

O Agravante foi intimado da r. decisão no dia 23.06.2017, através do recebimento de carga dos autos, conforme artigo 335, inciso III c/c 231, inciso VIII, ambos do Código de Processo Civil. Assim, o prazo de 30 dias úteis (artigos 183, 219 e 1.003,§5º do CPC) finda-se em 31.07.2017, sendo tempestivo o presente recurso.

Não há falar, portanto, em prejudicialidade da suspensão pelo julgamento do agravo, uma vez que ambos referem-se a pronunciamentos distintos: a primeira, à viabilidade do bloqueio de verbas municipais; o segundo, ao fornecimento do medicamento.

- Agravo de Instrumento nº 5013304-63.2017.4.03.0000, interposto pela União, sob relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos e objeto de acórdão prolatado pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal em 7.3.2018, assim sintetizado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SPINRAZA (NUSINERSEN). DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.657.156, em que se discutida a obrigatoriedade de fornecimento, deferiu proposta do relator para afetação do recurso ao procedimento dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, para julgamento de “recurso representativo de controvérsia”, determinando a “suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes”. Entretanto, em julgamento posterior de questão de ordem no mesmo recurso, o STJ decidiu que a suspensão das ações não prejudica a análise de pedidos de tutela de urgência. Nesse contexto, possível o conhecimento e prosseguimento do recurso, pois se impugna deferimento de tutela de urgência em primeiro grau.

2. O óbice referente à inexistência de registro do medicamento pleiteado na Relação Nominal oferecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA restou superado em precedente do Supremo Tribunal Federal, consulte-se: STF, SS nº 4316/RO, Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. em 10.6.2011, p. em 13.6.2011. Também este tem sido o posicionamento desta Corte Regional, confira-se: TRF/3ª Região, Sexta Turma, APELREEX nº 1.781.568, rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, j. em 6.6.2013, e-DJF3 Judicial 1 de 14.6.2013.
3. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse munusconstitucional. Precedentes.
4. Encontra firmada a interpretação constitucional no sentido da supremacia da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo imposto ao Poder Público, porquanto é dever do Estado prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamento que sejam necessários a pacientes sem condições financeiras de custeio. Precedentes.
5. O presente caso não caracteriza intromissão do Poder Judiciário, que apenas determina seja cumprido o comando constitucional que assegura o direito à vida. A jurisprudência firmou-se no sentido da impossibilidade de oposição da chamada “reserva do possível” diante de direitos que compõe o mínimo existencial.
6. Ao desatender comando constitucional de garantia à saúde e à vida, a Administração Pública incorre em conduta passível de apreciação pelo Poder Judiciário.
7. A União invoca, diretamente a essa Corte Regional, a existência de “fato novo” consistente em nota técnica que comprovaria a ineficácia do medicamento para o caso da agravada. Referida argumentação não foi apresentada perante o MM. Juiz de primeira instância.
8. Os recursos são instrumentos destinados à revisão dos julgados proferidos pelas instâncias inferiores, razão pela qual não é possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, sob pena de supressão de instância. Precedente.
9. A manutenção do fornecimento do medicamento concedido propiciará justamente a verificação de sua eficácia para o caso específico da parte agravada, conclusão que reforça a impossibilidade de, em exame de cognição sumária, enfrentar alegações acerca da eficiência do fármaco para a autora da ação de origem.
10. Discussões concernentes a características, qualidades e eficiência terapêutica do medicamento, ou, ainda, a possibilidade de substituição por outro, devem ser analisadas no curso da instrução em primeira instância, não podendo ser invocadas para, desde logo, afastar o direito ao pedido, atestado nos documentos juntados aos autos.
11. Alegações de falta de inclusão do medicamento nos protocolos e diretrizes terapêuticas do programa de fornecimento, de existência de medicamentos paliativos da doença, entre outras, não podem ser acolhidas, nesta via estreita do agravo de instrumento. Diante da farta jurisprudência e comprovada configuração do direito da parte autora à tutela judicial específica requerida para o provisionamento de medicamento essencial à garantia da sua saúde e vida, não deve ser acolhido o presente recurso.
12. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pela desnecessidade de realização de prova pericial, bastando receita fornecida por médico, como ocorreu no presente caso.
10. Possuindo o direito à saúde envergadura de norma fundamental, a regra do artigo 19-T da Lei 8.080/90 não pode ser invocada como argumento para afastar a aplicação do disposto no artigo 6º da Constituição Federal.
13. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, firmou entendimento no sentido de ser possível a fixação de multa a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros: REsp 1474665/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017), não sendo desarrazoado o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) por dia de descumprimento.

14. O prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento da decisão judicial não pode ser considerado exíguo. Precedente.
15. A pretensão da parte agravada conta com o respaldo da jurisprudência: TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento n. 0004561-79.2017.4.02.0000
16. Agravo de instrumento desprovido.

Aqui, à semelhança do caso anterior, o que se tem é recurso interposto em face da primeira decisão, que deferiu o fornecimento do medicamento, como indicado tanto no relatório, quanto na petição inicial do agravo:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, inconformada com a r. decisão proferida nos autos da ação do procedimento comum nº 0005503-29.2017.4.03.6000, ajuizada por Mayanna Saad Adams e em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Campo Grande/MS. Alega a agravante, em síntese, que:

- a) “há alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS, comprovadamente eficazes e acessíveis se comparado ao medicamento caríssimo requerido pela autora” (Id 903946 - Pág. 11);
- b) “O medicamento NUSINERSEN, nome comercial SPIRANZA®, não é comercializado no Brasil em razão da ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (Id 903946 - Pág. 12);
- c) “o fornecimento, por via judicial, de medicamento que não possua o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, constitui-se em provimento jurisdicional ilegal, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.360, DE 23 DE SETEMBRO DE 1976 c/c Art. 19-T da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, alterada pela Lei 12.401 de 28 de abril de 2011” (Id 903946 - Pág. 27);
- d) “A concretização do direito fundamental à saúde impõe ao Administrador escolhas verdadeiramente trágicas em face das restrições de ordem financeira inerentes à atividade estatal” (Id 903946 - Pág. 28);
- e) a decisão agravada viola o princípio da separação de poderes;
- f) caso seja mantida a decisão recorrida, deve ser fixado “um termo ad quem para a obrigação imposta à União, devendo ser observada a necessidade de reavaliação clínica periódica da autora (06 em 06 meses), com confecção de laudo minucioso sobre a evolução do tratamento, com a utilização da medicação postulada” (Id 903946 - Pág. 33);
- g) “necessária, pois, a realização de perícia médica por profissional de confiança do juízo para o adequado deslinde do feito, de acordo com a distribuição do ônus da prova” (Id 903946 - Pág. 35);
- h) “postula-se seja alterado o prazo para cumprimento da decisão antecipatória” (Id 903946 - Pág. 37);
- i) “A imposição de multa contra a Fazenda Pública, por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial, é totalmente descabida, porque afronta princípios ligados à organização orçamentária dispostos constitucionalmente” (Id 903946 - Pág. 37);
- k) caso mantida a imposição de multa, o respectivo valor deve ser reduzido.

A parte agravada apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovimento do recurso (Id 1248835).

A União alega a existência de “fato novo” consistente na nota técnica n. 1-SEI/2017-NJUD/SE/GAB/SE/MS (Id 1756321), segundo a qual, em síntese, “a paciente infelizmente não faz parte do grupo que tem benefício clínico comprovado para o uso da medicação” (Id 1756302 – Pág. 4). A parte agravada junta aos autos do presente recurso “carta da empresa Biogen”, informando que “o medicamento pleiteado pela agravada, ‘Spinraza (nusinersena), tem uso indicado em

TODOS OS TIPOS DE AME 5q, e os critérios de exclusão de pacientes utilizados no contexto de seu desenvolvimento clínico não se refletem em contraindicações registradas em bula” (Id 1795643 – Pág. 1).

É o relatório.

UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, representada pelo Advogado da União que esta subscreve, inconformado com a decisão proferida nos autos em epígrafe (fls. 147/151, retificada às fls. 156), que deferiu os efeitos da tutela e determinou o fornecimento do medicamento Spinraza à autora, no prazo de 30 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), vem, perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 1015, I e ss do CPC interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, conforme razões que oferece em apartado, requerendo seja o mesmo devidamente recebido, processado, conhecido e provido para reformar a decisão atacada, ante o permissivo contido no art. 1019, I, do CPC, e os relevantes fundamentos expostos.

Portanto, também nesse caso inexistente prejudicialidade.

- Agravo de Instrumento nº 5019399-12.2017.4.03.0000, interposto pela União, sob relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos e com previsão para julgamento na sessão da 3ª Turma de 16.5.2018.

No recurso em epígrafe, ao contrário dos demais acima mencionados, a União impugna a segunda decisão, fazendo-o com o objetivo de reverter a determinação judicial que viabilizou o bloqueio de verbas de sua titularidade.

Veja-se:

UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, representada pelos Advogados da União que esta subscrevem, inconformado com a decisão proferida nos autos em epígrafe (fls. 463), que determinou o sequestro de valores dos réus, caso não haja cumprimento da liminar até 22/10/2017, independente de previa intimação, vem, perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 1015, I e ss do CPC interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, conforme razões que oferece em apartado, requerendo seja o mesmo devidamente recebido, processado, conhecido e provido para reformar a decisão atacada, ante o permissivo contido no art. 1019, I, do CPC, e os relevantes fundamentos expostos.

Ausente, porém, decisão colegiada em segundo grau de jurisdição, nem sequer havendo decisum liminar no feito em questão, também aqui não remanesce óbice a impedir o conhecimento do presente agravo.

- Agravo de Instrumento nº 5007108-43.2018.4.03.0000, interposto pelo Município de Campo Grande, sob relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos.

Referido recurso tem como objeto, como se depreende da petição interposta, decisão superveniente à que se impugna nesta suspensão, e na qual o juízo a quo acolheu embargos de declaração para fixar multa cominatória no valor de R\$ 50.000,00:

Município de Campo Grande MS, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob n. 03.501.509/0001-06, com endereço à Avenida Afonso Pena, 3.297, nesta, por sua procuradora municipal que esta subscreve (mandato ex lege) 1 vem respeitosamente diante de

V.Ex^a, com fulcro nos artigos 994, II, 995, Parágrafo único, 1.015, VII, 1.017, §5º, e 1.019, I, do novo Código de Processo Civil, interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo em face de decisão do MM Juiz da 4ª Vara Federal desta comarca, que acolheu os Embargos de Declaração opostos pelo ora agravante para fixar as astreintes em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

INTIMAÇÕES E CERTIFICAÇÕES

A intimação da decisão agravada efetivou-se em 02/03/2018, através da publicação no DJe n. 40, certificado nos autos às f. 859. Assim, tendo a Fazenda Pública prazo em dobro para recorrer, resta demonstrada a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que o decurso do prazo para tanto recairá no dia 17/04/2018.

Em conclusão, efetuada análise dos agravos de instrumento registrados sob nºs 5011261-56.2017.4.03.8000, 5013304-63.2017.4.03.0000, 5019399-12.2017.4.03.0000 e 5007408-43.2018.4.03.0000, sem que se tenha constatado manifestação colegiada de segundo grau de jurisdição atinente à decisão que, prolatada às fls. 463/463v, viabilizou o bloqueio de verbas municipais para que se dê cumprimento à antecipação dos efeitos da tutela – objeto deste agravo –, não há que se falar em prejudicialidade, sendo, por isso, de rigor o prosseguimento na análise recursal propriamente dita.

Conhecido, portanto, o recurso, no mérito, o caso é de se conferir parcial provimento, apenas para que reste fixado o termo final da eficácia da decisão que anteriormente deferiu a suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau de jurisdição no momento em que a questão venha a ser analisada em segundo grau de jurisdição, por órgão colegiado deste Tribunal Regional Federal.

Sob discussão, conforme acima delimitado, se o bloqueio de verbas municipais, na hipótese de descumprimento de tutela de urgência em que deferido à parte o fornecimento de medicamento para o tratamento de patologia grave, representa medida cuja eficácia ocasiona prejuízos à ordem e economia públicas, a ponto de justificar sua tutela pela presente via suspensiva.

Ou seja, o que aqui se questiona não é propriamente o cabimento de medida judicial para fornecer o medicamento, mas se a garantia de seu cumprimento pela via do bloqueio de verbas da municipalidade, no caso concreto, induz a enquadramento que enseje a suspensão de sua eficácia por provimento jurisdicional tomado pela Presidência do Tribunal.

Não se está a cogitar, portanto, de abordagem sobre a perspectiva de que “não existindo alternativa viável ao fármaco pleiteado, e comprovada a sua imprescindibilidade, deve ocorrer o fornecimento pela rede pública de saúde, diante do dever da integralidade do atendimento, previsto no artigo 198, inciso II, do texto constitucional” (Id. 1367857).

Nem ao menos é objeto deste feito, ainda, a viabilidade jurídica de se determinar o bloqueio de verbas municipais para a aquisição do medicamento.

O que cabe aqui perscrutar, ao contrário, é se esse bloqueio, tido como viável, no caso concreto atinge significativamente as ordens pública e econômica, de modo a tornar indispensável a suspensão de sua eficácia.

Não se desconhece, nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na direção de que o bloqueio de verbas públicas pode ser manejado em ações de fornecimento de medicamentos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

(Primeira Seção, REsp 1069810/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, 6.11.2013)

Nada obstante, e sem questionar propriamente, insista-se, a legalidade do procedimento, fato é que referida providência pode ensejar situação de desfalque e debilidade orçamentária municipais, a ser aferida no caso concreto, justificando o manejo da suspensão de liminar para que – sem que se faça, repise-se, análise quanto à propriedade da medida propriamente dita – seja ela sustada, sem prejuízo de outros meios a efetivar a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Dessa forma, a argumentação expedida pela agravante, na direção de que “no caso concreto há demonstração suficiente da necessidade clínica da autora/agravante utilizar o medicamento em questão, revela-se possível ao Judiciário atuar na hipótese, para garantir o direito à saúde e à continuidade de sua vida com dignidade” (Id. 1367857), não exsurge bastante à reversão da decisão proferida.

A concessão da suspensão pleiteada foi embasada em sólida argumentação referente justamente à estreita questão do bloqueio das verbas públicas, ali tido como inviável, valendo, por isso, a transcrição dos argumentos que, então mobilizados pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, mantêm-se hígidos:

Nesse aspecto, tenho que assiste razão ao município Requerente, uma vez que a ordem de bloqueio de suas receitas ocasionará graves prejuízos à ordem e à economia públicas.

Os recursos financeiros não são infinitos e não há, como todo administrador sabe, orçamento para custear tudo aquilo que a população precisa. Ainda mais em época de crise como a vivenciada atualmente, a escassez de recursos é tema em todos os níveis da Administração, reconhecida e alvo de angústia por parte de todos os gestores da coisa pública.

De acordo com as informações prestadas pela autora em sua demanda originária (id 1285764, fl. 295-296), cada dose do medicamento custa US\$ 150,000.00 (cento e cinquenta mil dólares americanos). Ainda de acordo com o documento, para o primeiro ano de tratamento seriam necessárias 8 (oito) doses e, nos demais, metade. Portanto, no primeiro ano o tratamento custaria US\$ 1,200,000.00 (um milhão e duzentos mil dólares americanos) e, nos demais, cerca de US\$ 600,000.00 (seiscentos mil dólares).

Isso significa o bloqueio, na cotação de hoje (US\$ 1 = R\$ 3,28), de R\$ 3.936.000,00 (três milhões, novecentos e trinta e seis mil reais), montante significativo e que não pode ser desprezado.

Ademais, não me passou despercebido que, no decisum objurgado, o magistrado reconhece o argumento da União no sentido de que o bloqueio desse valor é demasiado. Transcrevo, a propósito, trecho da manifestação jurisdicional (id 1285782, fl. 23):

“Acolho também a manifestação da União quando afirma que eventual bloqueio de receitas

dos entes estatais no montante de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) poderia ser demasiado, em decorrência do fornecimento do medicamento pela empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos, com controle de preços por órgãos estatais.”

Ora, se o bloqueio da quantia é demasiado para a União, não se pode ter entendimento diverso em relação ao município, cuja receita é significativamente inferior à daquele.

O impacto orçamentário da decisão configura motivo para suspender uma decisão provisória concedida liminarmente em caráter de cognição sumária do feito. Como bem salienta Elton Venturi, “As implicações macro e microeconômicas das decisões judiciais constituem preocupação que transcende fronteiras e que, por potencialmente acarretarem grave comprometimento à ordem pública (social e administrativa) e à ordem econômica, não só podem como devem ser alvo de prudente avaliação por via dos pedidos de suspensão” (Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª edição, pág. 217).

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço, tem o ente público como escopo o tratamento de parcela maior da sociedade sul-mato-grossense com o uso de verbas públicas.

Portanto, em que pese o direito constitucional à saúde, tenho que o bloqueio determinado pelo juízo poderá ocasionar riscos graves à economia e à ordem pública municipal, interferindo sobremaneira na Administração Municipal e, com isso, em toda coletividade campo-grandense. Não bastasse, de acordo com a Portaria nº 1.554/2013 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), os medicamentos de alto custo, que representam elevado impacto financeiro, são de responsabilidade do Ministério da Saúde. Confira-se:

“Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Art. 4º Os grupos de que trata o art. 3º são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais:

I - complexidade do tratamento da doença;

II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e

III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Art. 5º O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

I - maior complexidade do tratamento da doença;

II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;

III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

Art. 6º O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e

II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Art. 7º O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.” - grifo e destaque meus.

Portanto, nessa fase de cognição sumária, atenta ao disposto no ato normativo acima mencionado, não vejo como manter-se o bloqueio das contas do município de Campo Grande.

Por fim, não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário tomar o lugar da Administração na escolha das ações que o Poder Executivo elege como prioritárias, sob pena de prejudicar a administração e de se imiscuir na atividade administrativa, violando o fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).

2.A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.

3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.

4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.

5.Agravo desprovido”.

(AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

Por todo o exposto, DEFIRO o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande.

Nesse sentido, cabe mencionar, ainda sob o pálio da estreiteza do discutido nesta suspensão de liminar, e contrariamente ao sustentado pela recorrente, segundo a qual “a posição adotada pela Presidenta do TRF 3ª Região, ao deferir o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande, sobrestou o fornecimento do medicamento, o que poderá causar dano inverso, ou seja, a morte da agravante” (Id. 1367857), não terem restado vedados quaisquer outros meios coercitivos ou sub-rogatórios no exercício jurisdicional, por parte do juízo a quo, para fazer valer a eficácia de decisão anterior, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Tanto que, oportunamente, vieram à lume deliberações proferidas nos autos de registro nº 0005503-29.2017.4.03.6000, tendo a última delas, disponibilizada em 1.3.2018, determinado

o depósito de valores pela União, seguido da operacionalização da compra do medicamento pelo Município de Campo Grande:

Tendo em vista que este juízo foi designado para resolução das questões urgentes (f. 633), passo a examinar o alegado descumprimento da tutela. Pois bem. Em 20 de junho de 2017 foi deferida a tutela de provisória de urgência para o fim de determinar aos réus (União e Município de Campo Grande) que, no prazo de 30 (trinta) dias, fornecessem à parte autora o medicamento Spinraza (Nusinersen), de acordo com a prescrição médica, enquanto durar o tratamento, adotando-se os procedimentos administrativos cabíveis e necessários, sob pena de multa diária no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), fls. 150 e 156. Os réus foram intimados em 22.06.2017 para cumprimento da decisão (fls. 158 e 162). Em 30.08.2017 a autora noticiou o descumprimento (fls. 343-4). Na decisão de f. 463, deferiu-se a prorrogação do prazo de cumprimento para 22.10.2017, sob pena de bloqueio de receitas. Em 25.10.2017, a autora informou o descumprimento (fls. 517-21). O TRF da 3ª Região, na SLAT nº 5020456-65.2017.403.6000, deferiu o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município (fls. 602-8). Decido. Consultando o andamento dos AIs 5011261-56.2017.403.0000 e 5013304-63.2017.403.6000 (fls. 164-82 e 241-86), interpostos pelo Município e União, respectivamente, constata-se que a tutela de urgência não foi revogada. Como se vê, a decisão que determinou a entrega da medicação à autora permanece válida - está suspenso apenas o bloqueio de receitas do Município - mas, esgotado o prazo de prorrogação (22.10.2017), a parte ré ainda não cumpriu a tutela tampouco demonstrou ter havido óbice de natureza não financeira na aquisição do medicamento. Por outro lado, está pacificada a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficientes, inclusive por decisões do Supremo Tribunal Federal oriundas do seu Plenário, conforme demonstram os seguintes julgados, todos citados pela Ministra Ellen Gracie ao reconhecer a existência de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 607.582/RS: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008. Ressalvo que a suspensão da ordem de bloqueio de receitas atinge apenas o Município, permanecendo a decisão de f. 463 contra a União. Aliás, na ação 0005297-15.2017.403.6000, apontada como conexa, o bloqueio de valores contra esse ente depende apenas de informação quanto ao CNPJ sobre o qual incidirá a ordem. Diante do exposto, aguarde-se essa informação, cuja cópia deverá ser trasladada para estes autos. Após, providenciarei o bloqueio de verba suficiente para custear o tratamento da autora. Intimem-se.

1- Junte-se cópia das fls. 730/755 e 759/760 dos autos n. 0005297-15.2017.403.6000, as quais demonstram a impossibilidade de bloqueio de valores em contas bancárias do Ministério da Saúde e a realização de depósito de valores pela União. 2- Verifico que até o momento não houve o cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela. De outro lado, o depósito de valores acima referido traduz a submissão da União à decisão judicial lá proferida - de semelhante teor àquela proferida nestes autos - de modo que o comportamento esperado pela boa-fé é o de atendimento integral à decisão, a fim de garantir-se a efetividade da tutela jurisdicional, propiciando-se a fruição do direito em sede de tutela antecipada. Nesse sentir, advirto à União e Município, bem como aqueles que os apresentam nestes autos, que o embaraço à efetivação da tutela jurisdicional configura ato atentatório à dignidade da justiça, a atrair a incidência das seguintes disposições: Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; 2o A violação ao disposto nos

incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. Desse modo, sob pena de apuração do responsável pelo embaraço ao cumprimento da decisão concessiva de tutela antecipada, e aplicação de multa prevista no 2º do art. 77 do CPC, intime-se novamente a União para que realize, dentro do prazo de cinco dias, o depósito de valor suficiente para a aquisição do medicamento necessário correspondente a 1 ano de tratamento (7 ampolas). Nesse aspecto, o valor a ser depositado, para que o tratamento surta real efeito no primeiro ano de tratamento, é exatamente o de R\$ 4.093.169,50, nos termos do orçamento apresentado pela importadora (fls. 345/350), e que guarda compatibilidade com o preço informado pela empresa Biogen nos autos n. 0005297-15.2017.403.6000 (fls. 717/718, cuja cópia deverá ser juntada nestes autos), que, aliás, informou que somente através de importadores é possível adquirir o produto. 3- Considerando que a decisão proferida no pedido de suspensão da antecipação da tutela limitou-se a suspender o bloqueio de contas do Município, intime-se esse réu para comprovar o andamento do processo administrativo de aquisição do medicamento existente, conforme informado às fls. 612/613, juntando toda a documentação pertinente aos autos. Esclareço, desde logo, que os valores que serão depositados nestes autos também serão utilizados para tal fim. Intimem-se.

1 - O Município impugnou o valor da causa (R\$ 4.620.000,00), alegando que a autora não juntou nenhum orçamento do medicamento e que não há como prever o tempo de tratamento, pelo que, tratando-se de valor inestimável, o correto seria atribuir o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 174-6).

Manifestando-se (fls. 295-7), a autora alegou que o valor da causa corresponde ao de uma prestação anual, nos termos do art. 292, 2º, do CPC.

Pois bem. Dispõe o CPC:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:(...) 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

Na prescrição médica trazida pela autora (f. 63) consta que após a primeira dose, outras duas se seguiriam com intervalo de 14 dias e a quarta, trinta dias depois. Após esse período (dois meses e meio), haveria a manutenção a cada quatro meses. Resumindo, nos doze primeiros meses do tratamento (prestação anual) seriam ministradas 6 (seis) doses do medicamento. Também deve ser registrado que no decorrer da ação houve o registro do medicamento na ANVISA e preço pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). E no documento de f. 770 consta na proposta de preço que o valor unitário do produto é de R\$ 234.837,73.

Assim, o valor da causa não é inestimável, como defende o Município, tampouco corresponde àquele atribuído pela parte autora.

Nestes termos, acolho parcialmente a impugnação para fixar o valor em R\$ 1.409.026,38 (um milhão, quatrocentos e nove mil, vinte e seis reais e trinta e oito centavos), correspondente ao primeiro ano do tratamento.

2 - Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União (f. 187), pois Supremo Tribunal Federal já decidiu que ela é parte legítima para figurar no polo passivo da ação: DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (AI 597141/RS, Min. Relatora Carmem Lúcia, DJ 29/6/2007).MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO -INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso

da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5o da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195.192/RS, Min. Marco Aurélio, DJ 31/03/2000).

3 - Por outro lado, a parte autora informou ter interesse na prova pericial (fls. 802-5). E no processo nº 00052971520174036000, ajuizado pela irmã da autora e tendo o mesmo objeto, a União também requereu essa prova.

Assim, determino a realização de prova pericial, nomeando como perito o DR. ANTÔNIO LOPES LINS NETO, neurologista, com endereço na Clínica São Lucas, Rua Abrão Júlio Rahe, nº 857, Sala 8, Centro, Campo Grande/MS, fones (67) 3384-2100, 3384-7200 e 9 8123-9796, e-mail: linsnetoal@gmail.com.

O Município e a União deverão apresentar quesitos e indicar assistente técnico no prazo sucessivo de 10 (dez) dias. A autora já apresentou essas informações (fls. 945-7). Com a(s) resposta(s), o perito deverá ser intimado da nomeação cientificando-o, ainda, de que os honorários periciais são fixados em três vezes o valor máximo previsto na tabela, considerando a dificuldade enfrentada por este Juízo na produção de provas periciais na área de medicina, caracterizada pela recusa de vários profissionais para atuar como perito e levando em conta que tais processos envolvem pessoas doentes, idosas, deficientes, etc., as quais são merecedoras de redobrada atenção do Judiciário.

As dependências desta Justiça Federal poderão ser usadas para a realização da perícia. Neste caso, o perito deverá informar esta necessidade ao marcar a data da perícia.

Apresentado o laudo, intemem-se as partes. Havendo pedido de esclarecimentos, intime-se o perito. Após, solicite-se o pagamento dos honorários do perito.

4 - Passo a analisar os embargos de declaração opostos pelo Município contra a decisão de f. 656 (fls. 661-7), em que alega não ter havido decurso de prazo para apresentação da documentação solicitada pelo juízo, tampouco cominação de multa nos autos, pelo que ela não poderia ser majorada.

Intimada, a parte autora pugnou pela rejeição dos embargos (fls. 793-801).

Pois bem. Transcrevo parcialmente a decisão embargada (f. 638):

(...) Desse modo, majoro as astreintes estipuladas para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso na entrega do medicamento, igualmente, determino a expedição de ofício ao Ministério Público Federal e Polícia Federal para instaurar investigação para apurar a responsabilidade pelo embaraço ao cumprimento da ordem judicial. Na decisão de f. 463-verso, o juízo reconsiderou a fixação de multa coercitiva por descumprimento (f. 463), adotando outras medidas. Logo, não poderia ter sido majorada, como constou na decisão embargada, mas nada impede que seja fixada a partir de então, pois a suspensão da tutela diz respeito somente à ordem de bloqueio (f. 608). Quanto ao prazo, é contado de forma simples, por não se tratar de prazo processual. De qualquer forma, os documentos foram apresentados junto com o presente recurso.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração para fixar as astreintes em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com efeitos a partir da intimação dos réus.

5 - Na Nota Técnica nº 21-SEI/2017-NJUD/SE/GAB/SE/MS (f. 746 dos autos nº 00052971520174036000) e na prescrição médica juntada com a inicial, consta que a primeira dose do medicamento deve ser seguida por mais 3 doses, após 2, 4, e 9 semanas. Assim, eventual demora na aquisição das demais ampolas poderia inutilizar a primeira dose, pelo que as doses de ataque devem ser adquiridas de uma só vez.

Outrossim, a tutela de urgência foi deferida para determinar aos réus o fornecimento do medicamento Spiraza (Nusinersen), enquanto durar o tratamento e de acordo com a prescrição

médica (f. 150, verso), na qual consta que após as doses de ataque (4 ampolas), o medicamento seria ministrado a cada quatro meses.

Assim, embora a empresa DRS tenha apresentado orçamento para 7 (sete) doses, no valor de R\$ 4.093.169,50 (fls. 345-50), não havia razão para determinar o depósito de todo esse montante, mas apenas daquele referente às doses de ataque. Ademais, atualmente já há o registro do preço do medicamento na CMED e conforme orçamento da empresa SPL Pharma seu valor unitário é de R\$ 234.837,73 (f. 770), pelo que as quatro primeiras ampolas teria um custo na ordem de R\$ 939.350,92. A empresa também informou que o prazo de entrega seria de 15 a 25 dias a partir da confirmação do pagamento e entrega da documentação.

Assim, modifico a decisão de fls. 641-2 para determinar à União o depósito em valor correspondente às doses de ataque, no valor de R\$ 939.350,92 e no prazo de cinco dias corridos, sem prejuízo do que foi determinado na tutela de urgência, de forma que as demais doses, a serem ministradas a cada quatro meses, deverão ser fornecidas pelos réus. O descumprimento ensejará a aplicação da multa, já mencionada.

Com o depósito, caberá ao Município de Campo Grande a aquisição das quatro ampolas do medicamento, ademais porque esse réu instaurou processo administrativo para aquisição do produto e, pelos documentos de fls. 688-786, já recebeu proposta de preço e foram juntadas certidões da empresa fornecedora. Prazo: 30 dias corridos, conforme estipulado pelo fornecedor (f. 770).

Intimem-se. Campo Grande, MS, 26 de fevereiro de 2018.

Longe de tornar sem efeito a ordem de bloqueio objeto deste pedido de suspensão, em que diversos os pressupostos de admissibilidade e julgamento, à vista de sua natureza distinta, reconhecidamente idealizado “com uma finalidade notória e restrita, qual seja: a de retirar temporariamente a eficácia de provimentos judiciais capazes de acarretar grande dano ao interesse público primário concernente à ordem, segurança, saúde e economia públicas” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, obra citada, p. 178), buscou-se no juízo de origem, com tais decisões, tão-somente viabilizar o início do tratamento.

Isso, de modo a se ter, no momento em questão, disponibilizado o fármaco em quantidades suficientes para tanto, consistentes nas quatro primeiras ampolas a serem aplicadas em período próximo a dois meses, mantida a ordem de fornecimento, por ambos os réus, das doses subsequentes.

Reversão propriamente dita do decisum impugnado por meio do pedido suspensivo, tornando superado o bloqueio de verbas anteriormente determinado – e considerando até mesmo a extensão dos efeitos da tutela de urgência inicialmente deferida, ou seja, enquanto durar o tratamento e de acordo com a prescrição médica –, não se viu delineada.

De resto, impossível cogitar, portanto, de inviabilidade do atendimento da antecipação dos efeitos da tutela em razão de decisão liminar proferida neste feito, como bem demonstra o derradeiro decisum tomado pelo juízo a quo, supra, mas apenas interdição temporária de determinado modo de cumpri-la – qual seja, mediante o bloqueio de verbas da municipalidade –, que não modifica a eficácia da decisão que antecipou os efeitos da tutela, nem significa que ela não seja passível de efetivação por formas outras diversas.

Nem se olvide, também, que subsiste responsabilidade solidária entre os entes federativos no que concerne ao Sistema Único de Saúde e, por consequência, ao fornecimento de medicamentos, motivo pelo qual a todos eles oponíveis medidas constritivas aptas a fazer valer referido direito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (STF, RE 855178, Rel. Min. Luiz Fux, 16.3.2015)

Ocorre que as especificidades do caso concreto denotam que a providência adotada pelo juízo a quo – que, justamente em razão da solidariedade acima mencionada, detinha outras opções constritivas, tanto no que atine ao método, quanto à parte à qual destinada a providência – trouxe risco desnecessário ao ente federativo de menor porte, qual seja, o Município de Campo Grande, mesmo restando presente, no polo passivo da mesma ação judicial, a União Federal, cujas condições ao atendimento da ordem judicial são evidentemente superiores; e, ainda, quanto à municipalidade, existindo outras medidas passíveis de adoção que não a indisponibilidade dos recursos.

É dizer: em que pese a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, é em razão dela própria – no específico ponto que atine à solidariedade dos entes federativos – que advém situação de risco à ordem e economia públicas da municipalidade, porque tomada providência drástica justamente em face daquele que menos tem a dispor no sentido de se ver cumprida a ordem judicial.

Diferente seria, cabe ressaltar, hipótese em que a demanda fosse ajuizada apenas em face da municipalidade – ou, então, que se tivesse como única medida constritiva possível a indisponibilidade dos ativos.

Ocorre que, como feito, tanto a imposição ao município, quanto o meio de fazê-lo, bloqueando-se indistintamente os recursos, colocam ente público já endividado na iminência de ter seus recursos indisponibilizados por determinação judicial que, à ocasião em que prolatada, estaria a gerar ônus aproximado de 4 milhões de reais aos cofres municipais, somente neste caso.

Referido gravame, como se disse, tem contornos mais significativos justamente porque, sem que se cogite a possibilidade de repartição de responsabilidades entre a municipalidade e a União; ou, então, parcelamento do volume de recursos à medida em que desenvolvido o tratamento, traduziu-se, de pronto – nos termos que se viu possível a indisponibilização do numerário – em desfalque orçamentário significativo ao ente público, trazendo risco à continuidade do funcionamento da máquina de que, decerto, depende significativa parcela da população local, inclusive massa considerável de beneficiários de ações e recursos de ordem médica.

Ainda para além dos fundamentos declinados na decisão atacada, consigne-se, em acréscimo, a existência de agravante na hipótese, acentuando-se a potencialidade lesiva da determinação suspensa, consistente no fato de que também a irmã da recorrente restou contemplada com ordem judicial assegurando o fornecimento do fármaco em referência, a resultar em impacto dobrado nas contas da municipalidade, caso mantida a ordem de bloqueio de verbas.

Tal circunstância vai ao encontro da conclusão no sentido da desproporcionalidade das providências suspensas pela Presidência do Tribunal em ambos os casos – cujas especificidades, de resto, considerando o quadro geral de saúde de cada uma das postulantes, não detentoras da Amiotrofia Muscular Espinhal em seu grau mais debilitante (Tipo I), também indicam possível aguardar o procedimento usual para atendimento do quanto determinado nas

respectivas decisões concessivas, ou seja, sem lançar mão da medida extrema em detrimento das finanças da municipalidade.

A probabilidade do comprometimento da capacidade de gestão de ente municipal já restou observada em julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa segue transcrita na sequência, reconhecendo-se o menor grau de aptidão econômica de que dispõe a municipalidade, e determinando fracionamento do valor sob sua responsabilidade, distribuindo-se equitativamente o ônus da aquisição do fármaco no formato pro rata:

CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. NEOPLASIA MALIGNA DA PRÓSTATA. ZYTIGA (ACETATO DE ABIRATERONA). PRECEDENTES.

1. Remessa Oficial e Apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE NATAL em face de sentença que, confirmando a tutela inicial, julgou procedente o pleito autoral, condenando o apelante a custear o medicamento ZYTIGA (Acetato de Abiraterona), na quantidade prescrita pelo médico do demandante e no montante de 15% (quinze por cento) sobre o valor total do fármaco. Conforme sumariado na sentença, os 85% (oitenta e cinco por cento) restantes deverão ser custeados pela União Federal e pelo Estado do Rio Grande do Norte, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o primeiro e 35% (trinta e cinco por cento) para o segundo, em consonância com a capacidade econômica de cada um.

2. Autor portador de neoplasia maligna da próstata (CID 10 C.61), doença diagnosticada em 10.02.2012, com múltiplas metástases ósseas, encontrando-se refratário ao tratamento à base de bloqueio hormonal, necessitando, por isso, para o tratamento de sua enfermidade do medicamento citado alhures, sob a posologia de 250mg até a toxicidade ou progressão de doença, com a ministração de 04 (quatro) comprimidos ao dia, perfazendo um total de 120 unidades mensais.

3. É alçada da União, dos Estados e dos Municípios, solidariamente, custearem o tratamento pleiteado na inicial, dada a gravidade da patologia e a sua rápida progressão, sob pena de comprometimento irreversível à sua saúde.

4. Precedentes: (PROCESSO: 00007030320134058308, APELREEX29900/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 29/05/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 04/06/2014 - Página 78). (PJE: 08006958520134050000, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 27/06/2013).

5. Quanto à alegação de que o medicamento em questão é de alto custo e, pois, foge da competência obrigacional do apelante, cabe consignar que o seu custeamento se deu pro rata, cabendo à municipalidade, haja vista sua capacidade econômica, arcar com 15% (por cento) do valor total do fármaco. Dessa forma, mitigou-se o ônus que cada ente teria para com o pagamento da medicação.

6. Remessa Oficial e Apelação não providas (g. n.).

(TRF5, Terceira Turma, APELREEX 08016345120144058400, rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, 12.2.2015).

Inocorrentes, pois, afinal, razões para que se reverta a decisão inicial de suspensão de eficácia de provimento jurisdicional que determinou o bloqueio de verbas municipais para o cumprimento de decisão anterior, em que ordenado o fornecimento de medicamento à parte, a rejeição do agravo, nesse aspecto, impõe-se de rigor.

Nada obstante, cabe análise quanto à distensão temporal da medida suspensiva, questão subjacente ao pleito da agravante – aqui se entendendo que, se pleiteou a supressão da medida, também lhe interessa juridicamente a imposição de restrição temporal a seu respeito.

Isso porque, a despeito da redação do artigo 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/1992, o qual estabelece que “A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, não há que se falar em inviabilidade do ajuste temporal de referida decisão.

Com efeito – e aqui não se perscrutando quanto à posição deste Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça, quanto à prejudicialidade da suspensão, que, como acima argumentado, não se coloca no presente caso –, a determinação legislativa segundo a qual, deferida a suspensão, ela “vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, tenciona não restringir o campo de modulação temporal da medida quanto à sua eficácia suspensiva, mas garantir, ab initio, que, proferida decisão no processo subjacente à suspensão de segurança pelo juízo a quo, não fosse ela capaz de substituir o determinado pela Presidência do Tribunal competente, mantendo-se assim hígido o efeito suspensivo eventualmente deferido.

É dizer: o dispositivo legal sob exame, no ponto em que firma a eficácia do decidido até o “trânsito em julgado”, objetiva apenas inviabilizar que a decisão suspensiva seja esvaziada automaticamente pela superveniência de provimento jurisdicional de juízo de grau inferior no feito subjacente – evitando que dela se irradiem efeitos diretamente à suspensão de segurança, incidente processual à parte –, ausentes quaisquer impedimentos para que referida caducidade se dê pela fixação, no bojo do próprio decisum suspensivo exarado pela Presidência do Tribunal – ou, então pelo colegiado, na via do agravo –, de marco que delimite a sua eficácia.

Nesse âmbito, se pode o relator reavaliar, à luz de mudanças fáticas supervenientes, e com esteio em seu poder de “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes” (art. 932, I, CPC), o teor da decisão suspensiva que proferiu, então também pode fazê-lo, em sede de suspensão de liminar, tanto o relator, quanto o colegiado, na hipótese de agravo, como entende o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO § 9º DO ART. 4º DA LEI N. 8.437/92.

– Conquanto o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 disponha expressamente que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, nada obsta a que o Presidente delimite tempo inferior àquele estabelecido na legislação. Tal dispositivo, portanto, só é de ser aplicado no silêncio da decisão quanto à duração de seus efeitos.

Agravo não provido (g. n.).

(STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 162/PE, rel. Ministro Barros Monteiro, 11.12.2006)

Por sua vez, este Tribunal Regional Federal:

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CRIAÇÃO DE CPI POR ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL - APURAÇÃO DE ATOS PRATICADOS POR ÍNDIOS - ENCERRAMENTO DA CPI - PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - O encerramento dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito esvaziou o interesse jurídico do julgamento do pedido de suspensão da liminar que, em ação civil pública movida pela Defensoria Pública da União, obstava os trabalhos dos parlamentares.

II - Ausência de risco de lesão aos interesses tutelados pelo artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

III - Os atos administrativos praticados durante a suspensão da liminar são, em princípio,

válidos porque amparados em decisão da Presidência que suspendeu os efeitos da liminar do juízo a quo. Questões referentes à legalidade e ao acerto/desacerto da instauração da CPI deverão ser analisadas pelo juízo a quo, já que a decisão proferida em sede de suspensão de liminar ou de antecipação da tutela não tem efeito substitutivo e não pode suprimir o grau de jurisdição.

IV - Conquanto a legislação disponha que os efeitos da decisão devam prevalecer até o trânsito em julgado da ação que teve a liminar suspensa, o caso concreto pode evidenciar a desnecessidade de período tão elástico, não havendo impedimento para que se fixe prazo menor.

V - Agravo regimental improvido. (g. n.).

(TRF3, Órgão Especial, Processo nº 0002057-10.2016.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Presidente, 18.11.2016)

Quanto ao mais, a jurisprudência predominante nesta Corte Regional aponta para a permanência da suspensão dos efeitos de provimento jurisdicional de juízo a quo até o momento em que apreciado recurso eventualmente interposto perante órgão julgador desta Corte – conforme inclusive acima mencionado, para ilustrar a ausência de prejudicialidade deste agravo.

A valer, encontra-se “consolidado no âmbito do Órgão Especial deste E. Tribunal Regional Federal, com amparo em decisões do tribunal superior, que a superveniente prolação de decisão em agravo de instrumento substitui a decisão proferida em sede de liminar ou de antecipação de tutela e, consequentemente, retira a sua eficácia. Deste modo, ratificada pela E. 4ª Turma deste Tribunal, em agravo de instrumento, a tutela anteriormente antecipada, não remanesce competência desta Corte para a análise do pedido” (SLAT nº 0020785-02.2016.4.03.0000, j. em 13.12.2017).

Como o julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que defere a tutela antecipada desencadeia o efeito recursal substitutivo, pelo qual “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso” (art. 1.008, CPC), a eventual apreciação, em sede colegiada, dos recursos que impugnam as decisões aqui suspensas enseja a respectiva substituição de cada uma delas por outros provimentos jurisdicionais, que são inatácáveis pela presente via, ante a ausência de competência da Presidência deste Tribunal Regional Federal para tanto.

Daí porque se fala, nos julgados acima, da perda de objeto do pedido de suspensão: esvaziada a competência da Presidência do TRF para conhecê-lo – uma vez que a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, que substituiu o anteriormente decidido pelo provimento colegiado, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual renovação do pleito suspensivo a seu respeito (art. 15, caput, Lei nº 12.016/2009) –, também se esvai a eficácia da decisão suspensiva.

Trata-se de interpretação extraída, primeiro, da limitação temporal que, como dito, é indispensável ao instituto; segundo, da disposição das competências no âmbito específico da suspensão dos efeitos da decisão judicial, de modo que a decisão que susta tal eficácia sempre advém de órgão jurisdicional superior àquele que proferiu seu objeto; e, terceiro, a própria forma como organizado o Poder Judiciário no país, uma vez que não faria sentido, a título de exemplo, que decisão de um Regional inviabilizasse a produção de efeitos de determinação advinda de Tribunal Superior.

Nesse sentido, tanto da jurisprudência, quanto da própria lógica do instituto, o que se extrai é a existência de baliza confiável, objetivamente aferível e que revela, por isso, segurança às partes, nos termos em que consolidada na jurisprudência deste Tribunal Regional Federal,

unificando o entendimento desta Corte na direção de que, deferido pedido de suspensão dos efeitos de provimento jurisdicional, deve ele perdurar até o julgamento colegiado de recurso eventualmente interposto nas vias ordinárias, entendimento que, por todas essas razões, e considerando-se as nuances do caso concreto, deve ser aqui aplicável.

Quanto ao ponto, cabe adicionar baliza de relevo, extraída a partir de voto proferido pelo Desembargador Nelson dos Santos, no âmbito da SLAT nº 5024819-95.2017.4.03.0000, cujo julgamento ainda não restou concluído:

A e. Presidente propõe que a suspensão da liminar perdure até que as Turmas julguem, em colegiado, os agravos de instrumento interpostos contra a decisão de primeira instância. Segundo Sua Excelência, a previsão legal, vazada no sentido de que a suspensão da liminar subsista até o trânsito em julgado da sentença final de mérito, visa apenas a evitar que a prolação da sentença, em primeiro grau de jurisdição, subtraia a eficácia da decisão da Presidência. Ocorre que a limitação temporal dos efeitos da suspensão da liminar, nos termos em que propostos pela e. Presidente, pode não evitar aquele risco. Com efeito, se o processo subjacente, em trâmite perante a instância singular, for sentenciado antes do julgamento dos agravos de instrumento pelas Turmas, estes restarão prejudicados. Assim, se a suspensão da liminar ficar suspensa somente até que as Turmas apreciem os agravos de instrumento; e se estes restarem prejudicados por eventual sentenciamento do feito principal, o que remanescerá, em termos de eficácia e vigência, será a sentença. Em outras palavras, pela via indireta poderá ocorrer exatamente o que, segundo a e. Presidente, a legislação procura evitar: o prevalecimento da sentença sobre a decisão de suspensão da liminar.

Em que pese a divergência quanto à conclusão, procede o argumento no sentido de que o sentenciamento do processo subjacente pode ensejar a prejudicialidade de eventual agravo de instrumento interposto com o fito de impugnar decisão que antecipou os efeitos da tutela, que, assim julgado, ensejaria a perda de eficácia da decisão suspensiva, gerando, com isso, “o prevalecimento da sentença sobre a decisão de suspensão da liminar”.

In casu, entretanto, solução que se coloca não é a manutenção da decisão suspensiva até o trânsito em julgado da demanda subjacente, à vista dos argumentos acima postos, que contrariam referida posição, mas sim o seu ajuste, na direção de que deve permanecer hígida até que a questão venha a ser analisada, em sede colegiada, em seu mérito, por este Tribunal Regional Federal.

Fazendo-o dessa forma, a superveniência de sentença no processo subjacente não prejudica a decisão proferida em suspensão de liminar, preservados seus efeitos não até a análise dos agravos de instrumento, acaso considerados prejudicados, como bem pontuado pelo Desembargador Nelson dos Santos, mas até que sobrevenha análise colegiada por este Tribunal em sede de apelação.

Dessa forma, se não julgado o agravo pela Turma, mesmo que sentenciado o processo a suspensão persistirá até que eventual recurso a esse respeito seja analisado por esta Corte, que, fazendo-o, substituirá o provimento incidental objeto desta suspensão e, assim, deslocará a competência para eventual outro pedido dessa natureza às instâncias superiores.

Portanto, superadas as preliminares e, por consequência, analisada a hipótese sob a perspectiva meritória do pedido de suspensão, cabível a adequação do anteriormente decidido à baliza jurisprudencial que tem norteado este Órgão Especial, de modo, ainda, a evitar que decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição venham a subtrair a eficácia do decidido por este Tribunal Regional Federal, adequando-se o termo final da suspensão dos efeitos da

decisão liminar proferida na ação subjacente, no que atine à viabilidade do bloqueio de verbas municipais para o atendimento, ao momento em que referida questão for apreciada, de forma colegiada, e no mérito, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, quer seja em recurso de agravo de instrumento, quer seja no âmbito de eventual apelação.

Posto isso, dou parcial provimento ao agravo, a fim de que a suspensão dos efeitos deferida na decisão de Id. 1325762 prevaleça, no que atine à inviabilidade do bloqueio de verbas municipais para o atendimento de tutela de urgência que deferiu o fornecimento de medicamento à parte, até o momento em que referida questão for julgada, de forma colegiada, e, no mérito, por órgão deste Tribunal Regional Federal.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI: Com a devida vênia da e. Relatora, tenho que deve ser dado provimento integral ao agravo interno.

A questão controvertida cinge-se à viabilidade do bloqueio de receitas do Município de Campo Grande/MS, o requerente, determinada pelo Juízo de Primeiro Grau a fim de assegurar a efetividade de tutela antecipada por ele deferida, para efeito de fornecimento de medicamento – “Spinraza” (Nusinersen) – destinado ao tratamento de paciente portadora de Amiotrofia Espinhal Progressiva Tipo II (CID G12.0), estimando-se o custo total da medicação a ser aplicada nesse tratamento em cerca de R\$ 3.900.000,00.

Conforme relatado, a antecipação de tutela fora deferida para determinar o fornecimento do medicamento no prazo de 30 dias, mas, diante do não cumprimento da determinação, o Juízo proferiu uma segunda decisão, prorrogando o prazo de cumprimento integral da tutela de urgência até 22/10/2017, findo o qual, em caso de persistência no descumprimento, haveria o imediato bloqueio das receitas dos réus, a saber, o mencionado Município e a União.

A decisão ora agravada entendeu que o impacto orçamentário da tutela provisória concedida configura motivo para suspendê-la e que, apesar do direito constitucional à saúde, “o bloqueio determinado pelo juízo poderá ocasionar riscos graves à economia e à ordem pública municipal, interferindo sobremaneira na Administração Municipal e, com isso, em toda coletividade campo-grandense”.

É notória, de amplo conhecimento, a resistência dos entes federados à exigência de atendimento irrestrito ao direito assegurado no art. 196 da Constituição da República, notadamente quando implica na administração de medicamentos de altíssimo custo a pacientes necessitados, sendo também notória a recalcitrância deles em face de decisões judiciais que determinam o fornecimento de tais medicamentos.

No caso, verifica-se que a medida de bloqueio de verbas públicas foi adotada como forma de compelir os entes estatais a dar cumprimento à decisão antecipatória de tutela, cuja determinação já tinha sido desrespeitada.

Ora, a possibilidade da utilização dessa medida já foi reiteradamente reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal (v.g., AgR no AI 553712/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 05/06/2009; AgR no AI 597182/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 06/11/2006) e igualmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, que se pronunciou categoricamente pela sua legitimidade, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, consoante acórdão a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

(REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

Merecem destaque, ainda, os seguintes trechos do voto do e. Relator do julgado acima:

(...) É lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma (art. 461, § 5º, do CPC/73) e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Mormente no caso em apreço, no qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida da parte demandante.

Sendo certo, portanto, que o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objeto da tutela deferida no juízo Singular mostra-se válida e legítima.

Frise-se, ainda, que, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.09.2008).

Não se deve olvidar, também, a prevalência da tutela ao direito subjetivo à saúde sobre o interesse público, que, no caso, consubstancia-se na preservação da saúde da demandante com o fornecimento dos medicamentos adequados, em detrimento dos princípios do Direito Financeiro ou Administrativo. (destaquei)

São considerações em tudo aplicáveis à hipótese aqui discutida.

Não obstante, a e. Relatora considera que, a despeito da viabilidade jurídica da determinação do bloqueio de verbas municipais para a aquisição de medicamento e sem questionar a legalidade do procedimento, “referida providência pode ensejar situação de desfalque e debilidade orçamentária municipais”, e que isso de fato acontece no caso concreto, ratificando os fundamentos da decisão agravada, a seu ver sólidos, e acrescentando ser possível a utilização pelo Juízo de outros meios coercitivos, os quais vieram a ser adotados em provimento mais recente, disponibilizado em 01/03/2018, o que estaria a demonstrar a desnecessidade da medida constritiva das verbas da municipalidade.

Mais uma vez com a devida vênia, a questão da possibilidade ou não da adoção de outras formas de constrição distintas do bloqueio de verbas constitui matéria a ser apreciada nas vias

recursais apropriadas, e não no estreito âmbito da medida de contracautela, destinada exclusivamente a examinar a existência de risco à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

De qualquer sorte, o fato de o Juízo a quo se ter visto forçado a adotar outras providências recentemente só vem demonstrar a subsistência do descumprimento da sua decisão inicial, proferida e publicada nos idos de junho de 2017, e, por conseguinte, a real necessidade do bloqueio de verbas por ele determinado, no exercício de seu “prudente arbítrio”.

Em verdade, o que está aqui em jogo e deve ser cuidadosamente avaliado é, de um lado, o grave risco à saúde e quiçá à própria vida da paciente que precisa do medicamento, e, de outro lado, o risco à economia e à ordem pública do Município, este último reconhecido pela decisão agravada.

Nesse passo, como bem assinalado no parecer da ilustre representante do Ministério Público Federal, “a saúde e a vida são direitos igualmente previstos constitucionalmente, consignando valores maiores cuja garantia deve ser almejada em toda e qualquer política pública. Eventual sopesamento de valores não pode priorizar aspectos financeiros em detrimento do direito fundamental à saúde e, em dimensão amplificada, ao direito à vida e à dignidade humana, as quais, vale destacar, são o maior primado do Estado Democrático de Direito. Nestes termos, verifica-se a impossibilidade jurídica de uma decisão administrativa discricionária contrária a direitos fundamentais, dando prioridade a interesses meramente financeiros. A falta de recursos públicos, em contraste com os diversos deveres do Estado, não deve servir de escudo ao administrador para se esquivar de suas responsabilidades, especialmente quando se trata de valores máximos. Além disto, a alegação de impossibilidade de cumprimento da medida, sob o argumento de comprometimento financeiro do sistema, esbarra na flagrante situação de ameaça à vida, a qual é passível de tutela imediata do Poder Judiciário (...)”.

E ainda, tendo em vista haver no caso demonstração suficiente da necessidade clínica da requerida de utilizar o medicamento em questão e “estando em confronto dois valores consagrados pela CF/88 – o direito fundamental individual à vida saudável e o direito coletivo da sociedade somente custear as despesas efetivamente necessárias, observadas as políticas públicas prevalentes em sede constitucional –, a respectiva ponderação deve atender ao postulado da precaução em prol da vida. Embora não existam direitos absolutos na Constituição, o direito fundamental à saúde deve, a princípio, prevalecer sobre os demais, sendo dever do Estado de Direito assegurá-lo”.

Por derradeiro, observo que, em recentíssimo precedente, o Excelso Pretório, por sua Presidente, ao examinar medida cautelar em suspensão de tutela provisória ajuizada pelo Município de Montes Claros/MG – versando sobre caso análogo ao presente (mesma doença, mesmo medicamento) e fundada em alegações de dano irreversível à saúde e economia públicas da municipalidade –, na qual foi pleiteada a suspensão de tutela recursal deferida pelo TJ/MG para determinar aos agravados (o referido Município e o Estado de Minas Gerais) “o fornecimento do medicamento vindicado pelo agravante, no prazo de 05 (...) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), limitada a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais)”, indeferiu a medida liminar, com arrimo em precedentes daquela augusta Corte, por entender caracterizada a presença do “risco de dano inverso” (cf. MC na STP 24/MG, Rel^a. Min^a. Presidente, j. 25/04/2018, DJe 03/05/2018).

Ressalte-se, em complemento, que o Município requerente na medida apreciada pelo STF é de porte bastante inferior ao Município de Campo Grande/MS, capital estadual.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo interno.

O senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo contra a suspensão de liminar concedida pela Presidência deste Tribunal.

No mérito do recurso, somo com a Presidência.

Peço licença para divergir sobre certa questão.

A atribuição de intangibilidade à suspensão concedida pela Presidência - ou, ainda, por este Colegiado -, pela interdição plena da eficácia do poder decisório de 1º grau de jurisdição.

A Presidência objetiva “evitar que decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição venham a subtrair a eficácia do decidido por este Tribunal” e, por isto, cristaliza a suspensão até a questão ser “apreciada, de forma colegiada, e no mérito, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, quer seja em recurso de agravo de instrumento, quer seja no âmbito de apelação”.

O sistema de justiça, nos diferentes graus de jurisdição, para preservar a autoridade das instâncias e a eficácia de suas conclusões, opera com o regime de substituição de uma decisão por outra.

É certo - e desejável - que, deferida a suspensão da liminar ou da tutela, pela Presidência do Tribunal ou, no agravo, por seu Órgão Especial, o juízo de 1º grau de jurisdição tenha a possibilidade de proferir novo ato - a sentença de mérito, não apenas, mas, sobretudo -, com plena eficácia, nos termos da lei.

A sentença substituirá a liminar ou a tutela. Com a perda do objeto da suspensão, do agravo contra ela interposto ou do próprio agravo de instrumento.

Nesta última hipótese - a do agravo de instrumento -, aceita a tese agora sob exame, cumpriria às Turmas do Tribunal tornar intangível, à força da sentença, a decisão prolatada pelo Colegiado, por algum ou alguns de seus integrantes.

Mas o que se faz é justamente o contrário: prolatada a sentença, qualquer decisão no agravo de instrumento fica prejudicada.

A fórmula agora proposta acabará por manter a intangibilidade da suspensão de um ato processual inexistente: a liminar ou a tutela será retirada do mundo jurídico com o novo ato, a sentença.

Por outro lado, não importa o teor da sentença. Poderá, até, na conclusão de mérito, ficar alinhada com a suspensão concedida pela Presidência.

Mas, nesta hipótese, o sistema procedimental racional não concederá eficácia a dois atos destinados ao mesmo propósito.

Prevalecerá a autoridade da sentença, ainda que proferida por juiz substituto, diante do ato praticado pelo mais representativo colegiado do tribunal - o pleno ou o órgão especial -, porque decisão de cognição ampla e supostamente exauriente.

No plano da eficácia, prevalece a qualidade do ato judicial, não o grau profissional de seu autor.

É por isto que “a natureza da decisão e a gravidade dos fundamentos invocados para a suspensão de uma decisão provisória é muito mais singela do que aquela que visa a impedir a execução de uma sentença que julgou procedente uma demanda”, lembra o saudoso Ministro Franciulli Netto (Resp nº 184144/CE – STJ).

É velha e firme a jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. LEI Nº 8.437/92. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA NA AÇÃO SUBJACENTE. PERDA DE OBJETO DA CONTRACAUTELA. NECESSIDADE DE NOVO PEDIDO DE SUSPENSÃO EM FACE DA SENTENÇA. SÚMULA N.626 DO STF. INAPLICABILIDADE QUANTO À DECISÃO SUSPENSIVA PROFERIDA POR PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

1. A decisão antecipatória de tutela é absorvida pela sentença superveniente, razão pela qual o prazo de sustentação da suspensão concedida pelo presidente do tribunal competente teria durado até esse momento.

2. Para a eventual sustação dos efeitos da sentença proferida, impõe-se a formulação de um novo pedido de suspensão para o Presidente do Tribunal competente, desde que se protraia no tempo a grave ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, tal como prevê a legislação de regência.

3. Da leitura do §2º do artigo 4º da Lei nº 4.348/64, observa-se que o parágrafo 9º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, não fora estendido ao processo de mandado de segurança. No entanto, houve por bem o C. Supremo Tribunal Federal em estender essa ultra-atividade à suspensão da liminar em mandado de segurança, a qual vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva, salvo se a decisão deferitória do pedido de suspensão houver determinado em sentido contrário.

4. A Súmula nº 626 do STF somente se aplica quando a suspensão de segurança for, originariamente, deferida por Tribunal Superior. Conseqüentemente, inaplicável tal enunciado em se tratando de suspensão prolatada por tribunal de segunda instância.

5. Agravo Regimental a que se nega provimento para o fim de manter a decisão que decidiu pela perda de objeto do pedido de suspensão dos efeitos de tutela concessiva, ante a superveniência de sentença que a absorveu.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SUEXSE - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 2630 - 0019845-91.2003.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 09/01/2008, DJU DATA:24/01/2008 PÁGINA: 351).

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. LEI Nº 8.437/92. SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO SUBJACENTE E APELAÇÃO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO. PERDA DE OBJETO DA CONTRACAUTELA.

1. A decisão antecipatória de tutela é absorvida pela sentença superveniente, razão pela qual o prazo de sustentação da suspensão concedida pelo presidente do tribunal competente teria durado até esse momento. Precedentes: Resp nº 184144/CE - STJ - Rel. Min. Franciulli Netto - DJ de 28.10.2003 - p.238; SS nº 2003.03.00.019845-5 - TRF3 - Rel. Desemb. Fed. Marli Ferreira - DJ de 24.01.08 - p. 351; SL nº 2686-SP - Rel. Desemb. Fed. Diva Malerbi - decisão de 25-04-2007; SL nº 2783-SP - Rel. Desemb. Fed. Diva Malerbi - decisão de 26-04-2007; SS nº 2709-SP - Rel. Desemb. Fed. Anna Maria Pimentel - decisão de 26-11-2004; SL nº 2003.04.01.055940-2 - TRF4 - Rel. Desemb. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria - decisão de 31-01-2007.

2. Para a eventual sustação dos efeitos da sentença proferida, impõe-se a formulação de um novo pedido de suspensão para o Presidente do Tribunal competente, desde que se protraia no tempo a grave ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, tal como prevê a legislação de regência.

3. Por outro lado, considerando que a finalidade da Suspensão de Segurança é a sustação dos efeitos de decisão que implique em grave lesão aos bens protegidos pela Lei nº 8.437/92, o recebimento do apelo no duplo efeito exaure o objeto do pedido de contracautela.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento para o fim de manter a decisão que decidiu pela perda de objeto do pedido de suspensão dos efeitos de tutela concessiva, ante a superveniência de sentença que a absorveu e o recebimento da apelação no duplo efeito.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SUEXSE - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 2588 - 0010738-57.2002.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 24/04/2009, e-DJF3 Judicial 2 DATA:20/05/2009 PÁGINA: 61).

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA. NECESSIDADE DE NOVO PEDIDO PARA A MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO. PERDA DE OBJETO DA CONTRACAUTELA. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUSPENSÃO.

1. A decisão concessiva da tutela antecipada que deu origem ao presente pedido de suspensão não mais subsiste, ante a prolação de sentença nos autos da ação originária.
2. A presente contracautela foi ajuizada em face de uma decisão interlocutória, a qual foi substituída pela sentença de procedência.
3. A sentença absorve a decisão concessiva da tutela antecipada, eis que esta foi proferida em cognição sumária.
4. Neste caso, para sustar os efeitos da sentença, faz-se imprescindível o ajuizamento de novo pedido de suspensão perante o Presidente do Tribunal competente, desde que se protraia no tempo o perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme previsto na norma de regência.
5. Prejudicado o agravo regimental.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SLAT - SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - 2908 - FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 12/01/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2011 PÁGINA: 28).

Por outro lado, o voto da Presidência dá provimento parcial ao recurso, para ampliar a eficácia da suspensão contra o interesse do agravante, matéria estranha, inclusive, ao objeto da impugnação, salvo melhor juízo.

Seja porque o tema não foi tratado na r. decisão recorrida, seja porque a solução não poderia prejudicar o interesse do agravante, a definição processual não parece cabível.

É certo que, de ofício, como projeção legítima do poder geral de cautela, qualquer integrante do Colegiado pode suscitar o tema, mas isto não deve ser considerado objeto do recurso.

Nesta perspectiva, nego provimento ao recurso.

Não confiro o atributo da intangibilidade à decisão suspensiva da Presidência, diante de atos judiciais praticados no 1º grau de jurisdição.

É o meu voto.

Agravo interposto por Mayanna Saad Adams “contra a decisão monocrática id: 1325762, a qual acolheu o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande” (Id. 1367857).

A Exma. Sra. Presidente votou no sentido de:

dou parcial provimento ao agravo, a fim de que a suspensão dos efeitos deferida na decisão de Id. 1325762 prevaleça, no que atine à inviabilidade do bloqueio de verbas municipais para o atendimento de tutela de urgência que deferiu o fornecimento de medicamento à parte, até o momento em que referida questão for julgada, de forma colegiada, e, no mérito, por órgão deste Tribunal Regional Federal.

Concordo com seu voto, no que se refere ao descabimento do bloqueio de verbas municipais para o cumprimento da decisão de primeiro grau. Todavia, com a devida vênia, assim como me manifestei no Processo nº 5024819-95.2017.4.03.0000, atualmente com o Des. Fed. Vice-Presidente para voto-vista, considero que a suspensão ora deferida somente pode perdurar até o julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que possibilitou a constrição. Descabe a vinculação ao futuro exame do mérito pelo colegiado em sede de apelação, seja porque não há certeza sobre o desfecho que será dado pelo juízo a quo, que pode, inclusive, cassar a antecipação da tutela, seja em virtude de implicar o indevido esvaziamento do poder jurisdicional da turma em detrimento do Presidente desta corte, quando futuramente apreciar o agravo de instrumento.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo, a fim de que a suspensão dos efeitos deferida na decisão de Id. 1325762 prevaleça até seu exame pelo colegiado no agravo de instrumento.

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nery Junior: Cuida-se de agravo contra decisão concessiva de suspensão de liminar, proferida pela Presidência deste Tribunal.

Quando ao mérito, adiro ao voto da E. Presidente.

Contudo, peço vênia para aderir à divergência inaugurada pelo E. Desembargador Federal Fábio Prieto, de modo a não conferir o atributo da intangibilidade à decisão suspensiva.

A suspensão da segurança foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 191/36. Em 1964, a Lei 4.348 estabeleceu normas processuais relativas ao remédio constitucional, tendo vigorado até a edição da Lei 12.016/2009, atual regramento do mandamus.

Já a suspensão de liminares outras, proferidas em ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, encontra previsão na Lei nº 8.437/1992. Verbis:

Lei 8.437/1992 (“Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”):

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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Por expressa previsão do art. 4º, §2º da Lei 4.348/64, aplicavam-se à suspensão da segurança as disposições dos §§5º a 8º do art. 4º da Lei 8.437/1992. Senão vejamos:

Lei 4.348/1964 (“Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança.”)

Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

(...)

§ 2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Note-se que o §9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 (justamente o que prevê a ultra-atividade da suspensão da liminar) não foi citado pelo legislador entre os aplicáveis ao mandado de segurança.

Em 2009, a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) revogou a Lei 4.348/1964, passando a disciplinar sobre a suspensão em seu bojo, sem qualquer previsão a respeito de intangibilidade ou ultra-atividade da decisão suspensiva.

Por seu turno, ainda sob a égide da norma anterior, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 626, firmando entendimento acerca da vigência da suspensão da segurança deferida pela Suprema Corte:

Súmula 626/STF

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Mesmo antes do advento da Lei 12.016/09, era assaz questionada a aplicação da Súmula 626/STF às suspensões de segurança deferidas pelas Presidências das demais Cortes do País.

Nesse aspecto, destaco a jurisprudência do Órgão Especial deste E. TRF3, já colacionada no voto do E. Desembargador Fabio Prieto:

AGRAVO REGIMENTAL. LEI Nº 8.437/92. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA NA AÇÃO SUBJACENTE. PERDA DE OBJETO DA CONTRACAUTELA. NECESSIDADE DE NOVO PEDIDO DE SUSPENSÃO EM FACE DA SENTENÇA. SÚMULA N.626 DO STF. INAPLICABILIDADE QUANTO À DECISÃO SUSPENSIVA PROFERIDA POR PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

1. A decisão antecipatória de tutela é absorvida pela sentença superveniente, razão pela qual o prazo de sustentação da suspensão concedida pelo presidente do tribunal competente teria durado até esse momento.
 2. Para a eventual sustação dos efeitos da sentença proferida, impõe-se a formulação de um novo pedido de suspensão para o Presidente do Tribunal competente, desde que se protraia no tempo a grave ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, tal como prevê a legislação de regência.
 3. Da leitura do §2º do artigo 4º da Lei nº 4.348/64, observa-se que o parágrafo 9º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, não fora estendido ao processo de mandado de segurança. No entanto, houve por bem o C. Supremo Tribunal Federal em estender essa ultra-atividade à suspensão da liminar em mandado de segurança, a qual vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva, salvo se a decisão deferitória do pedido de suspensão houver determinado em sentido contrário.
 4. A Súmula nº 626 do STF somente se aplica quando a suspensão de segurança for, originariamente, deferida por Tribunal Superior. Conseqüentemente, inaplicável tal enunciado em se tratando de suspensão prolatada por tribunal de segunda instância.
 5. Agravo Regimental a que se nega provimento para o fim de manter a decisão que decidiu pela perda de objeto do pedido de suspensão dos efeitos de tutela concessiva, ante a superveniência de sentença que a absorveu.
- (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SUEXSE - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 2630 - 0019845-91.2003.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 09/01/2008, DJU DATA:24/01/2008 PÁGINA: 351).

No mesmo sentido:

TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SUEXSE - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 2588 - 0010738-57.2002.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 24/04/2009, e-DJF3 Judicial 2 DATA:20/05/2009 PÁGINA: 61.

TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, SLAT - SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - 2908 - FEDERAL PRESIDENTE, julgado em 12/01/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2011 PÁGINA: 28.

Por fim, a partir da edição da Lei 12.016/09, que revogou a Lei 4.348/64, a discussão ganhou novos contornos.

Conforme mencionado alhures, a ultra-atividade só está prevista de maneira expressa no §9º do art. 4º da Lei 8.437/92 (acrescentado pela MP 2.180-35), norma restrita à suspensão de liminar no âmbito da ação cautelar, ação popular e ação civil pública.

Referido dispositivo legal não era aplicável ao mandado de segurança por força da revogada Lei 4.348/64, que em seu retromencionado art. 4º, § 2º estendia apenas os efeitos dos §§ 5º ao 8º da Lei nº 8.437/92 ao remédio heróico.

Igual obscuridade foi mantida com o advento da Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), que revogou a Lei 4.348/64 e não contemplou em seu corpo legal nenhuma referência à ultra-atividade.

Por conseguinte, forçoso concluir que, se o legislador não incorporou o dispositivo previsto no §9º do art. 4º da Lei 8.437/92 quando da promulgação da Lei 12.016/09, é porque entendeu como incompatível com o mandado de segurança a ultra-atividade da decisão do incidente.

Nesse sentido é o escólio do Professor Cássio Scarpinella Bueno:

A suspensão durará, com relação à liminar, até o julgamento final do writ, e com relação à sentença, até o julgamento final do recurso dela interposto, a exemplo, aliás, do que ocorre se os recursos respectivos tramitarem com efeito suspensivo. Pensamento diverso seria tornar todo o segmento processual após a concessão da liminar ou todo o segmento recursal que se seguisse à concessão da segurança inócuo para o impetrante (isto é, desprovido de eficácia), o que não podemos admitir.

(BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança. Comentários Sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.)

Compartilha desse entendimento o Professor Marcelo Abelha Rodrigues:

Inicialmente, por causa do art. 25, § 3º, da Lei 8.038/90, e posteriormente por causa do art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/92 (este acrescentado pela MP 2.180-35), é comum pensar que a suspensão da execução obtida no incidente poderia perdurar desde a sua concessão até o trânsito em julgado da decisão no processo. Entretanto, a situação não é bem essa.

(RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.)

Além da incompatibilidade percebida pelo legislador quando da edição da Lei 12.016/09, a ultra-atividade da suspensão encontra óbice na norma processual.

Assim esclarece o Professor Marcelo Abelha:

Se o momento dessas decisões é invariavelmente distinto, não podendo, regra geral, conviver num mesmo processo, ao mesmo tempo, a existência de liminar com uma sentença e com um acórdão pertinentes ao mesmo objeto de julgamento, então, não há a menor possibilidade de se fazer uma afirmação peremptória de que a suspensão de uma liminar perdurará até o trânsito em julgado da decisão final.

(RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ibid, p. 188.)

Sob esse aspecto, tem-se que se não há mais medida liminar vigente – já que substituída por sentença –, não deve existir também os efeitos da suspensão de tal liminar.

Evoco, nesse andar, pertinente lição do Professor Cândido Rangel Dinamarco:

Cessando a eficácia da liminar quando a impetração vem a ser julgada por sentença, fica também prejudicada a medida presidencial suspensiva dos efeitos daquela. Possíveis razões de interesse público eventualmente capazes de impedir a imediata efetividade da tutela jurisdicional buscada pelo impetrante (Lei 4.348, de 26.06.1964, art. 4º) hão de ser postas em confronto com a sentença e seus fundamentos – não mais com a liminar, que já inexistente no mundo jurídico.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. Fundamentos do processo civil moderno. Atual. Antônio Rulli Neto. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. I

Apud VENTURI, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 240.)

Ante o exposto, vênias à E. Desembargadora Presidente, conquanto a acompanhe no mérito para negar provimento ao recurso, adiro à divergência inaugurada pelo E. Desembargador Federal Fábio Prieto para não conferir o atributo da ultra-atividade à decisão suspensiva. É como voto.

Cuida-se de agravo interno interposto por Mayanna Saad Adams em face de decisão da Presidência que suspendeu decisão de primeiro grau que determinava o bloqueio de receitas do Município de Campo Grande/MS com o fim de compelir o ora requerente agravado ao cumprimento de decisão concessiva de antecipação de tutela para fornecimento de medicamento de alto custo denominado “Spinraza”.

Para melhor refletir sobre a questão, pedi vista dos autos.

Adiro integralmente ao voto divergente da e. Desembargadora Federal Diva Malerbi no sentido da viabilidade de sequestro de valores necessários ao cumprimento de tutela específica de fornecimento de medicamentos, conforme entendimento firmado pelo e. STJ em regime de julgamento de recurso repetitivo (REsp 1069810/RS).

Isto porque, sob a perspectiva de um município do porte de Campo Grande/MS e não de uma pessoa física, o montante de R\$ 4 milhões, objeto do presente agravo interno, constitui valor ínfimo que não tem o condão de se fazer presumir a ocorrência de grave lesão ao erário, razão pela qual entendo que o requerente não se desimcumbiu do ônus da prova. Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PORTADORA DE LEUCEMIA. ALEGADA LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Cabe ao requerente da medida excepcional, de forma inequívoca e fundamentada, demonstrar que o cumprimento imediato da medida atacada provoca sérios prejuízos aos bens jurídicos listados no art. 4º da Lei n. 8.437/1992. Precedentes.

2. O fornecimento de medicamento a uma única pessoa acometida de moléstia grave que, em razão de suas circunstâncias pessoais, necessita fazer uso urgente dele não tem, por si, o potencial de causar dano concreto e iminente aos bens jurídicos protegidos pela referida lei. Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS 951/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2008, DJe 05/02/2009)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0020318-28.2018.4.03.9999

Apelante: FRANCIELE DA COSTA ANTUNES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2019

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ORIENTAÇÃO FIXADA PELO C. STF, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. INOBSERVÂNCIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO DESPROVIDO.

- A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo formulado pelo interessado. Orientação fixada pelo C. STF, em sede de repercussão geral (RE 631240/MG).
- A presente ação judicial objetiva a outorga de salário-maternidade. Não há, in casu, formulação de pleito administrativo tendente ao benefício especificamente ambicionado nesta demanda. Além disso, a presente demanda foi dinamizada em 24/05/2016, não se sujeitando à modulação dos efeitos temporais da orientação firmada no RE 631240, aplicável apenas às ações ajuizadas até 03/09/2014.
- A resistência à pretensão autoral não resulta caracterizada, como indicado no sobredito paradigma do C. Supremo Tribunal Federal, exarado em repercussão geral, cenário em que se justifica a proclamação da falta de interesse processual.
- Extinção do processo, sem resolução do mérito.
- Apelação autoral desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO AUTORAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2019.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação autoral tirada de sentença que, em autos de concessão de salário-maternidade, extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual, em virtude da ausência de requerimento administrativo do benefício. Confirmam-se fls. 37/39.

Sustenta a recorrente cerceamento de defesa pelo juízo a quo e a indisponibilidade do serviço na Agência da Previdência Social do seu local de residência. Ainda, defende desneces-

cidade da formulação de requerimento administrativo em razão de posicionamento do INSS, notório e reiterado, em sentido contrário ao da postulação. Vide fls. 42/53.

Decorrido, “in albis”, o prazo para as contrarrazões de recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

A Constituição Federal consagra em seu art. 5º, inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, à luz do qual se erigiu a orientação jurisprudencial acerca da desnecessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações judiciais.

Tal entendimento, contudo, passou a experimentar temperamentos, no sentido de se compreender imprescindível a dedução de prévio pleito administrativo quando em causa solicitação com potencialidade de atendimento naquela seara, salvo em se tratando de postulações notoriamente recusadas pela Administração.

Assim é que, especificamente na seara previdenciária, passou-se a reconhecer ser incumbência precípua do INSS examinar o pedido formulado pelo segurado para a concessão de benefício e, uma vez preenchidos os requisitos, implantá-los. De forma que não se justificaria a transferência de função típica da autarquia previdenciária para o Poder Judiciário, o qual somente deve ser acionado se houver conflito de interesses.

A temática acabou por ser deslindada pelo Colendo STF, em sede de repercussão geral, oportunidade em que se assentou orientação no sentido de que a concessão de benefícios previdenciários, em linha de rigor, depende de requerimento do interessado, in verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem

que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (Tribunal Pleno, RE 631240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03/09/2014, m.v., julgado com Repercussão Geral, DJe-220 Divulg 07-11-2014, Public 10-11-2014).

Na presente ação judicial, objetiva-se a outorga de salário-maternidade. Não há, in casu, formulação de pleito administrativo tendente ao benefício especificamente ambicionado nesta demanda. Além disso, a presente demanda foi dinamizada em 24/05/2016, não se sujeitando à modulação dos efeitos temporais da orientação firmada no RE 631240, aplicável apenas às ações ajuizadas até 03/09/2014.

Necessário consignar, ainda, que não há que se falar em indisponibilidade do serviço de agendamento na Agência da Previdência Social de Apiaí/SP, tendo em vista as informações trazidas pelo juízo a quo, na própria sentença, em que informa o recebimento do Ofício nº 752/2014/INSS/SR-21.150, segundo o qual a referida APS “possui dois servidores que prestam todos os serviços, inclusive protocolo de benefícios, não havendo apenas a prestação do atendimento de perícia médica (...)”. Ademais, a própria apelante carreteou aos autos o Ofício nº 21.038/292/2014-INSS/GEXSOR, que relaciona os serviços executados na unidade, dentre eles os “agendamentos em geral”.

A propósito, o promovente limitou-se a informar que deixou de agilizar requerimento visando à concessão do benefício, sequer havendo menção, nos autos, de que o mesmo tenha buscado solução em quaisquer das agências da entidade securitária, ou mesmo na sua central de Atendimento, via telefone, por meio da qual, consoante informações institucionais extraídas do site da Previdência Social, está disponível, ao cidadão, o agendamento de serviços e de atendimento nas agências do INSS, com dia e hora marcados (consulta efetuada em: <http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/inss/rede-de-atendimento/central-de-atendimento-135/>).

Adite-se que a autoria não pretende melhoramento de vantagem já concedida pelo Instituto - como o seriam pedidos de revisão, conversão de benefício em modalidade mais vantajosa, restabelecimento, manutenção, dentre outros- caso em que se salvaguardaria o processamento da ação independentemente do antecedente pleito administrativo. Tampouco seria possível dizer-se que o caso se enquadra nas hipóteses em que o entendimento do INSS é notório e reiteradamente contrário à postulação da requerente.

Destarte, não resulta caracterizada a resistência à pretensão autoral, como indicado no sobredito paradigma do C. Supremo Tribunal Federal, exarado em repercussão geral, cenário em que se justifica a proclamação da falta de interesse processual.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO AUTORAL.**

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5000622-03.2018.4.03.6124

Apelante: JACY PIETROBOM GANDORPHI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO POR DECADÊNCIA. DESCABIMENTO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LIMITES SUBJETIVOS DA SENTENÇA COLETIVA. CASO DE INCIDÊNCIA DO LAPSO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE PRESTAÇÕES VENCIDAS ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO CARACTERIZADO O DIREITO POTESTATIVO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

- Os segurados que serão beneficiários dos critérios jurídicos definidos na ação coletiva deverão ajuizar execução individual onde demonstrarão não apenas o quantum debeatur, mas o an debeatur. Por conseguinte, nem todos os segurados serão beneficiados, pois nem todos se enquadram na sistemática de revisão pela variação do IRSM. Aqueles que se subsumem ao comando da sentença, fazendo, pois, jus à correção concedida, guardam homogeneidade fático-normativa, a propiciar a aplicação do microssistema de demandas coletivas, sobretudo na questão que envolve os limites subjetivos da sentença coletiva.

- A fundamentação da decisão censurada afasta-se totalmente da principiologia que rege os interesses albergados pela sentença proferida na demanda coletiva.

- Ao estabelecer os prazos de prescrição e caducidade, o legislador fez clara distinção entre o exercício do direito de ajuizar ações que visam à revisão ou ao recálculo dos benefícios previdenciário (condenatórias), que se sujeitam à prescrição (posteriormente, decadência, por força de alteração do artigo 103 pela Lei nº 9.528/97), e ações de concessão de benefícios (constitutivas, sem prazo especial previsto em lei).

- Do ponto de vista estritamente formal, no caso concreto, verificamos que havia a possibilidade de ajuizar: 1) uma ação constitutiva de uma relação jurídica com o INSS, de molde a possibilitar a concessão de um benefício (que não é o caso dos autos); 2) uma ação condenatória, para receber as prestações mensais vencidas do aludido beneplácito.

- A ação civil pública foi proposta pelo ministério público federal em 14/11/2003 e o lapso de prescrição há de atingir as mensalidades vencidas anteriormente ao quinquênio precedente ao ajuizamento dessa demanda. Não incide prazo decadencial, pois não se está a tratar de direito potestativo.

- Demais disso, quanto à prescrição da execução, decidiu o STJ que “no âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública. (tese julgada sob o rito do art. 543-c do CPC)” (STJ, EDCL no AGRG nos EARESP 113964/pr, 2014).

- Nesse ensejo, verifica-se que entre o desfecho da ação cognitiva e o início da execução não transcorreu o lapso assinalado de cinco anos, de modo que cai por terra eventual alegação de prescrição da execução.
- Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autarquia contra a r. decisão que, ao reconhecer a decadência do direito, extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 487, II do NCPC.

A parte recorrente pugna pela reforma da decisão, sob a alegação de que o ajuizamento da ação civil pública teve o condão de interromper a prescrição quinquenal, de modo que restam devidas as prestações devidas e não pagas até a “implementação revisional realizada pela Autarquia Previdenciária”.

A parte recorrida não apresentou contrarrazões.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

DO PRINCÍPIO DO MÁXIMO BENEFÍCIO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA (ARTS. 103, §§3º E 4º E 104 DO CDC).

Entende-se que a coisa julgada coletiva só beneficia os indivíduos; NUNCA os prejudica. A decisão coletiva contrária não vincula o indivíduo, que poderá ajuizar sua própria ação individual posteriormente.

Isso ocorre porque o legitimado extraordinário coletivo não pede autorização dos titulares dos Direitos metaindividuais antes de propor a ação coletiva. Logo, se um indivíduo determinado não pediu a ninguém para defender algo que também é seu, não poderá a sentença prejudicá-los. (Processo Coletivo - João Paulo Lordelo <http://www.joaolordelo.com>).

Fala-se, assim, no transporte in utilibus da coisa julgada coletiva. Tal assertiva implica que, nas ações coletivas, mesmo que negado o direito, o particular pode propor ação individual.

Veja-se a normatização do tema na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Há algumas exceções ao transporte in utilibus da coisa julgada coletiva, tais como a prevista no art. 94 do CDC (que traz hipótese em que o indivíduo é abarcado pela coisa coletiva: quando se habilita como litisconsorte no processo).

Segundo BARBOSA MOREIRA, num primeiro grupo dos interesses/direitos metaindividuais estão os direitos/interesses naturalmente coletivos (também chamados transindividuais), caracterizados pela INDIVISIBILIDADE do objeto. Neste caso, o bem tutelado não pode ser partilhado entre os titulares (ou todo mundo ganha ou todo mundo perde). Ex.: meio ambiente é um bem naturalmente coletivo porque não é possível despoluir o rio para uma única pessoa; outro exemplo é o patrimônio público. Esses interesses/direitos naturalmente coletivos, segundo Barbosa Moreira, podem ser divididos em dois grupos: direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito (BARBOSA MOREIRA, José Carlos in “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988” Fonte).

No caso concreto, parece-nos que os interesses protegidos pela sentença na demanda coletiva subjacente aproximam-se do que se classifica acima como “individuais homogêneos”, face sua divisibilidade e por não serem determinados de plano os beneficiários, embora possam ser determináveis, a posteriori. Os segurados que serão beneficiários dos critérios jurídicos definidos na coletiva deverão ajuizar execução individual onde demonstrarão não apenas o quantum debeat, mas o an debeat. Por conseguinte, nem todos os segurados serão beneficiados, pois nem todos se enquadram na sistemática de revisão pela variação do IRSM. Aqueles que subsumem ao comando da sentença, fazendo, pois, jus à correção concedida, guardam homogeneidade fático-normativa, a propiciar a aplicação do micro sistema de demandas coletivas, sobretudo na questão que envolve os limites subjetivos da sentença coletiva.

Nota-se, pois, que a fundamentação da decisão censurada afasta-se totalmente da principiologia que rege os interesses albergados pelo julgado proferido na demanda coletiva.

DA DECADÊNCIA E DA PRESCRIÇÃO

Adentrando no tema da decadência, observa-se que o lapso temporal de caducidade do direito ao benefício não se configurou, tendo em vista a inaplicabilidade da norma mencionada pelo Juízo a quo ao caso dos autos. Explica-se.

Constou da r. sentença guerreada que “(...) se está diante de um benefício previdenciário concedido já com o suposto problema, pois não se considerou o índice de correção devido no salário de contribuição à época da concessão. Mesmo a questão se apresentando como incorreta desde a correção, a jurisprudência do STJ fixa como início do prazo decenal de decadência (art. 103, da Lei 8.213) somente o ano de 2004, quando Lei formal reconheceu a incorreção do INSS”.

Verifica-se, todavia, que a legislação previdenciária, Lei nº 8.213/91, artigo 103, previa, já à época da propositura da ação:

É de 10 (dez) anos o prazo de decadência de 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 seguintes ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Nesse rumo, ao estabelecer os prazos de prescrição e caducidade, o legislador fez clara distinção entre o exercício do direito de ajuizar ações que visam à revisão ou ao recálculo dos benefícios previdenciário (condenatórias), que se sujeitam à prescrição (posteriormente, decadência, por força de alteração do artigo 103 pela Lei nº 9.528/97), e ações de concessão de benefícios (constitutivas, sem prazo especial previsto em lei).

Insta aclarar o tema trazido à baila com os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, em seu texto clássico “CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA IDENTIFICAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS”:

(...) 1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas à prescrição ou à decadência. (...) (RT 744-725).

Do ponto de vista estritamente formal, no caso concreto, verificamos que havia a possibilidade de ajuizar: 1) uma ação constitutiva de uma relação jurídica com o INSS, de molde a possibilitar a concessão do de um benefício (que não é o caso dos autos); 2) uma ação condenatória, para receber as prestações mensais vencidas do aludido benelácito.

Em atenção ao “critério científico” acima observado tem-se que, quanto ao direito às

prestações (ação condenatória), a prescrição faz incidir seu lapso extintivo após o decurso de 05 (cinco) anos (não a decadência): a uma, sob o aspecto parcelar, ao fulminar prestações vencidas; a duas sob o enfoque intercorrente, após o trânsito em julgado na ação de cognição. Destarte, o decidido pelo Juízo a quo está a merecer reparos.

Explica-se: A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Federal em 14/11/2003 e o lapso de prescrição há de atingir as mensalidades vencidas anteriormente ao quinquênio precedente ao ajuizamento dessa demanda. Não incide prazo decadencial, pois não se está a tratar de direito potestativo.

De outro vórtice, em 2014, decidiu o STJ que “No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC)” (STJ, EDcl no AgRg nos EAREsp 113964/PR, 2014).

Esse princípio aplica-se a fortiori no âmbito do direito público – como o direito previdenciário.

Esclareça-se, enfim, quanto à prescrição da pretensão executória, como decorre da legislação em vigor, por óbvio, a inércia do credor há de encontrar um óbice (de natureza temporal) após o decurso do prazo quinquenal, mas que não é o caso dos autos.

Verifica-se, nesse ensejo e ademais, que entre o desfecho da ação cognitiva e o início da execução não transcorreu o lapso assinalado de cinco anos, de modo que cai por terra eventual alegação de prescrição da execução.

Com o retorno dos autos ao Juízo de origem, dar-se-á o prosseguimento do cumprimento de sentença.

DISPOSITIVO

POSTO ISSO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, PARA AFASTAR O RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DO DIREITO.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5007010-58.2018.4.03.0000

Autores: ZILDA DA SILVA SOUZA, RICARDO DA SILVA SOUZA ALMEIDA, MARIA CRISTINA SILVA SOUZA, RODRIGO DA SILVA SOUZA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/08/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA COMPETE AO JUÍZO FEDERAL. NATUREZA ACIDENTÁRIA. COMPETE AO JUÍZO ESTADUAL. IUDICIUM RESCINDENS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. IUDICIUM RESCISORIUM. ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS NA AÇÃO SUBJACENTE. VERBA HONORÁRIA. SEM CONDENAÇÃO.

1. A hipótese rescindenda relativa ao impedimento ou à absoluta incompetência do julgador originário diz respeito à inexistência de pressuposto processual de validade, que implica a nulidade de todos os atos decisórios praticados.
2. O artigo 109, I, da Constituição, ao excluir da competência atribuída ao juízo federal as causas relativas a acidentes de trabalho, ainda que presente na relação jurídico-processual autarquia federal, fixou competência residual da Justiça Estadual para processar e julgar demandas previdenciárias de natureza acidentária. A questão é pacífica e, inclusive, objeto dos enunciados de Súmula n°s 15, do c. Superior Tribunal de Justiça, e 501 do e. Supremo Tribunal Federal.
3. Destaca-se que a 1ª Seção do c. STJ tem firmemente decidido competir à Justiça Estadual o julgamento de demandas previdenciárias cujo reconhecimento do direito ao benefício tenha como causa de pedir a ocorrência de acidente de trabalho. Contudo, também vem aquela Corte distinguindo situações em que a discussão sobre o benefício previdenciário, ainda que decorrente de acidente de trabalho, não trate especificamente da situação acidentária, isto é, a causa de pedir não tenha relação com o acidente de trabalho; nesses casos, estabeleceu a competência da Justiça Federal para processar e julgar tais causas.
4. A fim de verificar a alegada incompetência absoluta do juízo federal para julgamento da demanda previdenciária é imprescindível que esta se caracterize como acidentária. No caso concreto, a natureza acidentária da causa era evidente, haja vista que o suposto direito à pensão decorria precisamente de falecimento decorrente de acidente de trabalho.
5. Não há dúvida de que a própria parte concorreu para o vício ora alegado nesta via rescisória, haja vista que ajuizou a demanda nesta Justiça Federal; contudo, tratando-se de incompetência absoluta da Justiça Federal, há nulidade quanto a todos os atos decisórios praticados pelo juízo federal.
6. Em que pese a parcial procedência da demanda, deixa-se de condenar o réu em honorários advocatícios, dado o princípio da causalidade. Conforme nitidamente ex-

posto na inicial e ora acatado, o vício do julgado rescindendo se deu exclusivamente em razão do ajuizamento da demanda em juízo incompetente, não atribuível ao réu, o qual sequer contestou o pleito formulado nesta via rescisória.

7. Em juízo rescindendo, com fundamento no artigo 966, II, do CPC/2015, julgada procedente a presente ação rescisória para desconstituir o julgado na ação subjacente. Em juízo rescisório, declarados nulos todos os atos praticados nesta justiça federal desde o ajuizamento da demanda subjacente, remetendo-se os respectivos autos ao juízo estadual, competente para processar e julgar aquele feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu, em iudicium rescindens, com fundamento no art. 966, II, do CPC/15, julgar procedente a ação rescisória para desconstituir o julgado na ação subjacente; e, em iudicium rescisorium, declarar nulos todos os atos praticados nesta justiça federal desde o ajuizamento da demanda subjacente, remetendo-se os respectivos autos ao juízo estadual, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de ação rescisória proposta por ZILDA DA SILVA SOUZA, RICARDO DA SILVA SOUZA ALMEIDA, MARIA CRISTINA SILVA SOUZA e RODRIGO DA SILVA SOUZA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no artigo 966, II, do CPC/2015, objetivando rescindir acórdão proferido pela 10^a Turma deste e. Tribunal, a fim de que seja declinada a competência para processar e julgar o pleito de concessão de pensão por morte decorrente de acidente de trabalho.

Aduziram, em suma, vício no julgado rescindendo decorrente da incompetência desta Justiça Federal para processar e julgar causas que versem sobre acidente de trabalho.

Consta despacho (ID 3138533) que reconheceu a observância do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória e deferiu à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, dispensando-a do depósito prévio.

Citado, o réu não apresentou contestação, tendo sido declarado revel, não se lhe aplicando os efeitos do artigo 344 do CPC (ID 3718785).

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação rescisória (ID 4118578). É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A parte autora fundamenta a ação rescisória no artigo 966, II, do CPC/2015, alegando a nulidade do julgado rescindendo em razão da incompetência absoluta desta Justiça Federal para processar e julgar causa que tratava de pedido de pensão decorrente de acidente de trabalho, cuja competência seria atribuída à Justiça Estadual.

Na ação subjacente (ID 1996928, p. 3-11), ajuizada em 18.02.2009, perante o juízo federal da 4ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, postularam a concessão de pensão por morte do sr. Edson de Souza, ocorrida em 20.10.1992, assentando assim seus fundamentos fáticos:

[...] o de cujus trabalhava para a empresa CONSTRUTORA SELIPLAN LTDA e JOSÉ PINTO REIS, porém o falecido não foi registrado, sendo vítima fatal de desmoronamento de terra na obra em que trabalhava e que era realizada sob os cuidados e responsabilidade daqueles. [...]

Após regular instrução, em 1ª Instância, o pedido foi julgado improcedente (ID 1996944, p. 10-16), sentença confirmada no 2º grau e jurisdição, negando-se provimento à apelação da autora, conforme acórdão unânime proferido pela 10ª Turma desta Corte (ID 1996948, p. 16-21), nos termos do voto do relator Desembargador Federal Nelson Porfírio, do qual destaco o seguinte:

[...] Com relação ao requisito da dependência econômica, tem-se a comprovação pelos autores da condição de dependentes, diante das certidões de casamento e nascimento constantes às fls. 32 e 34/36, nos termos do art. 16, § 4º da Lei n. 8.213/91.

Assim, no caso, a questão cinge-se ao preenchimento do requisito da qualidade de segurado pelo falecido.

Da análise do extrato do CNIS juntado à fl. 307, observa-se que o último vínculo empregatício do falecido encerrou-se em 12/07/1988, de modo que, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, já teria perdido a condição de segurado por ocasião do falecimento, ocorrido em 20/10/1992 (fl. 31).

Alega a parte autora, contudo, que embora não fosse registrado, à época do óbito o falecido estava trabalhando para a “Construtora Seliplan Ltda.” e para o Sr. José Pinto Reis, razão pela qual possuía a qualidade de segurado da Previdência Social.

Analizando-se os autos, porém, verifica-se não ser possível reconhecer tal condição do falecido. Em que pese tenha sido juntada cópia da ação indenizatória proposta pela parte autora (processo nº 003.93.201403-9, 3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara/SP) na qual foi concedida pensão civil a título de indenização em razão do reconhecimento de que o falecido havia sido vítima de um deslizamento de terra ocorrido em determinada obra (fl. 141 - mídia do processo), não é possível concluir que o falecido estava efetivamente prestando serviços na construção, já que poderia estar apenas passando pelo local.

Ademais, ainda que se entendesse pela efetiva prestação de serviços, também não se pode definir a natureza jurídica do trabalho alegadamente exercido, uma vez que o falecido poderia ser trabalhador temporário, autônomo, eventual, ou até informal, situações tratadas de formas distintas no âmbito previdenciário, inclusive para o reconhecimento da condição de segurado. Ressalte-se, outrossim, que não houve o ajuizamento de ação trabalhista para o reconhecimento do eventual vínculo empregatício, tendo a parte autora buscado apenas a via indenizatória (em que também não foi reconhecida qualquer relação de emprego).

Deve-se destacar, ainda, que o recorte de jornal juntado à fl. 187 - único outro documento trazido como prova material - também não se presta a tal mister, pois embora realmente noticie a ocorrência do soterramento, cita nominalmente como falecido apenas o Sr. Edézio, não fazendo qualquer referência ao Sr. Edson, marido e genitor dos autores.

Por fim, no que tange à prova oral, esta também se mostrou insuficiente ao fim pretendido, uma vez que a única testemunha ouvida, o Sr. Edmilson José Marchesotti, afirmou que não conhecia de nome o Sr. Edson e que somente sabia que ele era um dos falecidos na obra da qual era responsável (fl. 230 - mídia de gravação da audiência).

Dessarte, tendo em vista a ausência de documentos, bem como a insuficiência da prova testemunhal produzida, não restou demonstrada a efetiva existência de vínculo empregatício entre o falecido e a “Construtora Seliplan Ltda.” / Sr. José Pinto Reis, de modo que à época do óbito ele não mais possuía a condição de segurado da Previdência Social.

Conclui-se, portanto, pelo não preenchimento de todos os requisitos ensejadores da pensão por morte, de modo que a parte autora não faz jus ao benefício, sendo de rigor a manutenção da r. sentença. [...] (grifo nosso)

Sem interposição de recurso pelas partes, foi certificado o trânsito em julgado ocorrido em 17.10.2017 (ID 1996948, p. 24).

A hipótese rescindenda relativa ao impedimento ou à absoluta incompetência do julgador originário diz respeito à inexistência de pressuposto processual de validade, que implica a nulidade de todos os atos decisórios praticados.

Na presente ação rescisória se levanta a questão da competência para julgamento de ações previdenciárias em geral e, especificadamente, daquelas de natureza acidentária.

Ao estabelecer a competência da Justiça Federal, a Constituição Federal dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]

§ 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 que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. [...] (g.n.)

Excluída da competência atribuída ao juízo federal as causas relativas a acidentes de trabalho, ainda que presente na relação jurídico-processual autarquia federal, tem-se fixada a competência residual da Justiça Estadual para processar e julgar demandas previdenciárias de natureza acidentária.

A questão é pacífica e, inclusive, objeto dos enunciados de Súmula nºs 15, do c. Superior Tribunal de Justiça, e 501 do e. Supremo Tribunal Federal:

Súmula STJ 15: “Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.”

Súmula STF 501: “Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.”

Quanto ao ponto, destaco que a 1ª Seção do c. STJ tem firmemente decidido competir à Justiça Estadual o julgamento de demandas previdenciárias cujo reconhecimento do direito ao benefício tenha como causa de pedir a ocorrência de acidente de trabalho:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DECORRENTE DE ASSALTO NO LOCAL E HORÁRIO DO TRABALHO. ACIDENTE DO TRABALHO IMPRÓPRIO OU ATÍPICO. PRESUNÇÃO LEGAL. ART. 21, II, “A”, DA LEI N. 8.213/91. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA PRETENSÃO. 1. Conflito negativo de competência em que se examina a qual Juízo compete o processamento e julgamento de pretensão por pensão por morte cujo óbito do trabalhador decorreu de assalto sofrido no local e horário de trabalho. 2. O assalto sofrido pelo de cujus no local e horário de trabalho equipara-se ao acidente do trabalho por presunção legal e o direito ao benefício decorrente do evento inesperado e violento deve ser apreciado pelo Juízo da Justiça Estadual, nos termos do que dispõe o artigo 109, I (parte final), da Constituição Federal combinado com o artigo 21, II, “a”, da Lei n. 8.213/91. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Acidentes do Trabalho de São Paulo - SP. (STJ, 1ª Seção, CC 132034, relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 28.05.2014, DJe 02.06.2014)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ENTENDIMENTO REFORMULADO PELA 1ª SEÇÃO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULAS 501/STF E 15/STJ. PRECEDENTES DO STF E STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social, visando ao benefício, aos serviços previdenciários e respectivas revisões correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF e da Súmula 15 do STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 1ª Seção, AgRg/CC 122703, relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 22.05.2013, DJe 05.06.2013)

Contudo, também vem aquela Corte distinguindo situações em que a discussão sobre o benefício previdenciário, ainda que decorrente de acidente de trabalho, não trate especificamente da situação acidentária, isto é, a causa de pedir não tenha relação com o acidente de trabalho; nesses casos, estabeleceu a competência da Justiça Federal para processar e julgar tais causas:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRETENSÃO QUE VISA ACRESCER VALOR REFERENTE A BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO A BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ART. 6º, § 2º, DA LEI N. 6.367/76. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA JUSTIÇA FEDERAL. ANULAÇÃO DE ATO DECISÓRIO PROFERIDO PELO JUÍZO DA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 122 DO CPC. 1. Conflito negativo de competência entre Tribunal de Justiça Estadual e Tribunal Regional Federal a fim de que seja definida qual a Justiça competente para processar e julgar ação de revisão de pensão por morte decorrente de aposentadoria por tempo de serviço. A pretensão exposta na demanda é sintetizada na possibilidade de se incluir, no cálculo da pensão, metade do valor referente ao auxílio-acidente, de natureza laboral, que vinha sendo pago ao instituidor do benefício (de cujus) de forma cumulada com a aposentadoria, nos termos do que dispõe o artigo 6º, §§ 1º e

2º, da Lei n. 6.367/76. 2. Não há controvérsia a respeito do acidente laboral do qual gerado o benefício acidentário, e tampouco se trata de revisão deste benefício ou de pensão por morte decorrente de acidente do trabalho, mas se o valor do auxílio-acidente laboral poderá, ou não, fazer parte do cálculo do benefício pensão por morte de natureza previdenciária. 3. A pensão por morte, na hipótese, substitui aposentadoria por tempo de serviço recebida pelo de cujus. Ora, se a pensão deriva de benefício previdenciário em sentido estrito, a sua concessão e eventual revisão deve seguir a mesma natureza deste, razão pela qual compete à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide que busca acrescentar valor decorrente do auxílio-acidente à base de cálculo da pensão por morte previdenciária. Assim, não é aplicável à hipótese o enunciado da Súmula n. 15/STJ. 4. Faz-se necessário anular a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Acidentes do Trabalho de Santos (fls. 123-125) e restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Santos (fls. 59-64), até nova apreciação dessa pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o que se apresenta perfeitamente possível em sede de conflito de competência dirigido a esta Corte Superior por força do artigo 122 do CPC. Nesse sentido, confirmam-se: CC 107252/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10/05/2010; e CC 40.154/SC, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF da 1ª Região), Terceira Seção, DJ 01/10/2007. 5. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal. (STJ, 1ª Seção, CC 120799, relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 26.06.2013, DJe 02.08.2013)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENSÃO POR MORTE DE APOSENTADO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DO ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Hipótese em que viúva de segurado aposentado em razão de acidente de trabalho pede ao INSS a concessão da respectiva pensão, benefício previdenciário estrito, devendo o pedido ser processado e julgado na Justiça Federal. 2. A fixação da competência da Justiça Estadual, nos termos da Súmula 15-STJ (“Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho.”) somente ocorre quando o pedido de pensão, a sua revisão ou outro benefício discutem, com causa de pedir, o próprio acidente de trabalho, ou quando há necessidade de prova pericial em derredor do próprio acidente (verificação da redução da capacidade de trabalho do segurado, v.g.), o que não ocorre na espécie. 3. Não está em discussão, próxima ou remotamente, o acidente de trabalho que levou à aposentadoria do autor da pensão. Cuidando-se de pedido de pensão por morte, como benefício previdenciário estrito, não ostentam relevo as circunstâncias nas quais se deu o falecimento do segurado. (Cf. CC 62.531/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 26/03/2007; AgRg no CC 112.710/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 07/10/2011; e AgRg no CC 113.675/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Terceira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012.) 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, 1ª Seção, AgRg/CC 139399, relator Desembargador convocado Olindo Menezes, j. 25.02.2016, DJe 02.03.2016)

Assim, a fim de verificar a alegada incompetência absoluta do juízo federal para julgamento da demanda previdenciária é imprescindível que esta se caracterize como acidentária.

Ora, no caso concreto, a natureza acidentária da causa era evidente, haja vista que o suposto direito à pensão decorria precisamente de falecimento decorrente de acidente de trabalho.

A questão foi assim disposta na inicial da demanda subjacente, em que foram juntados documentos supostamente comprobatórios do acidente ocorrido durante a atividade laborativa, sendo que o próprio julgado rescindendo avalia a ocorrência do acidente em local de trabalho, ainda que se tenha focado na questão atinente ao reconhecimento de vínculo empregatício do falecido.

Não há dúvida de que a própria parte concorreu para o vício ora alegado nesta via rescisória, haja vista que ajuizou a demanda nesta Justiça Federal; contudo, tratando-se de incompetência absoluta da Justiça Federal, há nulidade quanto a todos os atos decisórios praticados pelo juízo federal.

Em iudicium rescindens, portanto, imperativa a procedência da presente rescisória.

Consequentemente e considerando o quanto supra exposto, não restando maiores dilações a respeito do tema, em iudicium rescisorium, é de rigor a anulação de todos os atos decisórios praticados nesta justiça federal desde o ajuizamento da demanda subjacente, remetendo-se os autos ao juízo estadual, competente para processar e julgar aquele feito.

Ante o exposto, em iudicium rescindens, com fundamento no artigo 966, II, do CPC/2015, julgo procedente a presente ação rescisória para desconstituir o julgado na ação subjacente; e, em iudicium rescisorium, declaro nulos todos os atos praticados nesta justiça federal desde o ajuizamento da demanda subjacente, remetendo-se os respectivos autos ao juízo estadual, competente para processar e julgar aquele feito.

Comunique-se o juízo da execução.

Custas na forma da lei.

Em que pese a procedência da demanda, deixo de condenar o réu em honorários advocatícios, dado o princípio da causalidade. Conforme nitidamente exposto na inicial e ora acatado, o vício do julgado rescindendo se deu exclusivamente em razão do ajuizamento da demanda em juízo incompetente, não atribuível ao réu, o qual sequer contestou o pleito formulado nesta via rescisória.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: O ilustre Desembargador Federal Relator, Carlos Delgado, em seu brilhante voto, em iudicium rescindens, com fundamento no artigo 966, II, do CPC/2015, julgou procedente a presente ação rescisória para desconstituir o julgado na ação subjacente; e, em iudicium rescisorium, declarou nulos todos os atos praticados nesta justiça federal desde o ajuizamento da demanda subjacente, remetendo-se os respectivos autos ao juízo estadual, competente para processar e julgar aquele feito.

Com a máxima vênia, porém, ousou apresentar divergência, pelas razões que passo a expor.

Trata-se de ação rescisória proposta em face do INSS, com fundamento no artigo 966, II, do CPC/2015, objetivando os autores a desconstituição da coisa julgada formada nos autos de nº 002197- 66.2009.4.03.6183/SP, por meio do acórdão proferido por esse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Num. 1996948 - p. 16/19), que manteve a r. sentença que julgou improcedente pedido de concessão de pensão em razão da morte de Edson de Souza.

Sustentam os autores, em síntese, que esta Corte Regional Federal não detinha competência para julgar a matéria em debate, tendo em vista que versa sobre óbito decorrente de acidente de trabalho. Nesse caso, afirma que a competência seria da Justiça Estadual.

Muito bem.

A ação rescisória constitui medida excepcional para fins de desconstituição da coisa julgada, esta última uma peça fundamental da garantia da segurança jurídica, à luz do artigo

5º, XXXVI, do Texto Supremo. Não constitui, assim, instrumento para a tutela de direitos sob o fundamento de ofensa à norma jurídica.

Com efeito, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “Ação rescisória é uma ação que visa a desconstituir a coisa julgada. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo o princípio da segurança jurídica – substrato indelével do Estado Constitucional – a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas de maneira taxativa pela legislação (art. 966, CPC). A ação rescisória serve tanto para promover a rescisão da coisa julgada (*iudicium rescindens*) como para viabilizar, em sendo o caso, novo julgamento da causa (*iudicium rescissorium*) (art. 968, I, CPC). A ação rescisória é um instrumento para a tutela do direito ao processo justo e à decisão justa. Não constitui instrumento para tutela da ordem jurídica, mesmo quando fundada em ofensa à norma jurídica. Em outras palavras, a ação rescisória pertence ao campo da tutela dos direitos na sua dimensão particular – e não ao âmbito da tutela dos direitos na sua dimensão geral” (Código de Processo Civil Comentado, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2015, página 900).

Esses são os parâmetros preliminares e gerais a serem levados em conta para o julgamento desta rescisória.

A incompetência absoluta constitui hipótese de desconstituição da coisa julgada, na forma dos incisos II c/c V do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Por seu turno, reza o artigo 109, I, do mesmo Texto Supremo que a Justiça Federal é incompetente para o julgamento de causas concernentes a acidentes de trabalho (g.n.):

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 15, segundo a qual “Compete à Justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho”.

Esse édito não faz senão eco à orientação já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que, a respeito, também, publicou a Súmula nº 501, que ostenta o seguinte enunciado: “Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.”

Especificamente nesta Corte Regional, em casos de ações rescisórias, há precedentes proferidos por esta Colenda Terceira Seção:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS. AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTA TRF - 3ª REGIÃO PARA APRECIÇÃO E JULGAMENTO DA CAUSA SUBJACENTE. - Do pedido expresso na exordial da demanda subjacente, bem como dos documentos acostados aos respectivos autos, depreendemos que o auxílio-doença questionado demonstra ter origem acidentária. - O art. 109, inc. I, da Constituição Federal dispõe que: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)” - Em termos jurisprudenciais, anotam as Súmulas 15 do Superior Tribunal de Justiça e 501 do Supremo Tribunal Federal,

que: “Súmula 15 (STJ): Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.”; “Súmula 501 (STF): Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.” - Por conseguinte, considerado que a decisão rescindenda (da 10ª Turma desta Casa) encontra-se em descompasso com o art. 109, inc. I, da Carta Republicana de 1988, tenho que deve ser desconstituída, a teor do art. 485, incs. II e V, do Compêndio Processual Civil de 1973 (art. 966, incs. II e V, CPC/2015). - Quanto às providões judiciais da Justiça Estadual, anteriores à remessa dos autos a este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, continuam válidas, eis que proferidas por Órgão competente para análise da matéria acidentária versada nos autos subjacentes. - Desconstituída a decisão da 10ª Turma, deve ser o processo primevo encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para exame da apelação do ente público e do recurso adesivo da então parte autora. - Pedido formulado na ação rescisória julgado procedente, para desfazer a decisão hostilizada (prolatada no processo 2014.03.99.012781-0), porquanto reconhecida a incompetência desta Corte para julgamento do feito. Determinada a remessa dos autos da demanda subjacente ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - Sem condenação da parte ré nos ônus da sucumbência, ante a ausência de litigiosidade, no que concerne ao assunto (reconhecimento da competência da Justiça Estadual para o caso). (Acórdão 0005703-28.2016.4.03.0000, AÇÃO RESCISÓRIA – 11046, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO. TERCEIRA SEÇÃO, Data 13/09/2018, Data da publicação 25/09/2018, Fonte da publicação, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2018).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. ART. 485, IV E V DO CPC/73. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-ACIDENTE E ACUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O JULGAMENTO DO FEITO. 1. Na ação subjacente, ajuizada perante a Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, a parte ré postulou o restabelecimento de auxílio-doença por acidente do trabalho (espécie 91 - NB 0680022970, DIB 14/02/94-fl. 11), suspenso em virtude da implantação de aposentadoria por invalidez acidentária em maio/2003 (espécie 92 - aposentadoria invalidez acidente trabalho, DIB 10/09/02-fl. 17). 2. A Constituição da República, ao disciplinar a competência da Justiça Federal, em seu artigo 109, inciso I, excetua as causas relativas a demandas previdenciárias originadas de acidente de trabalho. 3. O artigo 129 da Lei nº Lei 8.213/91, por sua vez, confirma a competência da Justiça Estadual, bem como a Súmula 15 do Superior Tribunal de Justiça atribui à Justiça Estadual a competência para processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho. A Súmula 501 do Supremo Tribunal Federal, a seu turno, aduz: “Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista”. 4. A competência para processar e julgar ações de concessão, revisão, restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, RE 638.483/PB. 5. Assim, a competência da Justiça Estadual abrange o exame da cumulação de benefícios acidentários, como ocorre no presente caso, não incorrendo na situação que a cumulação de benefício acidentário com eventual benefício previdenciário justificaria a competência da Justiça Federal. 6. Aplicável o artigo 113, caput do CPC/73 (atual art. 64, §1º CPC/2015), segundo o qual a incompetência absoluta deve ser declarada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. 7. Encaminhamento do feito ao juízo competente, no caso, o Juízo de Direito da Comarca de Ribeirão Preto, a fim de que seja tomado o regular processamento da causa, restando decretada a nulidade da sentença e demais atos decisórios proferidos no bojo da ação originária, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC/73. 8. Condeno a parte ré, ante o princípio da causalidade, ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa,

nos termos do art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, conforme entendimento majoritário da 3ª Seção desta Corte. 9. Incompetência absoluta da Justiça Federal declarada de ofício, desconstituição da decisão monocrática proferida às fls. 125/126, bem com da sentença de fls. 106/111. Autos originários devem redistribuídos perante uma das Varas da Comarca de Ribeirão Preto/SP, a fim de que o pedido originário formulado pela parte ré tenha regular processamento. Ação rescisória extinta nos termos do art. 267, IV, do CPC/73 (art. 485, IV, do CPC/15). (Acórdão 0022229-75.2013.4.03.0000, AÇÃO RESCISÓRIA – 9505, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO, Data 14/06/2018, Data da publicação 12/07/2018, Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2018).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISOS II E V DO CPC DE 1973. ART. 966, INCISOS II E V, DO CPC DE 2015. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ENFERMIDADE DE ORIGEM ACIDENTÁRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. REMESSA DOS AUTOS ORIGINÁRIOS PARA O E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1 - Rejeitada a preliminar arguida pelo INSS em contestação, visto que a existência ou não dos fundamentos para a ação rescisória, bem como a aplicabilidade ou não da Súmula nº 343 do C. STF correspondem a matérias que se confundem com o mérito. Da mesma forma, afasto a alegação de carência de ação, em razão da decisão rescindenda não ter apreciado o mérito da ação originária, já que esta, ao reconhecer a litispendência, inviabilizou o ajuizamento de nova ação, motivo pelo qual persiste o interesse no ajuizamento da ação rescisória para desconstituir tal julgado. 2 - Da análise dos autos, verifica-se que a incapacidade laborativa alegada pela parte autora, e que serve de embasamento para o pedido de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, tem origem em um acidente de trabalho. De fato, na inicial da ação originária a parte autora afirma expressamente ser portadora de enfermidades de origem acidentária, conforme se verifica às fls. 14. Da mesma forma, aos responder aos quesitos formulados pelas partes e pelo Juízo, o perito deixa claro que a autora sofre de seqüela de fratura de joelho e luxação de quadril direito em decorrência de acidente de trabalho (fls. 70/75 e 87/91). 3 - Forçoso concluir que a ação originária possui natureza acidentária. Desse modo, trata-se de causa sujeita à competência da Justiça Estadual, de acordo com o disposto no art. 109, inc. I, da Constituição Federal. Ademais, tal matéria é objeto da Súmula nº 15 do C. STJ e da Súmula nº 501 do C. STF. 4 - Desse modo, a natureza acidentária do objeto da ação subjacente é incontroversa, impondo-se a rescisão da decisão monocrática ora impugnada, dada a incompetência absoluta desta E. Corte para o exame da apelação do INSS. 5 - Cumpre observar que devem ser anuladas tão-somente as decisões proferidas nos autos da ação originária a partir da remessa a esta E. Corte. Assim, devem ser preservadas todas as decisões proferidas no âmbito da Justiça Estadual, anteriores à remessa dos autos a este Tribunal, uma vez que proferidas por órgão absolutamente competente para o exame da matéria acidentária. 6 - Matéria preliminar rejeitada. Ação Rescisória procedente. (Acórdão 0028594-77.2015.4.03.0000, AÇÃO RESCISÓRIA – 10875, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO, Data 14/06/2018, Data da publicação 26/06/2018, Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/06/2018).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Impõe-se observar que, publicada a r. decisão rescindenda e interposta a presente ação rescisória em data anterior a 18.03.2016, a partir de quando se torna eficaz o Novo Código de Processo Civil, consoante as conhecidas orientações a respeito do tema adotadas pelos C. Conselho Nacional de Justiça e Superior Tribunal de Justiça, as regras de interposição da presente ação a serem observadas em sua apreciação são aquelas próprias ao

CPC/1973. Inteligência do art. 14 do NCPC. 2. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS pretende a desconstituição da decisão da Des. Fed. Vera Jucovsky, prolatada na ação ordinária nº 2007.03.99.022651-0, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Praia Grande e teve a remessa oficial julgada por este Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 3. Na ação subjacente, a parte ré postulou a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente do trabalho (NB 064.987.021-2/92 - DIB 07/06/1994), concedida por transformação de auxílio-doença acidentário (NB 048.030.604-4/91 - DIB 05/11/1986), conforme informações de fls. 12/13. 4. A competência para processar e julgar benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual. Inteligência do art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Jurisprudência do E. STJ e STF. 5. Concretizada a hipótese de rescisão prevista no art. 485, inciso II, do CPC/73, impõe-se a procedência do pedido rescindente e encaminhamento dos autos da ação subjacente ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para apreciação do reexame necessário. 6. Sem condenação da parte ré nos ônus da sucumbência, ante a ausência de litigiosidade. 7. Rescisória procedente para determinar a remessa dos autos da ação subjacente ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para apreciação do reexame necessário (Acórdão 0039267-76.2008.4.03.0000, AÇÃO RESCISÓRIA – 6489, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO, Data 10/05/2018, Data da publicação 18/05/2018, Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2018).

Todavia, em nenhum desses casos se julgou especificamente a hipótese de pensão por morte.

Aqui há duas particularidades – as quais podem ser tachadas de distinguishing – que nos levam a julgar improcedente o pleito dos autores.

Explico.

Primeiramente, na época da propositura da ação subjacente, em 19/02/2009, havia notável divergência jurisprudencial a respeito da competência para o julgamento das causas em que se busca a pensão por morte decorrente de acidente de trabalho.

A despeito das súmulas acima referidas, ainda assim se discutia, na Terceira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, qual a justiça competente para julgar tais causas, mormente quando a o processo não discutia a existência, ou não, de acidente de trabalho.

A referida Seção inclusive pacificara o entendimento de que a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, é de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal.

Alguns exemplos de precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE, DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Na linha dos precedentes da Terceira Seção do STJ, a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, são de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal para o processo e o julgamento do feito, afastando-se a aplicação da da Súmula 15/STJ (CC 62.531/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 26/03/2007, entre outros). II. Decisão do Relator que conheceu do Conflito de Competência, para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial de Ribeirão Preto, Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante. III. Agravo Regimental im-

provido (Acórdão 2010.01.51501-2, AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 113675 Relatora ASSUSETE MAGALHÃES, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 12/12/2012, Data da publicação 18/12/2012, Fonte da publicação DJE DATA:18/12/2012).

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO E COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REVISIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 15/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. - Conforme o entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, compete à Justiça Federal processar e julgar as ações objetivando a concessão ou revisão dos benefícios de pensão por morte, ainda que decorrentes de acidente de trabalho. - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível e Criminal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, o suscitado (Acórdão 2011.02.73454-0, CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 119921, Relatora MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 10/10/2012, Data da publicação 19/10/2012, Fonte da publicação DJE DATA:19/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ACIDENTE DE TRABALHO. NATUREZA DO BENEFÍCIO. DECISÃO ANTERIOR FAVORÁVEL. 1. “A Terceira Seção desta Corte pacificou recentemente o entendimento de que a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, é de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, afastando-se a aplicação da súmula 15/STJ.” (AgRg no CC 108.477/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 10/12/2010). 2. Agravo regimental a que se nega provimento (Acórdão 2010.01.11987-8, AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 112710, Relatora OG FERNANDES, STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 28/09/2011, Data da publicação 07/10/2011, Fonte da publicação DJE DATA:07/10/2011).

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO E COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. DEMANDA QUE OBJETIVA CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 15/STJ. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A Terceira Seção desta Corte pacificou recentemente o entendimento de que a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, é de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, afastando-se a aplicação da da súmula 15/STJ (CC 62.531/RJ, de minha relatoria, DJU 26.03.2007, p. 200). 2. Agravo regimental improvido (Acórdão 2009.02.01709-7, AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 108477, Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 24/11/2010, Data da publicação 10/12/2010, Fonte da publicação DJE DATA:10/12/2010).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DAS DEMANDAS QUE VERSEM SOBRE O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE, AINDA QUE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte pacificou recentemente o entendimento de que o pedido relativo à revisão do benefício de pensão por morte, ainda que decorrente de acidente de trabalho, é da compe-

tência da Justiça Federal, por se tratar de benefício eminentemente previdenciário (CC 62.531/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 26.03.2007, p. 200). 2. No presente caso, o domicílio do segurado não é sede de Vara Federal, tendo ele optado por impetrar a ação no Juízo Estadual, conforme faculdade prevista no art. 109, § 3o. da CF. 3. Estando o Juízo Estadual investido de jurisdição federal delegada, impõe-se reconhecer a competência do Tribunal Regional Federal para processar e julgar o recurso interposto contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito. 4. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido (Acórdão 2009.01.70358-9, AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 107734, Relator NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 28/04/2010, Data da publicação 14/05/2010, Fonte da publicação DJE DATA:14/05/2010).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO FEDERAL. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DO BENEFÍCIO. NÃO-INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 15/STJ E 501/STF. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. I. Na esteira dos precedentes desta Corte, a pensão por morte é benefício eminentemente previdenciário, independentemente das circunstâncias que cercaram o falecimento do segurado. II. Portanto, ainda que a morte decorra de acidente do trabalho, a pensão possui origem unicamente na condição que o cônjuge tinha de dependente do de cujus, mas não no motivo do falecimento, constituindo-se, portanto, em benefício previdenciário, e não acidentário. Precedentes. III. Competência da Justiça Federal (Acórdão 2007.02.05355-3, CC - CONFLITO DE COMPETENCIA – 89282, Relator JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA SEÇÃO, Data 26/09/2007, Data da publicação 18/10/2007 Fonte da publicação, DJ DATA:18/10/2007 PG:00261).

Só recentemente o entendimento foi reformulado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ENTENDIMENTO REFORMULADO PELA 1ª SEÇÃO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULAS 501/STF E 15/STJ. PRECEDENTES DO STF E STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social, visando ao benefício, aos serviços previdenciários e respectivas revisões correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF e da Súmula 15 do STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AGRCC 201201039064, AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 122703, Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, Fonte DJE DATA:05/06/2013).

Contudo, ainda assim a questão não foi pacificada, pois, em julgado de 02/03/2016 (data posterior ao acórdão rescindendo), a mesma Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENSÃO POR MORTE DE APOSENTADO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DO

ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Hipótese em que viúva de segurado aposentado em razão de acidente de trabalho pede ao INSS a concessão da respectiva pensão, benefício previdenciário estrito, devendo o pedido ser processado e julgado na Justiça Federal. 2. A fixação da competência da Justiça Estadual, nos termos da Súmula 15-STJ (“Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho.”) somente ocorre quando o pedido de pensão, a sua revisão ou outro benefício discutem, com causa de pedir, o próprio acidente de trabalho, ou quando há necessidade de prova pericial em derredor do próprio acidente (verificação da redução da capacidade de trabalho do segurado, v.g.), o que não ocorre na espécie. 3. Não está em discussão, próxima ou remotamente, o acidente de trabalho que levou à aposentadoria do autor da pensão. Cuidando-se de pedido de pensão por morte, como benefício previdenciário estrito, não ostentam relevo as circunstâncias nas quais se deu o falecimento do segurado. (Cf. CC 62.531/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 26/03/2007; AgRg no CC 112.710/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 07/10/2011; e AgRg no CC 113.675/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Terceira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012.) 4. Agravo regimental desprovido (AGRCC - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 139399 2015.00.68510-1, OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:02/03/2016).

À vista de tais considerações, forçoso constar que, na época do acórdão proferida na ação matriz pela E. Décima Turma, não havia sido definitivamente solucionada a questão da competência para julgar ações previdenciárias de concessão de pensão por morte.

Tal contexto de insegurança jurídica autoriza a aplicação, *mutatis mutandis*, de soluções doutrinárias e jurisprudenciais encontradas nos julgamentos das ações rescisórias, quando o fundamento apresentado pela parte autora encontra-se no inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil, ou seja, quando a parte alega violação manifesta de dispositivo legal.

Nesse enfoque, ensina Flávio Luiz Yarshell:

Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma. (g.n.,in: Ação rescisória . São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323)

A jurisprudência também caminha no mesmo sentido:

Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘*decisum*’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos. (grifei, RSTJ 93/416).

Autorizado concluir, dessarte, que a questão da competência para o julgamento do pedido apresentado na ação matriz era controvertida nos tribunais, o que torna legítimo o empréstimo do entendimento corporificado na súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, in verbis: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

No caso, o “texto legal de interpretação controvertida” é a própria Lei nº 8.213/91, ao disciplinar as hipóteses de acidente de trabalho e de concessão da pensão por morte.

Passo, então, ao outro distinguishing acima mencionado.

Ele consiste no fato de que foi a própria parte autora quem propôs a ação subjacente perante a Justiça Federal e, com isso, contribuiu diretamente para a alegada nulidade.

Ou seja, quem deu causa à alegada nulidade foi inicialmente a própria parte autora, de modo que descaberia fundamentar uma ação judicial, muito menos uma ação rescisória, com base em suposto equívoco por ela deflagrado.

Nessa altura da discussão não se pode olvidar o princípio estampado no artigo 276 do Código de Processo Civil, que tem a seguinte dicção:

Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Se foi a própria parte quem deu causa à nulidade, inclusive deixando de alegar a pretendida incompetência no bojo da ação matriz, não lhe é legítimo propor uma ação rescisória com base em fato provocado por ela própria.

Noutras palavras, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Princípio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

Theotonio Negrão e outros, na consagrada obra “Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, inseriu a nota 2 ao artigo 276 do novo CPC, com a transcrição do seguinte entendimento colhido na jurisprudência: “Não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribuiu, e se absteve de qualquer impugnação, no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal” (RSTJ 12/366).

O caso dos presentes autos é bem típico do oportunismo processual, colhido nos limites da litigância de má-fé.

Oportunismo processual, esse, que não merece acolhimento, sobretudo porque – retirando a questão até hoje controvertida da competência – na ação matriz foram observados todos os regramentos do devido processo legal.

E houve o trânsito em julgado, merecendo prevalecer a garantia da segurança jurídica estabelecida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Posto isso, com vênias ao ilustre Relator, julgo improcedente o pedido formulado na ação rescisória.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas do processo e dos honorários de advogado, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do artigo 85, § 8º, do CPC.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5009601-90.2018.4.03.0000

Agravante: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

Agravada: FERNANDA REGINA GALINA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA “ON LINE” - BACENJUD - IMPENHORABILIDADE - ART. 833, X, DO CPC.

1. Encontra-se pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, mediante o procedimento dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), o entendimento segundo o qual após a vigência da Lei nº 11.382/2006, é desnecessário, para a concessão da constrição de ativos financeiros por meio do sistema BACEN JUD, o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis em nome do executado. A consolidação jurisprudencial concluiu que a Lei nº 11.382/2006 equiparou os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

2. O art. 833, X, do CPC dispõe ser impenhorável “a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos”.

3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que, nos termos do mencionado dispositivo de lei, é impenhorável o montante de até quarenta salários mínimos depositados não apenas em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.

4. Não se trata, entretanto, de impenhorabilidade de débitos inferiores a 40 (quarenta) salários-mínimos, como mencionado na decisão agravada, mas da impossibilidade de bloqueio de valores poupados até referido limite.

5. Recurso provido em parte para autorizar o bloqueio do valor executado, por meio do BACENJUD, sobre o montante eventualmente existente em conta-corrente que exceda a limitação legal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de constrição de valores por meio do BACENJUD.

Alega a agravante estarem presentes os requisitos necessários à concessão do provimento postulado, não se havendo falar em impenhorabilidade de valores depositados em conta-corrente inferiores a 40 (quarenta) salários-mínimos.

Processado o recurso com a parcial concessão da medida pleiteada. O agravado não apresentou resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo ao recurso, assim decidiu o relator:

Encontra-se pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, mediante o procedimento dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), o entendimento segundo o qual após a vigência da Lei nº 11.382/2006, é desnecessário, para a concessão da constrição de ativos financeiros por meio do sistema BACEN JUD, o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis em nome do executado.

A consolidação jurisprudencial concluiu que a Lei nº 11.382/2006 equiparou os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

Entretanto, o art. 833, X, do CPC dispõe ser impenhorável “a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que, nos termos do mencionado dispositivo de lei, é impenhorável o montante de até quarenta salários mínimos depositados não apenas em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CPC DE 1973.

APLICABILIDADE. REGRA DE IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, X, DO CPC. LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A impenhorabilidade da quantia de até quarenta salários mínimos poupada alcança não somente as aplicações em caderneta de poupança, mas também as mantidas em fundo de investimentos, em conta-corrente ou guardadas em papel-moeda, ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Precedentes.

III - Recurso Especial improvido.”

(REsp 1582264/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, IV e X, DO CPC. FUNDO DE INVESTIMENTO. POUPANÇA. LIMITAÇÃO. QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Precedente.

2. O valor obtido a título de indenização trabalhista, após longo período depositado em fundo de investimento, perde a característica de verba salarial impenhorável (inciso IV do art.

649). Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel-moeda; em conta-corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649).

3. Recurso especial parcialmente provido.”

(REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014)

Não se trata, entretanto, de impenhorabilidade de débitos inferiores a 40 (quarenta) salários-mínimos, como mencionado na decisão agravada, mas da impossibilidade de bloqueio de valores poupados até referido limite.

Nesse sentido, já se manifestou esta 3ª Turma:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. PROCESSO CIVIL. IMPENHORABILIDADE. CONTA POUPANÇA. EXTENSÃO A DEPÓSITOS EM CONTA-CORRENTE E APLICAÇÃO FINANCEIRA.

1. Os artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei 6.830/80 estabelecem que a penhora de dinheiro é preferencial em relação aos demais bens existentes. Além disso, o artigo 854 do Código de Processo Civil contribui para a efetividade da execução, trazendo a previsão da penhora por meio eletrônico.

2. É certo que o artigo 805 do Código de Processo Civil estipula a regra de que, quando possível, a execução deve se dar do modo menos gravoso para o devedor. No entanto, tal regra deve ser conjugada com as demais estabelecidas no Código. E o artigo 835 estabelece uma ordem preferencial de penhora a favor do exequente e que, portanto, deve também ser respeitada, em homenagem ao princípio da máxima utilidade da execução.

3. Com efeito, a norma contida no artigo 805 do Código de Processo Civil não pode servir como medida que dificulte a execução, mas sim como garantia do executado que assegure o modo menos gravoso diante de duas ou mais possibilidades igualmente úteis à satisfação do crédito, o que não é o caso dos autos.

4. O instituto da impenhorabilidade, atualmente previsto no artigo 833, do Código de Processo Civil, visa garantir ao indivíduo, pessoa física, um mínimo existencial digno, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo, no caso do inciso X, o pequeno poupador.

5. A impenhorabilidade da conta poupança até o valor de 40 salários mínimos tem o objetivo de assegurar ao indivíduo um saldo de investimento mínimo decorrente de suas economias diárias que pode inclusive servir para cobrir eventuais gastos emergenciais não provisionados.

6. É firme a jurisprudência pátria no sentido de que a impenhorabilidade de valores de até 40 salários mínimos depositados em poupança se estende a depósitos em conta-corrente e aplicação financeira.

7. No entanto, no presente caso, embora o valor do débito da agravada não exceda o limite de 40 salários mínimos, apenas após a realização da penhora é que será possível aferir se os valores depositados se referem a poupança, conta-corrente ou aplicação financeira, e se, de fato, são inferiores ao limite legal considerado impenhorável. Assim, é cabível o bloqueio do valor de R\$ 1.903,98 (um mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos).

8. Agravo provido.”

(TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002310-61.2017.4.03.0000/SP, relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 16/08/17).

Dessarte, mister seja concedido em parte o provimento postulado para autorizar o bloqueio do valor executado, por meio do BACENJUD, sobre o montante eventualmente existente em conta-corrente que exceda a limitação mencionada.

Comunique-se ao Juízo de origem o teor desta decisão, com urgência.

Intimem-se.

Com efeito, entre a análise do pedido de efeito suspensivo e o julgamento do presente recurso pela 3ª Turma deste E. TRF, não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida “ab initio”, adotando-se, pois, tais fundamentos como razão de decidir na medida em que “Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação ‘per relationem’, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir” (AI 825.520 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 919.356, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe: 27/02/2018; AgInt no REsp 1.624.685/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no AREsp 1178297/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, 07/08/2018, DJe 13/08/2018.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento para autorizar o bloqueio do valor executado, por meio do BACENJUD, sobre o montante eventualmente existente em conta-corrente que exceda a limitação mencionada.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5026765-68.2018.4.03.0000

Agravante: WALMAN GOMES DA SILVA
Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Conforme disposto no art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, é incabível a penhora de valores relativos a salário. No caso em tela, verifica-se que a penhora recaiu sobre as verbas percebidas em razão de atividade laborativa. Observa-se que o agravante recebeu sua remuneração (R\$ 3.600,78) na conta do Banco do Brasil em 05/04/2018, sendo que nesta data, após a realização de diversos descontos, a quantia de R\$ 2.795,75 foi transferida para conta de sua titularidade no Banco Santander. Conforme extratos, esta verba foi penhorada integralmente também na data de 05/04/2018.

II. Em que pese o pagamento do agravante ser realizado em conta diversa da bloqueada, vislumbra-se que os valores existentes na conta do Banco Santander tem natureza salarial, tendo ocorrido apenas um repasse do salário para conta diversa. Assim, a mera transferência de verba salarial de uma instituição financeira para outra não retira o caráter impenhorável da quantia.

III. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Walman Gomes da Silva contra decisão que, em sede de execução de título extrajudicial, indeferiu o desbloqueio de valores penhorados via sistema BacenJud.

O agravante alega, em síntese, que os valores bloqueados tem natureza salarial e, conseqüentemente, são impenhoráveis.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

Ao analisar o pedido de tutela antecipada, foi proferida a seguinte decisão:

Cinge-se a questão acerca de ordem de bloqueio de valores em conta bancária do agravante. Acerca da impenhorabilidade, dispõe o art. 833 do CPC, in verbis:

Art. 833. São impenhoráveis: [...]

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; [...]

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; [...]

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. [...]

Depreende-se do citado artigo que o legislador, frente à disputa entre credor e devedor, deu prioridade a este, quando a execução de determinados bens possa lhe comprometer as necessidades básicas.

Todavia, referida regra deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, de modo que poderá se verificar que, no caso concreto, a regra de impenhorabilidade venha, contrariamente, a comprometer a dignidade humana do exequente, ao comparado à situação do executado.

Deste modo, referidas regras são passivas de interpretação caso a caso, levando-se em conta os valores em contraste.

No caso em tela, verifica-se que a penhora recaiu sobre as verbas percebidas em razão de atividade laborativa. Observa-se que o agravante recebeu sua remuneração (R\$ 3.600,78) na conta do Banco do Brasil em 05/04/2018 (ID 7432014), sendo que nesta data, após a realização de diversos descontos, a quantia de R\$ 2.795,75 foi transferida para conta de sua titularidade no Banco Santander (ID 7432007). Conforme extratos, esta verba foi penhorada integralmente também na data de 05/04/2018 (ID 7432007).

Deste modo, em que pese o pagamento do agravante ser realizado em conta diversa da bloqueada, vislumbra-se que os valores existentes na conta do Banco Santander tem natureza salarial, tendo ocorrido apenas um repasse do salário para conta diversa. Assim, a mera transferência de verba salarial de uma instituição financeira para outra não retira o caráter impenhorável da quantia.

Neste cenário, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada, porquanto presentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Diante do exposto, defiro o efeito suspensivo.

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento, devendo, portanto, ser mantida integralmente.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5030109-33.2018.4.03.9999

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelados: ROSMARY MAZZONI HUSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. EXISTÊNCIA. CÁLCULO DO CONTADOR JUDICIAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Trata-se de embargos à execução, nos quais o INSS impugna cálculos aritméticos elaborados pela parte exequente e pede seja afastado o suposto excesso.
2. Sendo a contadoria o órgão de auxílio do Juízo e sem qualquer interesse na lide, os cálculos por ela operados devem prevalecer, até prova em contrário. Não concordando, ao devedor-executado cabe, em embargos à execução, comprovar o alegado excesso, não bastando a mera referência aos valores que julgar corretos.
3. Por ocasião do julgamento do RE 870947, ocorrido em 20/09/2017, o C. STF expressamente afastou a incidência da Lei nº 11.960/2009 como critério de atualização monetária, fixando a seguinte tese: “1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”
4. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se, contudo, o quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870947.
5. Determino, por fim, a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, alegando excesso de execução relativa à ação de concessão de benefício previdenciário ajuizada por ROSMARY MAZZONI HUSS.

Sustenta o embargante que não pode prevalecer a conta de liquidação elaborada pela embargada, uma vez que apurou juros de mora e correção monetária em desconformidade com os ditames da Lei nº 11.960/2009 e do estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

O MM. Juízo a quo julgou parcialmente procedentes os embargos à execução, para tornar líquida a condenação do INSS, conforme cálculos de fls. 122/128, conforme valor apontado pelo perito, devidamente atualizado até maio de 2016. Em face da sucumbência recíproca, não houve condenação em verba honorária.

Irresignado, apela o INSS, em síntese, a reforma para que seja acolhidos os cálculos apresentados pela autarquia com o valor RMI e a aplicação da TR.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

Inicialmente, cumpre observar que o magistrado detém o poder instrutório, podendo-se valer do apoio técnico da Contadoria Judicial, para formar o seu convencimento quanto à exatidão do débito judicial a ser executado.

Assim, ao magistrado caberá promover a adequação da memória de cálculo ao título judicial exequendo, acolhendo o valor apurado pelo PERITO, com o estrito objetivo de dar atendimento à coisa.

Saliente-se que o Contador nomeado atua como auxiliar do Juízo e os seus cálculos gozam de presunção de veracidade, somente elidida por prova em contrário; por outro lado, simples alegações desacompanhadas de provas não infirmam a conta por ele apresentada.

Nesse sentido reiteradamente tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA. CÁLCULOS. LEGALIDADE. CONTADORIA JUDICIAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de embargos à execução, nos quais a União impugna cálculos aritméticos elaborados pela parte exequente e pede seja afastado o suposto excesso.

2. A sentença de parcial procedência foi confirmada pelo Tribunal a quo, sob o fundamento de que o juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado, pode resolver o debate mediante acolhimento das informações do contador do juízo, que goza de presunção de legitimidade e se encontra em conformidade com a sentença exequenda.

3. Nesse contexto, não se constata falta de motivação no acórdão recorrido, tampouco ofensa ao princípio do livre convencimento motivado, pois o julgador concluiu, fundamentadamente, que o resultado encontrado pelo contador do juízo não destoava do que ficou determinado no título executivo.

4. Esse tipo de controvérsia deve ser resolvido no âmbito da instância ordinária, pois demanda análise de elementos fático-probatórios, insindicaíveis por este Tribunal em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ (AgRg no REsp 1.260.800/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/4/2012; AgRg no REsp 1.281.183/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/8/2012).

5. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no ARESP n. 201544, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/11/2012)

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CÁLCULO DA CONTADORIA JUDICIAL ACOLHIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DA UNIÃO - FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - VIOLAÇÃO DO INCISO II DO ART. 535, CPC - NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Impossível se mostra o conhecimento de questão federal não ventilada na instância ordinária e nem sequer devidamente levantada nos embargos de declaração.

2. Ausência de prequestionamento: Incidência dos enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não-ocorrência de violação do artigo 535, II, do CPC, quando no acórdão recorrido a questão suscitada foi apreciada de forma suficiente motivada. Precedentes iterativos desta Corte.

4. Não há falar em omissão quando a instância ordinária, para extinguir a execução fiscal, entendeu correto o cálculo realizado pela contadoria Judicial no tocante ao valor do principal, juros e correção devidos pelo executado, limitando-se a Recorrente a contestá-lo sem trazer a lume elementos suficientemente capazes de elidir a presunção de veracidade de que goza o cálculos da contadoria do Juízo. Recurso especial parcialmente conhecido para, afastando a alegada afronta ao artigo 535, II, do CPC, negar-lhe provimento.

(STJ, RESP 860262, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 20/10/2006).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DO CPC, ART. 604, ALTERADO PELA LEI 8.898/94. CÁLCULOS JÁ ELABORADOS PELA CONTADORIA DO JUÍZO. PREVALÊNCIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXCESSO NÃO COMPROVADO.

1. A exigência do CPC, art. 604, em relação ao credor-exequente, pode ser desconsiderada se nos autos já consta memória de cálculos elaborada oficialmente pela contadoria do Juízo, quando da execução provisória.

2. Sendo a contadoria o órgão de auxílio do Juízo e sem qualquer interesse na lide, os cálculos por ela operados devem prevalecer, até prova em contrário. Não concordando, ao devedor-executado cabe, em embargos à execução, comprovar o alegado excesso, não bastando a mera referência aos valores que julgar corretos.

3. Recurso não conhecido.

(STJ, RESP 256832, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 11/09/2000).

A respeito da matéria objeto do recurso de apelação cumpre salientar que o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.205.946 adotou o entendimento de que os juros de mora e a correção monetária são consec-

tários legais da condenação principal e possuem natureza processual, sendo que as alterações do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzida pela Lei nº 11.960/09 tem aplicação imediata aos processos em curso, consoante ementa ora transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7 Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos. (g.n.) (REsp 1.205.946, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2012)

No entanto, por ocasião do julgamento do RE 870947, ocorrido em 20/09/2017, o C. STF expressamente afastou a incidência da Lei nº 11.960/2009 como critério de atualização monetária, fixando a seguinte tese:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo

hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Desse modo, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se, contudo, o quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870947.

Determino, por fim, a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante o exposto voto por negar provimento à apelação, mantendo a r. sentença de primeiro grau, nos termos da fundamentação.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

5005649-69.2019.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 2ª VARA FEDERAL

Suscitado: COMARCA DE NOVA ANDRADINA/MS - 2ª VARA CÍVEL

Parte Autora: ALEXSANDRA DE ALMEIDA SOUZA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Intimação via Sistema: 21/08/2019

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE DIREITO DE NOVA ANDRADINA/MS x JUÍZO FEDERAL DE PONTA PORÃ/MS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NO CURSO DA DEMANDA. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS (ART. 43, DO CPC). COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO SUSCITADO.

I - A mudança de domicílio da parte no curso da demanda não constitui exceção ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, estampado no art. 43, do Código de Processo Civil.

II - A perpetuação da jurisdição constitui regra de estabilidade do processo, cujas exceções vêm expressamente declinadas na parte final do art. 43, do CPC: supressão de órgão judiciário e alteração de competência absoluta. A mudança de domicílio de qualquer das partes não constitui hipótese legal excepcionadora.

III - Conflito de competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Ponta Porã/MS nos autos do processo nº 5001213-31.2018.4.03.6005, ajuizado por Alexsandra de Almeida Souza em face do INSS, tendo por objeto a concessão de benefício assistencial.

A MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara de Nova Andradina/MS, em 22/06/2018, houve por bem declinar da competência para o Juízo Federal de Ponta Porã, porque a autora informou nos autos que passou a residir naquela cidade.

Explicou que, de acordo com o art. 43, do CPC, a mudança de domicílio seria uma alteração de estado de fato irrelevante apenas se, no caso concreto, esta não provocasse a modificação da competência absoluta do art. 109, §3º, da CF. Assevera que o art. 87, do CPC/73 afastava

a perpetuatio jurisdictionis somente nos casos de alteração da competência em razão da matéria ou hierarquia e, ainda, no caso de supressão do órgão judiciário, ao passo que o art. 43, do CPC determina o afastamento do princípio em todos os casos de alteração de competência absoluta.

Já o MM. Juiz Federal de Ponta Porã/MS, ao suscitar o presente conflito, afirmou que, no momento da propositura da demanda, a autora era domiciliada em Nova Andradina/MS, de forma que o Juízo Estadual detinha plena competência para julgamento do feito. Ressalta que a “posterior modificação do domicílio da autora em nada afeta a atribuição jurisdicional sobre o processo, pois os critérios para fixação do juízo natural são avaliados no momento do ajuizamento da demanda” (doc. nº 39.889.900, p. 2). Esclarece que não há, no caso concreto, nenhum motivo para que a regra da perpetuatio jurisdictionis seja excepcionada, à luz do art. 43, do CPC.

Designei o Juízo suscitado para as providências urgentes (doc. nº 41.005.235).

O Parquet Federal opinou pela procedência do presente conflito (doc. nº 54.263.770).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): O presente conflito de competência é procedente.

A ação de origem foi inicialmente proposta (08/08/2017) no Juízo de Direto de Nova Andradina/MS, por ser o local onde a autora era domiciliada.

No curso do processo, porém, a requerente declarou que mudou de endereço, passando a residir na Rua Geoval, 58, Jardim América, no Município de Ponta Porã/MS (doc. nº 39.889.900, p. 88), juntamente com sua avó.

Tal circunstância -- mudança de domicílio da parte no curso da demanda -- não constitui, porém, exceção ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, estampado no art. 43, do Código de Processo Civil, in verbis:

Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

A perpetuação da jurisdição constitui regra de estabilidade do processo, cujas exceções vêm expressamente declinadas na parte final do art. 43 acima transcrito: supressão de órgão judiciário e alteração de competência absoluta.

Como se vê, a mudança de domicílio de qualquer das partes não constitui hipótese legal excepcionadora.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, declarando a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara de Nova Andradina/MS.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5007425-07.2019.4.03.0000

Agravante: QUEILA MENDONÇA DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO INVERTIDA. RITO EMPREGADO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL.

- No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o artigo 534 do diploma processual civil reza que o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, sendo que o artigo 535 prevê a intimação da Fazenda Pública para impugnar a execução no prazo de trinta dias.

- A execução invertida, por seu turno, é faculdade que pode ser exercida pelo réu e que vem sendo utilizada largamente no processo previdenciário, considerando que a prática implica em relevante celeridade processual.

- O mencionado rito vem sendo empregado amplamente nas ações previdenciárias e se coaduna perfeitamente com os princípios da colaboração e economia processual, propiciando inúmeros benefícios para efetivação dos direitos e dos provimentos jurisdicionais.

- Em razão disso, o procedimento é consagrado pela jurisprudência pátria e se harmoniza com o novo Código de Processo Civil. Através dele, na inauguração da fase executiva, oportuniza-se à autarquia apresentar, voluntariamente, o cálculo do valor que entende devido.

- Assim, ante os princípios da economia e celeridade processual, o réu poderá apresentar conta de liquidação, em querendo, quando da execução do julgado, devendo ser intimado para tanto.

- No caso, não se vislumbra a alegada nulidade do decisum por falta de fundamentação, tampouco a ausência de apreciação do pedido de inauguração da fase de cumprimento de sentença, tendo o magistrado apenas se utilizado de um procedimento usual, nos casos de execução contra a fazenda Pública.

- Com efeito, não havendo interesse na apresentação de cálculos pelo devedor por ocasião da execução, o autor deverá ser cientificado para que proceda a execução do julgado, nos termos do que determina o art. 534 do CPC, dando início ao cumprimento de sentença.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por QUEILA MENDONCA DA SILVA, em face de decisão proferida em execução, que determinou a intimação do INSS para deflagrar a denominada execução invertida.

Em suas razões de inconformismo, a parte agravante sustenta que cabe ao exequente promover a execução, e que não houve até o momento qualquer espontaneidade do devedor em cumprir a sentença, vendo-se a autora obrigada a requerer o início do cumprimento de sentença. Ainda, alega ser nula a r. decisão recorrida, por falta de fundamentação.

Pugna pela reforma da decisão agravada.

Foi negado o efeito suspensivo ao recurso.

Sem apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O § 2º do artigo 509 do CPC determina que, nos casos de sentença ilíquida, quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

No tocante ao cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o artigo 534 do diploma processual civil reza que o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, sendo que o artigo 535 prevê a intimação da Fazenda Pública para impugnar a execução no prazo de trinta dias.

A execução invertida, por seu turno, é faculdade que pode ser exercida pelo réu e que vem sendo utilizada largamente no processo previdenciário, considerando que a prática implica em relevante celeridade processual.

O mencionado rito vem sendo empregado amplamente nas ações previdenciárias e se coaduna perfeitamente com os princípios da colaboração e economia processual, propiciando inúmeros benefícios para efetivação dos direitos e dos provimentos jurisdicionais.

Em razão disso, o procedimento é consagrado pela jurisprudência pátria e se harmoniza com o novo Código de Processo Civil. Através dele, na inauguração da fase executiva, oportuniza-se à autarquia apresentar, voluntariamente, o cálculo do valor que entende devido.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS. ÓBITO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. QUALIDADE DE SEGURADO. TERMO INICIAL. EXECUÇÃO INVERTIDA. POSSIBILIDADE. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. [...] 5. A execução invertida, com a intimação do INSS para apresentar os cálculos do que entende devido, não viola o art. 730 do CPC, consubstanciando-se em mera oportunidade para cumprimento espontâneo do julgado, limitada à apresentação da conta, estando em consonância com as disposições do CPC/2015. Mostra-se um procedimento célere para a efetivação da prestação da tutela jurisdicional no cumprimento do julgado. [...] (TRF4, 5ª Turma, AC 0015581-91.2014.4.04.9999, Relator: Des. Fed. ROGER RAUPP RIOS, e-DJF 25/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO INVERTIDA. IMPUGNAÇÃO DOS CÁLCULOS PELO EXEQUENTE. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 534 DO CPC. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NECESSIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC.
2. A execução invertida é a faculdade que pode ser exercida pela Autarquia e que vem sendo utilizada no processo previdenciário, considerando que a prática implica em celeridade processual.
3. Em havendo discordância do exequente com os cálculos apresentados pela Autarquia, em execução invertida, como é a hipótese dos autos, a agravante deverá apresentar os seus cálculos, iniciando-se o procedimento do cumprimento de sentença, previsto no artigo 534 do CPC.
4. Agravo de instrumento improvido.

TRF3ª Região, Relator(a) Desembargador Federal MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP
5025981-91.2018.4.03.000, Órgão Julgador 10ª Turma, Data do Julgamento
26/02/201, Data da Publicação/Fonte Intimação via sistema DATA: 08/03/201.

Assim, ante os princípios da economia e celeridade processual, o réu poderá apresentar conta de liquidação, em querendo, quando da execução do julgado, devendo ser intimado para tanto.

A execução invertida, com a intimação do INSS para apresentar os cálculos do que entende devido, consubstanciando-se em mera oportunidade para cumprimento espontâneo do julgado, limitada à apresentação da conta, estando em consonância com as disposições do CPC/2015.

O mencionado rito vem sendo empregado amplamente nas ações previdenciárias e se coaduna perfeitamente com os princípios da colaboração e economia processual, propiciando inúmeros benefícios para efetivação dos direitos e dos provimentos jurisdicionais.

Ademais, não vislumbro a alegada nulidade do decisum por falta de fundamentação, tampouco a ausência de apreciação do pedido de inauguração da fase de cumprimento de sentença, tendo o magistrado apenas se utilizado de um procedimento usual, nos casos de execução contra a fazenda Pública.

Conforme dito anteriormente, não havendo interesse na apresentação de cálculos pelo devedor por ocasião da execução, o autor deverá ser cientificado para que proceda a execução do julgado, nos termos do que determina o art. 534 do CPC, dando início ao cumprimento de sentença.

Isto posto, nego provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.
É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Penal



RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000543-81.2018.4.03.6004

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: EDIVELTON SOUZA DE OLIVEIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2019

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA PREDATÓRIA. ART. 34, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 9.605/1998. RIO INTERESTADUAL. DANO LOCAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECISUM A QUO MANTIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. A Justiça Federal somente detém competência para julgar crimes ambientais quando praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais, a teor do que dispõe o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

2. Constituem bens da União os rios que banham mais de um Estado da Federação, consoante dicção do artigo 20, inciso III, da Carta Magna. A despeito disso, a melhor interpretação a ser adotada nos casos de crime ambiental é a de que a fixação da competência não deve ficar adstrita apenas ao local em que o crime fora perpetrado, ou seja, se cometido em rio pertencente à União ou não, mas sim amparada no fato de que efetivamente tenha sido atingindo bem jurídico da União, de suas autarquias ou de empresas públicas.

3. Embora o rio em questão esteja enquadrado como rio interestadual, certo é que os supostos danos ambientais decorrentes da pesca predatória ficaram adstritos ao Município de Corumbá/MS, fato revelador de que o dano ocorreu de forma isolada, afastando, assim, a competência da Justiça Federal.

4. Para que seja possível cogitar na competência da Justiça Federal a pesca predatória deve gerar repercussão em âmbito regional ou nacional.

5. Inexistência de interesse da União na hipótese.

6. Manutenção do decisum a quo, a fim de declinar a competência para a Justiça Estadual de Corumbá/MS.

7. Negado provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto pelo Ministério Público Federal, diante da incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, devendo ser mantido o decisum prolatado pelo juízo a quo às fls. 76/79, a fim de declinar

a competência para a Justiça Estadual de Corumbá/MS, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Relator que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou o Desembargador Federal Paulo Fontes.

São Paulo, 08 de agosto de 2019.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR FAUSTO DE SANCTIS:

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito (fls. 82/85) interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara Federal da 4ª Subseção Judiciária, aos 28.09.2017, que declarou a incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito de origem, ação penal nº 0000290-64.2016.403.6004, atinente à suposta prática do crime delineado no artigo 34, caput, e parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605, de 24.03.1998, determinando a remessa dos autos para uma das Varas com competência criminal da Comarca de Corumbá/MS, local do dano.

O decisum dispôs que (fls. 76/79):

Trata-se de ação penal promovida pelo Ministério Público Federal contra EDIVELTON SOUZA DE OLIVEIRA e JOSÉ LUIZ MOURA DA COSTA pela prática do crime tipificado no artigo 34, “caput”, e em seu parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/1998. A denúncia foi recebida (fl. 58). Manifestação ministerial às fls. 90-91. Os autos vieram conclusos para análise.

É a síntese do necessário.

Decido.

Analisando detidamente os autos, entendo ser o caso de reconhecer a incompetência absoluta deste juízo para processar e julgar os fatos apurados no contexto da presente ação penal, competência esta que é improrrogável.

A federalização automática de crimes ambientais de pesca a partir da singela referência à titularidade do bem (rio federal) onde realizada a atividade decorre de incorreta compreensão, já rechaçada pela jurisprudência. Ela parece supor que o(s) peixe(s) em si sejam, em nadando águas de rio federal, categorizados como bens da União Federal per se. Se apenas lesões capazes de afetar bens, serviços ou interesses da União Federal (art. 109, IV da CRFB) justificam a competência criminal para casos tais, a agressão há de ser ao rio federal (bem da União - art. 20, III da CRFB), pelo que o ecossistema a ele relacionado deve ser acoimado ou ameaçado pelo fato penalmente relevante descrito.

Com efeito, adotando-se o alvissareiro e atualizado entendimento jurisprudencial sobre a matéria, que vem a ser não apenas da Seção Criminal do STJ, como também o do STF, entende-se que a Justiça Federal é incompetente nos delitos de pesca (art. 34 da Lei nº 9.605/98) quando o elemento de atração da competência federal consiste na singela visualização do local do delito - no caso, rio que banhe mais de um Estado, ou sirva de limite com outros países, ou corte territórios estrangeiros (art. 20, III da CRFB). Considerando que a proteção ambiental é comum à União, aos Estados e aos Municípios, tem-se que, em regra, a competência é da Justiça Estadual, cabendo à Justiça Federal julgar os crimes ambientais somente quando houver lesão a bem, interesse ou serviço da União, por obra da norma constitucional cogente. O Supremo Tribunal Federal por reiteradas vezes assentou que “É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes - relativos a crimes ambientais, que o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico, não sendo suficiente o interesse genérico da

coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União” (REE 166.943, 1ª T., 03.03.95, Moreira; 300.244, 1ª T., 20.11.01, Moreira; 404.610, 16.9.03, Pertence; 336.251, 09.6.03, Pertence; HC 81.916, 2ª T., Gilmar, RTJ 183/3).

E não é diverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em conflitos de competência recentes tem decidido o seguinte:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO PENAL. PESCA, EM RIO INTERESTADUAL, DE ESPÉCIMES COM TAMANHOS INFERIORES AOS PERMITIDOS E COM A UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS - ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI 9.605/1998. PREJUÍZO LOCAL. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A preservação do meio ambiente é matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal. 2. Com o cancelamento do enunciado n. 91 da Súmula STJ, após a edição da Lei n. 9.605/1998, esta Corte tem entendido que a competência federal para julgamento de crimes contra a fauna demanda demonstração de que a ofensa atingiu interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais. Precedentes. 3. Assim sendo, para atrair a competência da Justiça Federal, o dano decorrente de pesca proibida em rio interestadual deveria gerar reflexos em âmbito regional ou nacional, afetando trecho do rio que se alongasse por mais de um Estado da Federação, como ocorreria se ficasse demonstrado que a atividade pesqueira ilegal teria o condão de repercutir negativamente sobre parte significativa da população de peixes ao longo do rio, por exemplo, impedindo ou prejudicando seu período de reprodução sazonal. 4. Situação em que os danos ambientais afetaram apenas a parte do rio próxima ao Município em que a infração foi verificada, visto que a denúncia informa que apenas dois espécimes, dentre os 85 Kg (oitenta e cinco quilos) de peixes capturados, tinham tamanho inferior ao mínimo permitido e os apetrechos de pesca apresentavam irregularidades como falta de plaquetas de identificação, prejuízos que não chegam a atingir a esfera de interesses da União. 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Coromandel/MG, o suscitado”. (CC 146.373/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PESCA PREDATÓRIA. LESÃO RESTRITA AO LOCAL DA PESCA. LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO NÃO DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Com o cancelamento da Súmula 91/STJ, a orientação desta Corte é no sentido de que, em crimes ambientais, a competência em regra é da jurisdição estadual, ressalvada a hipótese de configuração de lesão aos interesses, bens ou serviços da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. 2. Embora o delito tenha ocorrido em rio interestadual, na espécie, os danos ambientais decorrentes da prática da pesca predatória possuem apenas dimensão local, restringindo-se ao Município de Coromandel/MG, motivo pelo qual deve ser aplicada a regra da competência da jurisdição estadual. 3. Agravo regimental improvido”. (AgRg no CC 145.487/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2016, DJe 04/10/2016).

Ademais, recente decisão do Eg. Superior Tribunal de Justiça, a analisar caso diverso, mas similar ao dos presentes autos - referente ao crime de caça de fauna silvestre sem autorização - referenda o mesmíssimo raciocínio, qual seja, o de que só interesse direto e específico da União Federal há de ser reclamado para a definição da competência da Justiça Federal, não bastando para tanto o mero local do delito. Isso vem a significar não ser o “peixe” ou o “jacaré”, por exemplo, que se categorizam como “bens da União”, dada a circunstância singela de que estejam um e outro a habitar rio federal; é necessário que o dano ou o risco de dano refiram-se a um específico e discernível bem, serviço ou interesse federal, como se dá não apenas no caso de atingimento do ecossistema do rio pela projeção do dano, como quando

estivermos a tratar de animal cuja espécie esteja indicada na Lista Nacional de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção, in verbis:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI 10.826/2003) E CAÇA DE ESPÉCIMES DE FAUNA SILVESTRE, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE (ART. 29, CAPUT, DA LEI 9.605/98). AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A preservação do meio ambiente é matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal. 2. Com o cancelamento do enunciado n. 91 da Súmula STJ, após a edição da Lei n. 9.605/1998, esta Corte tem entendido que a competência federal para julgamento de crimes contra a fauna demanda demonstração de que a ofensa atingiu interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais. Precedentes. 3. Assim sendo, o interesse a reger a atração da competência para a justiça federal não deve ser geral, mas específico. Seja dizer, é necessária a indicação de um animal cuja espécie esteja indicada na Lista Nacional de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção, previsto na Instrução Normativa n. 3, de 27 de maio de 2003, do Ministério do Meio Ambiente. Referida lista pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/especies-ameacadas-de-extincao/fauna-ameacada>. 4. Situação em que, a par de não ter sido apreendido nenhum animal objeto de caça no momento da prisão dos réus, também não houve qualquer detalhamento a respeito das espécies animais que eram alvo de caça dos acusados, prejuízos que não chegam a atingir a esfera de interesses da União. 5. O mero fato de o flagrante de delito contra a fauna ter sido efetuado às margens de rio interestadual não autoriza, por si só, o deslocamento da competência para a justiça federal. 6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pirapora/MG, o suscitado” (STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 145.875 - MG -2016/0076339-9, RELATOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 16/08/2016).

Verifica-se pelos precedentes jurisprudenciais que o interesse a reger a atração da competência para a Justiça Federal não deve ser geral, mas específico. Tal posição não é apenas a do STJ, que vem sendo mantida em diversos precedentes em Conflitos de Competência e, pois, julgamentos da Seção com competência criminal; é corroborada no Supremo Tribunal Federal, como se vê da seguinte e recentíssima decisão, como consta do Informativo nº 853 (pendente de publicação a ementa do julgado):

“Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Com base nesse entendimento, o Plenário deu provimento ao recurso extraordinário em que se discutia a justiça competente para processar e julgar crimes ambientais transnacionais. O Tribunal afirmou que as florestas, a fauna e a flora estão protegidas, no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, como poder-dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF/1988, art. 23, VII). Ressaltou que a Carta Magna dispõe que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’ (CF/1988, art. 225, ‘caput’), incumbindo ao Poder Público ‘proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade’ (CF/1988, art. 225, 1º, VII). Asseverou que a competência da Justiça estadual é residual, em confronto com a Justiça Federal, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consignou que a competência da Justiça Federal aplica-se aos seguintes crimes ambientais, que também se enquadram nas hipóteses previstas na Constituição,

quando: a) atentarem contra bens, serviços ou interesses diretos e específicos da União ou de suas entidades autárquicas; b) previstos tanto no direito interno quanto em tratado ou convenção internacional, tiverem a execução iniciada no País, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou na hipótese inversa; c) tiverem sido cometidos a bordo de navios ou aeronaves; d) houver grave violação de direitos humanos; ou ainda e) guardarem conexão ou continência com outro crime de competência federal, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, conforme previsão expressa da Constituição. A razão de ser das normas consagradas no direito interno e no direito convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental de exportação de animais silvestres atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a comunidade das nações. Portanto, o envio clandestino de animais silvestres ao exterior reclama interesse direto da União no controle de entrada e saída de animais do território nacional, bem como na observância dos compromissos do Estado brasileiro com a comunidade internacional, para a garantia conjunta de concretização do que estabelecido nos acordos internacionais de proteção do direito fundamental à segurança ambiental. Assim, a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres atrai a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988” (STF. RE 835558/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 9.2.2017, RE-835558).

Nesse caso, ressalte-se, por fim, e em caráter sistemático:

“Não há qualquer dado que indique a transnacionalidade do delito analisado, como seria no caso de exportação de animais silvestres, por exemplo, pelo que estivessem afetados não só os interesses gerais de proteção ambiental, como por igual os serviços específicos de controle eficiente de fronteiras e de repressão aos delitos transfronteiriços (v. art. 109, IV da CRFB, na parte referente de ‘serviços’ e/ou ‘interesses’);

“Não consta ter o fato sido praticado em específica área de proteção genuinamente federal, como no caso de pesca ilegal ou caça não autorizada no interior de unidade de conservação federal ou de suas zonas de amortecimento (v. Lei nº 9.985/2000), de que decorreria violação direta a interesse específico da União Federal ou de suas entidades da administração indireta, tal qual o ICM-Bio (v. art. 109, IV da CRFB, no que trata de ‘serviços’ e/ou ‘interesses’);

“Não consta que o(s) animal(is) esteja(m) listado(s), nos termos já assentados pelo STJ no bojo do CC nº 145.875-MG, DJe de 16/08/2016, em Lista Nacional de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção, previsto na Instrução Normativa n. 3, de 27 de maio de 2003, do Ministério do Meio Ambiente, ou na atual lista condensada pela Portaria MMA nº 444, de 17 de dezembro de 2014, que trata da chamada ‘Lista Nacional Oficial de Espécies de Fauna Ameaçadas de Extinção’ (v. art. 109, IV da CRFB, na parte referente aos ‘interesses’);

“O fato em si não chegou a atingir dimensão capaz de, pelas circunstâncias do caso concreto, sugerir que o específico ecossistema do rio federal - este sim o bem da União - estivesse ameaçado ou houvesse sido acoimado, dado que o dano ou risco apenas galgou projeção local, sem alcançar elevada monta ou grande porte (v. art. 109, IV da CRFB, na parte referente aos ‘bens’);

No caso concreto, por se verificar que a suposta pesca ilegal possui apenas dimensão local, sem capacidade concreto de repercutir negativamente sobre parte significativa da população de peixes ao longo do rio, no que afetaria o ecossistema do rio qualificado como bem da União Federal, a competência para processar e julgar os fatos apurados é da Justiça Estadual.

Nesses termos, DECLARO A INCOMPETÊNCIA da Justiça Federal para conhecer dos fatos, eis que afetos à Justiça Comum Estadual deste Município.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Valem as presentes, respeitosamente, como razões de eventual conflito negativo de competência suscitado, pelos precisos e próprios fundamentos. Em seguida, dê-se baixa na distribuição, com a remessa dos presentes autos a uma das Varas Criminais da Comarca de Corumbá/MS, com as homenagens da praxe.

Segundo a denúncia (fls. 52/54), em 12 de março de 2016, por volta das 00h30, a Polícia Militar Ambiental realizava um patrulhamento ostensivo no rio Paraguai, na altura da Serra do Amolar, em Corumbá/MS, quando flagrou EDIVELTON SOUZA DE OLIVEIRA e JOSÉ LUIZ MOURA DA COSTA, em poder de 139 kg (cento e trinta e nove quilos) de espécimes de peixes, das espécies Pintado, Jaú, Pacú e Dourado, tendo boa parte sido capturada por meio de petrechos não permitidos. Diante disso, foram denunciados como incursos nas penas previstas no caput do art. 34, e em seu parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/1998.

Em suas razões recursais, o órgão acusatório, em linhas gerais, sustenta a existência de lesão a bem da União, na medida em que a conduta teria sido perpetrada em rio interestadual, o que atrairia a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal (fls. 82/85).

Contrarrazões dos acusados encartada às fls. 107/110.

A decisão recorrida foi mantida pelo juízo a quo pelos seus próprios fundamentos (fl. 88vº).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença guerreada e declarando-se a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento da causa (fls. 113/114).

É o Relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 82/85) contra a decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara Federal da 4ª Subseção Judiciária, aos 28.09.2017, que declarou a incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito de origem, ação penal nº 0000290-64.2016.403.6004, em que EDIVELTON SOUZA DE OLIVEIRA e JOSÉ LUIZ MOURA DA COSTA foram denunciados pela prática do crime delineado no artigo 34, caput, e parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605, de 24.03.1998, tendo em aludido decism sido determinada a remessa dos autos a uma das Varas com competência criminal da Comarca de Corumbá/MS, juízo com competência sobre o local onde ocorreu o dano, amparado no teor do julgamento levado a efeito pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 146.373/MG, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11.05.2016.

Segundo a denúncia, em 12 de março de 2016, por volta das 00h30, a Polícia Militar Ambiental realizava um patrulhamento ostensivo no rio Paraguai, na altura da Serra do Amolar, em Corumbá/MS, quando flagrou EDIVELTON SOUZA DE OLIVEIRA e JOSÉ LUIZ MOURA DA COSTA, em poder de 139 kg (cento e trinta e nove) de peixes, das espécies Pintado, Jaú, Pacu e Dourado, tendo boa parte sido capturada por meio de petrechos não permitidos. Diante disso, foram denunciados como incursos nas penas previstas no caput do artigo 34, e em seu parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/1998.

Na hipótese sob análise, deve ser mantido o decism a quo que reconheceu a incompetência da Justiça Federal para a instrução e julgamento da ação penal supramencionada.

Com efeito, a Justiça Federal somente detém competência para julgar crimes ambientais quando praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais, a teor do que dispõe o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

A despeito do fato de que constituem bens da União os rios que banham mais de um Estado da Federação, consoante dicção do artigo 20, inciso III, da Carta Magna, a melhor interpretação a ser adotada nos casos de crime ambiental é a de que a fixação da competência não deve ficar adstrita apenas ao local em que o crime fora perpetrado, ou seja, se cometido em rio pertencente à União ou não, mas sim amparada no fato de que efetivamente tenha sido atingido bem jurídico da União, de suas autarquias ou de empresas públicas.

Na hipótese, muito embora o rio em questão esteja enquadrado como rio interestadual, certo é que os supostos danos ambientais decorrentes da pesca predatória ficaram adstritos ao Município de Corumbá/MS, fato revelador de que o dano ocorreu de forma isolada, afastando, assim, a competência da Justiça Federal.

Para que fosse possível cogitar na competência da Justiça Federal a pesca predatória deveria ter gerado repercussão em âmbito regional ou nacional, o que, in casu, não foi vislumbrado.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO PENAL. PESCA, EM RIO INTERESTADUAL, DE ESPÉCIMES COM TAMANHOS INFERIORES AOS PERMITIDOS E COM A UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS - ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI 9.605/1998. PREJUÍZO LOCAL. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A preservação do meio ambiente é matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal.

2. Com o cancelamento do enunciado n. 91 da Súmula STJ, após a edição da Lei n. 9.605/1998, esta Corte tem entendido que a competência federal para julgamento de crimes contra a fauna demanda demonstração de que a ofensa atingiu interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais. Precedentes.

3. Assim sendo, para atrair a competência da Justiça Federal, o dano decorrente de pesca proibida em rio interestadual deveria gerar reflexos em âmbito regional ou nacional, afetando trecho do rio que se alongasse por mais de um Estado da Federação, como ocorreria se ficasse demonstrado que a atividade pesqueira ilegal teria o condão de repercutir negativamente sobre parte significativa da população de peixes ao longo do rio, por exemplo, impedindo ou prejudicando seu período de reprodução sazonal.

4. Situação em que os danos ambientais afetaram apenas a parte do rio próxima ao Município em que a infração foi verificada, visto que a denúncia informa que apenas dois espécimes, dentre os 85 Kg (oitenta e cinco quilos) de peixes capturados, tinham tamanho inferior ao mínimo permitido e os apetrechos de pesca apresentavam irregularidades como falta de plaquetas de identificação, prejuízos que não chegam a atingir a esfera de interesses da União.

5. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Coromandel/MG, o suscitado.

(STJ, CC 146.373/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016).

Esta Corte Regional da 3ª Região, igualmente, já decidiu que:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA PREDATÓRIA. ART. 34, § ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 9.605/98. RIO INTERESTADUAL. DANO LOCAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA ANULADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PREJUDICADO.

1. O fato de a ação criminosa ter ocorrido em rio de titularidade da União não implica de forma automática a competência da Justiça Federal.
2. A competência dos crimes ambientais não pode ser definida levando-se em consideração apenas o local em que o crime foi cometido.
3. Os danos ambientais produzidos pela prática da pesca com petrechos proibidos são de âmbito local, inexistindo interesse da União na apuração do delito ambiental.
4. Sentença anulada de ofício. Análise do recurso em sentido estrito prejudicada. (TRF3, RESE nº 0000970-97.2017.4.03.6106/SP, Rel. Desembargador Federal Maurício Kato, Quinta Turma, julgado em 2/11/2017).

Nessa linha de ideias, considerando que não houve ofensa à bem ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas, não há que se falar em competência da Justiça Federal.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto pelo Ministério Público Federal, diante da incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, devendo ser mantido o decisum prolatado pelo juízo a quo às fls.76/79, a fim de declinar a competência para uma das Varas Criminais da Comarca de Corumbá/MS.

É o voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0002184-50.2018.4.03.6119

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrida: HANTONIELA SANTANA DE FREITAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/08/2019

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não há falar em esgotamento da jurisdição uma vez que o juízo de primeira instância decidiu em cumprimento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 143.641 no sentido de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de criança e deficientes sob sua guarda.

2. Dispõe o artigo 318 do Código de Processo Penal que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

3. A ré, conforme decisão recorrida, em consonância com o interrogatório judicial e declaração de folha 176, possui dois filhos menores de 12 (doze) anos, sendo um de 7 (sete) anos e outro de 8 (oito) anos. Tanto a ré, quanto seus filhos residem com a genitora da acusada, no Município de São Luis/Maranhão.

4. Não há elementos nos autos que possam infirmar a natural presunção da necessidade da presença da genitora junto aos filhos, atendidos os demais requisitos objetivos previstos na lei.

5. Por força do julgamento da ordem de habeas corpus nº 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal, o benefício da prisão domiciliar é devido a todas as gestantes e mães de crianças e deficientes sob sua guarda.

6. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP (fls. 3/5vº), que revogou a prisão preventiva de Hantoniela Santana de Freitas, bem como fixou medidas cautelares diversas da prisão.

Pretende o recorrente, de início, a anulação da decisão, por ter sido proferida após o esgotamento da jurisdição do juízo de primeira instância.

No mérito, alega o apelante, em síntese, que os pressupostos e fundamentos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, in casu, permanecem inalterados, pois não houve alteração fática substancial para sustentar a revogação da segregação cautelar, mantendo-se o cenário de necessidade e adequação da prisão.

Ademais, que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, tratada no art. 318, V, do CPP e no julgamento do HC coletivo 143.641/SP, da 2ª Turma do STF foi, no mínimo, precipitada, uma vez que a aplicação do aludido instituto apenas de justifica se, com a fixação da prisão domiciliar, a criança ficar sob os cuidados da acusada, com ela residindo e convivendo, situação que não restou suficientemente clara nos autos.

Por fim, que a decisão recorrida foi proferida sem um mínimo suporte probatório, sem a devida comprovação até mesmo da condição de mãe da recorrida, baseando-se em declarações simples feitas pela ré sobre os filhos, sobre o endereço e sobre o fato de residirem juntos.

Com contrarrazões (fls. 65/74).

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do Recurso em Sentido Estrito, para que reste mantida a decisão que autorizou a prisão domiciliar de Hantoniela Santana de Freitas.

É o relatório.

Sem revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Constou da decisão recorrida:

No presente aso, a acusada faz jus à revogação da prisão preventiva, com a aplicação de medidas cautelares.

Consoante a persecução penal investigatória, bem como em consonância com o interrogatório judicial da acusada, e declaração de folha 176, foi aferido que a parte ré possui dois filhos menores de 12 (doze) anos, sendo um de 7 (sete) anos (John Heverthon Freitas Seabra) e outro de 8 (oito) anos (Isaac Roberto Freitas Seabra). Tanto a ré, quanto seus filhos residem com a genitora da acusada, Sra. Rosimar Santana de Freitas, no Município de São Luis/Maranhão. Ademais, em seu interrogatório, a ré afirmou que teve último vínculo empregatício como cozinheira, auferindo em torno de R\$ 1.200,00 ao mês, estando desempregada há dois meses na época da prática da conduta. Afirmou que sua genitora não possui renda própria e não trabalha, em decorrência de problemas de saúde. A ré ressaltou que o genitor dos filhos não ajuda com as despesas mensais dos filhos. Portanto, pelo que se observa, a ré tinha a mãe e os dois filhos menores como seus dependentes econômicos.

Note-se que se trata de custodiada brasileira, com vínculos sólidos com o território nacional,

não se vislumbrando, assim, risco à ordem pública, à instrução processual penal ou à aplicação da lei penal. Ademais, trata-se de mulher, necessária aos cuidados de filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos, consoante documento de folha 176.

Destarte, em atenção às circunstâncias do caso concreto, estando na condição de presa e mãe de crianças menores de 12 (doze) anos, a custódia cautelar deve ser revogada, mostrando-se a substituição por cautelares diversas da prisão medida mais consentânea com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

No presente caso, as medidas cautelares menos gravosas, adequadas e necessárias, em substituição à prisão preventiva (art. 282, § 5º do Código de Processo Penal) são: a) comparecimento mensal ao Juízo para comprovar a residência e para justificar as atividades; b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; c) proibição de ausentar-se de São Luis/MA, sem autorização judicial; d) proibição de deixar o País, devendo entregar em cartório o seu passaporte; e) proibição de manter contato com “Tony/David” ou qualquer outro sujeito envolvido com o tráfico internacional de drogas; f) monitoração eletrônica a ser implantada a partir da efetiva disponibilização do equipamento pelo Juízo.

Ressalte-se que, independentemente da manifestação do Parquet, acolho o pedido da defesa, tendo em vista que, em cumprimento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 143.641/SP, que concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de criança e deficientes sob sua guarda, este Juízo deve apreciar o pedido, mesmo de ofício.

A decisão recorrida é de ser mantida.

De início, anoto que não há falar em esgotamento da jurisdição uma vez que o juízo de primeira instância decidiu em cumprimento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 143.641 no sentido de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de criança e deficientes sob sua guarda.

No mais, dispõe o artigo 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

A ré, conforme decisão recorrida, em consonância com o interrogatório judicial e declaração de folha 176, possui dois filhos menores de 12 (doze) anos, sendo um de 7 (sete) anos (John Heverthon Freitas Seabra) e outro de 8 (oito) anos (Isaac Roberto Freitas Seabra). Tanto a ré, quanto seus filhos residem com a genitora da acusada, Sra. Rosimar Santana de Freitas, no Município de São Luis/Maranhão.

E não há elementos nos autos que possam infirmar a natural presunção da necessidade da presença da genitora junto aos filhos, atendidos os demais requisitos objetivos previstos na lei.

Por fim, por força do julgamento da ordem de habeas corpus nº 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal, o benefício da prisão domiciliar é devido a todas as gestantes e mães de crianças e deficientes sob sua guarda.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000066-07.2019.4.03.6139

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrida: MARCIA CARVALHO DE OLIVEIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2019

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CRIME DE ESTELIONATO (ART. 171, §3º, CP). COMPETÊNCIA DA VARA COMUM. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A acusada foi denunciada, pois teria induzido em erro a Caixa Econômica Federal - CEF, gestora operacional do Programa Minha Casa Minha Vida, ao prestar declaração falsa durante o cadastramento do programa, informando não possuir imóvel residencial e omitir união estável mantida com Gigrioti Moreira e, por conseguinte, grande parcela da renda percebida pela família, logrando indevida vantagem econômica.
2. O Programa Minha Casa Minha Vida trata-se de um programa social voltado à realização do direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, às pessoas hipossuficientes, cujos requisitos são analisados pela CEF, que atua como órgão de intermediação e gestor na relação jurídica entre União e adquirente.
3. O incidente de resolução de demandas repetitivas é importante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, com vistas à uniformização da jurisprudência e à garantia da segurança jurídica. Não se descarta a sua utilização no âmbito do processo penal, em razão do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal.
4. O artigo 976, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe sobre a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
5. In casu, embora possa se tratar de matéria unicamente de direito, não se vislumbra o risco à isonomia e à segurança jurídica.
6. Além da conveniência de que a jurisprudência seja uniformizada, em prol da segurança jurídica, deve-se preservar igualmente a independência funcional dos magistrados, buscando-se a compatibilização das duas preocupações e evitando-se prodigalizar os instrumentos de vinculação das instâncias ordinárias, para além daqueles elencados no art. 927 do NCPC.
7. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial pro-

vimento ao recurso em sentido estrito, a fim de reconhecer a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP, determinando o retorno dos autos para prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão de fls. 185/186, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP, que determinou a remessa dos autos para uma das Varas Especializadas em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores da Subseção Judiciária de São Paulo para as providências cabíveis, sob o argumento de que a conduta está tipificada no art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

O Ministério Público Federal interpôs o presente recurso (fls. 189/204), requerendo a reforma da decisão recorrida a fim de que seja declarada a competência da Vara Federal de Itapeva/SP. Requer, também, a afetação a Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas da questão da configuração de crime de estelionato e, não crime contra o sistema financeiro nacional, a conduta de “fraudar financiamento do Programa Minha Casa Minha Vida, urbano faixa 1 e Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR”, nos termos do art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil.

Contrarrazões às fls. 210/213.

Em sede de juízo de retratação, o Juízo a quo manteve decisão recorrida (fl. 220).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovisionamento do presente recurso em sentido estrito, mantendo-se a decisão que declinou da competência para processamento do feito (fls. 224/225 vº).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

Márcia Carvalho de Oliveira foi denunciada como incurso no artigo 171, §3º, do Código Penal, uma vez que teria induzido em erro a Caixa Econômica Federal - CEF, gestora operacional do Programa “Minha Casa Minha Vida”, ao prestar declaração falsa durante o cadastramento do programa, informando não possuir imóvel residencial e omitir união estável mantida com Gi-griotti Moreira e, por conseguinte, grande parcela da renda percebida pela família, logrando indevida vantagem econômica.

O Juízo a quo proferiu decisão na qual afirmou que os fatos narrados se enquadram no artigo 19, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e, declinou de sua competência para uma das Varas Especializadas em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional da Subseção Judiciária de São Paulo (fls. 185/186).

O MPF interpôs o presente recurso, solicitando subsidiariamente, a reconsideração do declínio de competência (188/214).

O recurso merece provimento.

A questão cinge-se à apresentação, pela ré, de declaração falsa para fins de ser habilitada no “Programa Minha Casa Minha Vida”, por meio do qual conseguiu, através de subvenção econômica do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), firmar contrato de financiamento para aquisição de imóvel, com condições mais favoráveis.

No caso, não está configurado, em tese, o crime do art. 19 da Lei 7.492/86, pois a acusada não obteve de forma fraudulenta um financiamento, em si mesmo considerado, com a Caixa Econômica Federal.

O “Programa Minha Casa Minha Vida” trata-se de um programa social voltado à realização do direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, às pessoas hipossuficientes, cujos requisitos são analisados pela CEF, que atua como órgão de intermediação e gestor na relação jurídica existente ente a União e o adquirente.

Por conseguinte, com base no até aqui carreado aos autos, há indícios de prática de estelionato majorado, nos termos do artigo 171, §3º, do Código Penal.

Nesse diapasão é a orientação jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais:

PENAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO PARA REFORMA NO ÂMBITO DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA RURAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS EM RELAÇÃO AO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. ERRO DE TIPO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Configura estelionato em detrimento da União o recebimento de subsídio para reforma no âmbito do programa Minha Casa, minha Vida rural - PMCMV rural, mediante fraude na Declaração de aptidão ao Pronaf - DAP e em outras declarações que propiciaram ao denunciado que requereu o benefício, fazer prova de seu enquadramento nos requisitos exigidos para a adesão ao referido programa governamental.
2. Pratica o crime de estelionato aquele que obtém, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.
3. Havendo provas robustas de que a ré foi beneficiária do programa, prestando informações falsas e omitindo dados relevantes, ciente da ilicitude de sua conduta, tem-se presente a autoria e o dolo para a prática do crime de estelionato.
4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. “O Código penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.” (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código penal, principalmente na censurabilidade da conduta.
5. A fixação da pena de multa obedece ao sistema bifásico, devendo guardar proporcionalidade com a sanção corporal imposta, tendo-se como parâmetro a menor e maior pena prevista no ordenamento jurídico.
6. O valor de cada dia-multa deve levar em conta a situação econômica do condenado, podendo ser aumentada até o triplo, caso o máximo previsto se mostre ineficaz, em razão da condição econômica do réu. Inteligência dos arts. 49, § 1º e 60, § 1º, ambos do Código penal.
7. Não tendo a pena de multa tarifação expressa no tipo, deve-se tomar como balizadores as penas mínimas e máximas de todo o Código Repressivo.
8. Apelação criminal desprovida. (grifo nosso).

(TRF4, ACR 5001153-25.2015.4.04.7011, OITAVA TURMA, Relator DANILO PEREIRA JUNIOR, juntado aos autos em 15/02/2019).

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LOCAÇÃO OU VENDA DE IMÓVEL DESTINADO À MORADIA DE BENEFICIÁRIO DO PROGRAMA HABITACIONAL “MINHA CASA, MINHA VIDA”. CONDUTA QUE NÃO SE AMOLDA AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI N.º. 7.492/86. COMPETÊNCIA AFASTADA DA VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E DE VALORES. CONFLITO DE JURISDIÇÃO PROCEDENTE.

1. A competência é, em regra, fixada pelo local da consumação do delito (artigo 70, caput, do CPP).

2. A conduta posterior de alugar ou vender imóvel destinado à moradia de beneficiário do Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida” não configura aplicação em finalidade diversa dos recursos oriundos do financiamento, mas mero descumprimento de condição legal prevista pelo artigo 6º-A, parágrafo 5º, III, da Lei nº. 11.977/09 ou, ainda, crime de estelionato previsto no artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, diante da vantagem indevida obtida em prejuízo do programa social.

3. Ausência de crime contra o sistema financeiro nacional a ser apurado, o que afasta a competência da Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e de Valores.

4. Conflito de jurisdição procedente. (grifo nosso).

(TRF3 - QUARTA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 0000440-44.2018.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2019:.).

Desta forma, não há falar-se em competência da Vara Especializada, prevalecendo competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP para o processamento e julgamento do feito.

Por fim, o incidente de resolução de demandas repetitivas é importante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, com vistas à uniformização da jurisprudência e à garantia da segurança jurídica. Não se descarta a sua utilização no âmbito do processo penal, em razão do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal.

O artigo 976, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe sobre a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No presente caso, embora possa se tratar de matéria unicamente de direito, não se vislumbra o risco à isonomia e à segurança jurídica.

Com efeito, além da conveniência de que a jurisprudência seja uniformizada, em prol da segurança jurídica, deve-se preservar igualmente a independência funcional dos magistrados, buscando-se a compatibilização das duas preocupações e evitando-se prodigalizar os instrumentos de vinculação das instâncias ordinárias, para além daqueles elencados no art. 927 do NCPC.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial, a fim de reconhecer a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP, determinando o retorno dos autos para prosseguimento do feito.

É com voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO **5002972-06.2018.4.03.6110**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: MCM QUÍMICA INDUSTRIAL LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/08/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO – IRPJ E CSL – ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI FEDERAL Nº 13.670/18 – ANTERIORIDADE E IRRETROATIVIDADE.

1. Ao definir o regime de compensação, o legislador não está criando ou majorando tributo. Está, apenas, disciplinando o encontro de contas, nos termos do artigo 170, do Código Tributário Nacional.
2. A lei que trata do regime de compensação pode ser alterada a qualquer tempo, sendo inaplicáveis os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias.
3. A partir da vigência da Lei Federal nº. 13.670/18, a compensação em questão está vedada. A aplicação prospectiva da norma não implica ofensa à segurança jurídica, porque, na oportunidade do encontro de contas, a operação será inviável.
4. A apuração pelo lucro real é opção do contribuinte, considerados os inúmeros fatores de apuração e cálculo tributários. A modalidade de apuração não altera o fato de que ocorrerá o recolhimento tributário, segundo a regulamentação vigente – que pode ser a mesma ao longo de todo o ano-calendário, ou com alterações, como ocorreu.
5. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a compensação de créditos de IRPJ e da CSLL, afastada a vedação do artigo 74, § 3º, IX, da Lei Federal nº. 9.430/96, inserida pela Lei Federal nº. 13.670/18.

A r. sentença (ID 28719112) julgou o pedido inicial procedente.

Apelação da União (ID 28719114), na qual requer a reforma da r. sentença. Afirma que as alterações promovidas pela Lei Federal nº. 13.670/18 visam eliminar a grande quantidade de compensações indevidas, restaurando o fluxo de pagamento mensal para o Tesouro Nacional.

Sustenta que a opção pelo regime de apuração não teria sido afetada pelas alterações legislativas.

Aduz que o regime de compensação não estaria sujeito à anterioridade. Não haveria direito adquirido a regime jurídico. A simples expectativa de direito do contribuinte não é norma jurídica.

Anota que a compensação ainda seria viável, por outros mecanismos.

Resposta (ID 28719209).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 43691043).

Sentença sujeita ao necessário reexame.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O Código Tributário Nacional:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

A Lei Federal nº. 9.430/96:

Art. 2º. A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida mensalmente, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Art. 74. (...)

§ 3º. Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º: (...)

IX - os débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.670, de 2018)

A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Ao definir o regime de compensação, o legislador não está criando ou majorando tributo. Está, apenas, disciplinando o encontro de contas, nos termos do artigo 170, do Código Tributário Nacional.

Assim sendo, a lei que trata do regime de compensação pode ser alterada a qualquer tempo, sendo inaplicáveis os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias.

A questão é pacífica na jurisprudência: “a lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte” (STJ, REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010).

A partir da vigência da Lei Federal nº. 13.670/18, a compensação em questão está vedada. A aplicação prospectiva da norma não implica ofensa à segurança jurídica, porque, na oportunidade do encontro de contas, a operação será inviável.

Por fim, a apuração pelo lucro real é opção do contribuinte, considerados os inúmeros fatores de apuração e cálculo tributários.

A modalidade de apuração não altera o fato de que ocorrerá o recolhimento tributário, segundo a regulamentação vigente – que pode ser a mesma ao longo de todo o ano-calendário, ou com alterações, como ocorreu.

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

5006301-50.2018.4.03.6102

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelados: IRPAO FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE MASSAS ALIMENTÍCIAS LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/08/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO. LEI 13.670/2018. SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DO REGIME DURANTE O EXERCÍCIO FISCAL EM CURSO. CONFIANÇA QUE DEVE EMERGIR DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A constante modificação de regime tributário acarreta insegurança jurídica, levando aos agentes econômicos, que detém os meios de produção e que impulsionam a economia do país a uma situação de desamparo.

2. A preservação da segurança jurídica deve se sobrepor ao interesse arrecadatório, possibilitando que as empresas que optaram, no início do ano fiscal, pelo regime de tributação das contribuições previdenciárias sobre a receita bruta, confiantes de que aquela opção seria respeitada pelo Estado, porque nos termos da Lei seria ela irretratável, possam, até o término do exercício fiscal dela valer-se.

3. Ao exercer a opção pelo regime da CPRB, que a Lei nº 13.161/2015 qualificada como irretratável, o faz em confiança ao mandamento legal e, assim, não pode se ver frustrado pelo Estado que deve orientar-se pela preservação das leis, evitando gerar instabilidade jurídica. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. A autoridade impetrada deve manter a impetrante na modalidade de Contribuição sobre a Receita Bruta durante todo o ano-calendário de 2018, nos termos da Lei nº 12.546/2011 (alterada pela Lei nº 13.161/2015), excluindo os efeitos da Lei nº 13.670/2018.

5. Apelação e Reexame não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA (RELATOR)

Trata-se de Apelação e Reexame Necessário em Mandado de Segurança impetrado

por Irpão Fabricação e Comércio de Massas Alimentícias Ltda. em face de ato do Delegado da Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto, objetivando a sua permanência no regime de recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, até o término do exercício de 2018, afastando a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, que revogou a modalidade substitutiva de tributação, determinando o retorno da contribuição sobre a folha de salários.

Processado regularmente o feito, foi proferida sentença concessiva de segurança, para o fim de determinar que a autoridade impetrada mantenha a impetrante na modalidade de Contribuição sobre a Receita Bruta durante todo o ano-calendário de 2018, nos termos da Lei nº 12.546/2011 (alterada pela Lei nº 13.161/2015), excluindo os efeitos da Lei nº 13.670/2018. Custas ex lege. Sem condenação em honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/09).

Apela a União. Em suas razões, afirma, em síntese, que não há direito adquirido pelo contribuinte a benefício fiscal de desoneração tributária e que a irretratabilidade prevista no art. 9º, §13, da Lei nº 12.546/2011 não se aplica ao Fisco. Requer, assim, que seja respeitada a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, que prevê o retorno do recolhimento de contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito sem sua intervenção.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA (RELATOR)

A questão em debate assemelha-se à ocorrida no ano de 2017.

Naquela ocasião o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 774 retirando do regime de desoneração da folha de pagamento diversos setores da economia.

A matéria restou superada em razão de ter sido editada a Medida Provisória nº 794, revogando a de nº 774, ficando mantido o regime da Lei nº 13.161/2015 (que trouxe alteração à Lei 12.546/2011).

Deveras, a constante modificação de regime tributário acarreta insegurança jurídica, levando aos agentes econômicos, que detém os meios de produção e que impulsionam a economia do país a uma situação de desamparo.

Admitir novamente a alteração do regime de tributação das contribuições previdenciárias durante o curso do ano fiscal fere sobremaneira a segurança jurídica, causando instabilidade jurídica indevida, que deve ser obstada.

Não se pode olvidar que o Poder Público pode experimentar excepcionalidades que demandam o suprimento da arrecadação. Contudo, a anterior edição de MP 774 já levou a certa instabilidade e novamente a situação ocorre com a promulgação da Lei nº 13.670/2018.

Nesse compasso, a preservação da segurança jurídica deve se sobrepor ao interesse arrecadatório, possibilitando que as empresas que optaram, no início do ano fiscal, pelo regime de tributação das contribuições previdenciárias sobre a receita bruta, confiantes de que aquela

opção seria respeitada pelo Estado, porque nos termos da Lei seria ela irretratável, possam, até o término do exercício fiscal dela valer-se.

Admitir a modificação do regime nesse momento fere, ademais, a relação de confiança que deve emergir do Estado em relação ao particular, não sendo suficiente a alegação de inexistência de direito adquirido a benefício fiscal.

E tal assertiva se deve ao fato de que o contribuinte, ao exercer a opção pelo regime da CPRB, que a Lei nº 13.161/2015 qualificada como irretratável, o faz em confiança ao mandamento legal e, assim, não pode se ver frustrado pelo Estado que deve orientar-se pela preservação das leis, evitando gerar instabilidade jurídica.

Com efeito, prevendo a lei a opção de forma irretratável para todo o ano calendário, essa irretratabilidade não vincula apenas o contribuinte, mas igualmente o Estado, destinatário das limitações ao poder constitucional de tributar e princípios constitucionais correlacionados, em especial a garantia da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Nesse sentido, é o entendimento adotado por este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com grifos acrescidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA - REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO. 1 - Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar. 2 - Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente. 3 - Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN ("A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104"). 4 - Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto. 5 - A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência. 6 - Agravo de instrumento provido. (AI 5029792-59.2018.4.03.0000, Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, TRF3 - 2ª Turma, Intimação via sistema DATA: 11/06/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. MANUTENÇÃO DO REGIME DE APURAÇÃO DA LEI 12.546/11 ATÉ O FINAL DO ANO CALENDÁRIO 2018. RECURSO PROVIDO. - A Lei Federal nº 13.670, publicada aos 30 de maio deste ano, com vigência a partir de 01/09 deste mesmo ano, reduz drasticamente o rol de empresas

e receitas elegíveis à opção pela desoneração da folha de salários, que permitia a substituição da apuração e recolhimento da contribuição previdenciária patronal de 20% pela apuração e recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta (CPRB) a alíquotas que variavam de 1% a 4,5%, a depender do tipo de atividade empresarial. - Pelo princípio da segurança jurídica, não valida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período. - Sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, faz com que a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado. - O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica. - Agravo de instrumento provido para determinar a manutenção da agravante, no regime de apuração da contribuição previdenciária patronal, nos moldes do art. 8º, da Lei nº 12.546/11 até o final do ano calendário 2018, conforme opção efetuada no início do ano. (AI 5002541-32.2019.4.03.0000, Juiz Federal Convocado JOSE FRANCISCO DA SILVA NETO, TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/06/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REONERAÇÃO TRIBUTÁRIA. NOVENTENA. DIREITO ADQUIRIDO A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 22 DA LEI 8.212/91. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, deferiu o pedido de liminar. Alega a agravante que não há direito adquirido à desoneração e que o benefício fiscal em debate se estendeu por seis anos conhecimento pelos contribuintes de que se tratava de situação precária cuja solução de continuidade era diferida para futuro próximo, não se podendo cogitar de surpresa para com os contribuintes atingidos pela reoneração. Afirmar ter sido respeitado o prazo de noventa previsto na Constituição Federal e que o C. STF pacificou o entendimento de que não há direito adquirido à imunidade tributária, raciocínio que deve ser aplicado às demais modalidades de favor tributário como é o caso da desoneração da folha de pagamento instituída pela Lei nº 12.546/2011 e extinta pela Lei nº 13.670/2018. Defende que a irretratabilidade da opção prevista no artigo 9º, § 13º da Lei nº 12.546/2011 é regra voltada ao contribuinte e não à Administração Fazendária. A Lei nº 12.546/2011, dentre outras previsões, instituiu regime de desoneração de pagamento mediante a substituição da contribuição sobre a folha de pagamento prevista nos incisos I e III do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 pela contribuição sobre a receita bruta (CPRB) relativamente a empresas de diversos setores da economia. Em 30.05.2018 foi publicada a Lei nº 13.670/2018 que, dispondo sobre a contribuição previdenciária sobre a receita bruta, revogou diversos dispositivos da Lei nº 12.546/2011. Por consequência, diversos setores da economia não mais podem recolher a contribuição prevista pela Lei nº 12.546/2011, devendo tornar a recolher a contribuição prevista pelo artigo 22, I e III da Lei nº 8.212/91. Ocorre, contudo, que a Lei nº 13.670/2018 não revogou o § 13º do artigo 9º da Lei nº 12.546/2011 que previa de forma expressa que a opção pela tributação substitutiva prevista naquele diploma legal seria irretratável para todo o ano calendário. Nestas condições, manifestando o contribuinte

opção pelo recolhimento na forma da tributação substitutiva em janeiro do ano-calendário, tal escolha deve ser mantida para todo o ano. Ainda que determinado setor da economia não mais pudesse optar pela sistemática exclusiva de tributação em razão da revogação do dispositivo legal que lhe autorizava a fazê-lo, tal revogação por meio da Lei nº 13.670/2018 publicada em 30.05.2018 ocorreu posteriormente à opção manifestada pelo contribuinte mediante o pagamento realizado na primeira competência deste ano. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI 5004672-77.2019.4.03.0000, Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, TRF3 - 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2019).

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário e à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5009750-52.2019.4.03.0000

Agravante: ORION S.A.

Agravada: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001. SESI. SENAI. ARTIGO 240 DA CF. SEBRAE. SISTEMA S. ARTIGO 149, III DA CF. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ORION S.A. contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela agravante.

Alega a agravante que as contribuições ao salário-educação, SEBRAE, SESC e SENAC, embora recolhidas à União são repassadas às respectivas entidades para que possam dar continuidade à finalidade para que foram criadas, não se relacionando com a finalidade da Seguridade Social. Afirma que as contribuições destinadas ao INCRA e ao SEBRAE, assim como as demais contribuições ao Sistema “S” e Salário Educação devem se amoldar à regra cogente trazida pelo artigo 149, caput e parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, com a redação que lhes conferiu a Emenda Constitucional nº 33/2001 e defende que tais contribuições serem calculadas e exigidas com base na folha de salários não encontram respaldo em qualquer um dos incisos do artigo 149 da Constituição Federal.

Antes de adentrarmos a discussão posta, especialmente se as bases de cálculo “ad valorem” instituídas pela EC nº 33/2001 são taxativas ou exemplificativas, é importante destacar o fundamento (constitucional) de validade de cada uma das contribuições atacadas.

Quanto às contribuições ao SESC e ao SENAI, respectivamente instituídas pelo Decreto-lei nº 9.853, de 13.9.1946 e Decreto-lei nº 8.621, de 10.1.1946, tais contribuições igualmente estão insubmissas ao artigo 149 da Constituição Federal, pois os seus fundamentos de validade foram expressamente ressalvados pelo artigo 240 da Constituição, que reconheceu tais contribuições compulsórias, cobradas sobre a folha de salários, sem conflito com o artigo 195.

Quanto ao SEBRAE, apesar de compor o chamado Sistema “S”, decidiu o STF que tal contribuição não se inclui no rol do artigo 240 da CF (Plenário, RE 396.266, Relator Ministro Carlos Velloso). Já seu fundamento de validade, conforme jurisprudência hoje predominante, não se esvaiu com o advento da EC 33/2001, como se vê do Acórdão tirado da AC nº 2008.72.14.000311-8/SC, do TRF 4ª Região.

Quanto à contribuição destinada ao INCRA, tenho que seu fundamento de validade não se esvaiu com o advento da EC 33/2001, pois segundo jurisprudência majoritária, “o adicional de 0,2% sobre a folha de salários, devido ao INCRA, foi recepcionado pela Constituição de 1988 na categoria de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois objetiva atender os encargos da União decorrentes das atividades

relacionadas à promoção da reforma agrária” e, ainda, “a Emenda Constitucional nº 33/2001 apenas estabeleceu fatos econômicos que estão a salvo de tributação, por força de imunidade, e, por outro lado, fatos econômicos passíveis de tributação, quanto à instituição de contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico” (TRF 4ª Região, AC 2005.71.00.024449-3).

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ORION S.A. contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela agravante.

Alega a agravante que as contribuições ao salário-educação, SEBRAE, SESC e SENAC, embora recolhidas à União são repassadas às respectivas entidades para que possam dar continuidade à finalidade para que foram criadas, não se relacionando com a finalidade da Seguridade Social. Afirma que as contribuições destinadas ao INCRA e ao SEBRAE, assim como as demais contribuições ao Sistema “S” e Salário Educação devem se amoldar à regra cogente trazida pelo artigo 149, caput e parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, com a redação que lhes conferiu a Emenda Constitucional nº 33/2001 e defende que tais contribuições serem calculadas e exigidas com base na folha de salários não encontram respaldo em qualquer um dos incisos do artigo 149 da Constituição Federal.

Argumenta que as contribuições em debate não foram recepcionadas no ordenamento pátrio com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, vez que não é possível encontrar bases de cálculo diversas daquelas expostas no rol taxativo da alínea a do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal de 1988. Sustenta a nulidade da certidão de dívida ativa por falta de liquidez e certeza.

Negada a concessão de efeito suspensivo (ID 56702470).

Com contraminuta (ID 62949141).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Antes de adentrarmos a discussão posta, especialmente se as bases de cálculo “ad valorem” instituídas pela EC nº 33/2001 são taxativas ou exemplificativas, é importante destacar o fundamento (constitucional) de validade de cada uma das contribuições atacadas.

Quanto às contribuições ao SESC instituída pelo Decreto-lei nº 9.853/46, tal contribuição está insubmissas ao artigo 149 da Constituição Federal, pois os seus fundamentos de validade foram expressamente ressalvados pelo artigo 240 da Constituição que reconheceu tais contribuições compulsórias, cobradas sobre a folha de salários, sem conflito com o artigo 195, verbis:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Quanto ao SEBRAE, apesar de compor o chamado Sistema “S”, decidiu o STF que tal contribuição não se inclui no rol do artigo 240 da CF (Plenário, RE 396.266, Relator Ministro Carlos Velloso). Já seu fundamento de validade, conforme jurisprudência hoje predominante, não se esvaiu com o advento da EC 33/2001, como se vê do Acórdão tirado da AC nº 2008.72.14.000311-8/SC, do TRF 4ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE – APEX – ABDI. ART. 149 DA CF. ALTERAÇÃO PELA EC Nº 33/01. FUNDAMENTO DE VALIDADE MANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A EC nº 33/01, ao incluir o inciso III no § 2º do artigo 149 da CF e explicitar determinadas bases de cálculo para as contribuições de intervenção no domínio econômico, não o fez de forma taxativa, não retirando o fundamento de validade da contribuição ao SEBRAE – APEX – ABDI, a qual, para a consecução de desígnios constitucionais estabelecidos no art. 170 da CF, utiliza como base econômica a folha de pagamento das empresas. 2. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, distribuídos, pro rata, em favor das rés. (Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. 11.3.2009)

Tal decisão levou o Egrégio STF a formular Repercussão Geral para dirimir o tema proposto sob nº 325 (“Subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001.”), ainda não dirimido.

Portanto, considerando o rol do artigo 149, III, “a” da CF como exemplificativo, não vejo como se reconhecer a incompatibilidade da exigência da contribuição ao SEBRAE com a Constituição Federal.

Quanto à contribuição destinada ao INCRA, tenho que seu fundamento de validade não se esvaiu com o advento da EC 33/2001, pois segundo jurisprudência majoritária, “o adicional de 0,2% sobre a folha de salários, devido ao INCRA, foi recepcionado pela Constituição de 1988 na categoria de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois objetiva atender os encargos da União decorrentes das atividades relacionadas à promoção da reforma agrária” e, ainda, “a Emenda Constitucional nº 33/2001 apenas estabeleceu fatos econômicos que estão a salvo de tributação, por força de imunidade, e, por outro lado, fatos econômicos passíveis de tributação, quanto à instituição de contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico” (TRF 4ª Região, AC 2005.71.00.024449-3).

Esse tema também foi submetido ao regime da Repercussão Geral pelo STF, proposto sob nº 495 (“Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001”).

Pelas mesmas razões já expostas, reputo válida as contribuições ao INCRA e ao salário-educação, quer pelo fato de considerar o rol do art. 149, III, “a” da CF meramente exemplificativo, e, também, por considerar que a EC nº 33/2001 não teve por finalidade derrogar as

contribuições então vigentes, com bases de cálculo diversas daquelas ali estabelecidas, podendo ser interpretada, quando muito, como um marco voltado ao futuro, para contribuições que venham a ser instituídas após seu advento, não para aquelas já instituídas com fundamento de validade na mesma Constituição Federal.

Em verdade, a derrogação, na espécie, só seria possível se o constituinte derivado tivesse expressamente consignado que se encontravam revogadas todas as normas instituidoras de contribuição com bases de cálculo diversas das então estabelecidas.

Ante o exposto, nego provimento ao presente Agravo de Instrumento, mantendo a decisão recorrida em seus exatos termos.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM

0005352-29.2009.4.03.6005

Autores: CÍCERO VIEIRA LOPES E APARECIDA ARMÁRIO LOPES
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/05/2019

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por CÍCERO VIEIRA LOPES e APARECIDA ARMÁRIO LOPES em face da UNIÃO FEDERAL, com o escopo de obter provimento jurisdicional para declarar inexistência de relação jurídica e condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Sustentaram, em suma, que: a) jamais foram comerciantes, mas sim, trabalhadores rurais, tampouco residiram nas cidade de Campo Limpo Paulista – SP e Várzea Paulista - SP; b) em 03/2008, foram informados da existência de 02 (duas) empresas abertas indevidamente em seus nomes no Estado de São Paulo; c) tais empresas seriam Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me, supostamente localizada em Campo Limpo Paulista, com constituição em 29/08/1995 e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda, localizada em Várzea Paulista, constituída em 15/04/1993; d) as constituições das referidas pessoas jurídicas estão eivadas de vícios; e) os atos praticados pelos fraudadores, perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo causaram transtornos, prejuízo e consequências negativas às suas vidas pessoal e funcional.

Juntaram procuração e documentos de f. 13-36.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita e determinada a citação da União (f. 39).

Contestação da União com documento às f. 45-50. Alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu, em síntese, que não há nexos causal do dano com a conduta da União; não é possível visualizar nenhuma prova de dano moral, vez que, as empresas encontram-se inaptas e, por isso, não houve nenhum prejuízo aos autores.

Réplica às f. 54-58.

Os autores pleitearam a expedição de ofício para a JUCESP e a realização de exame grafotécnico na assinatura dos contratos e suas alterações (f. 61-62).

Por sua vez, a União informou seu desinteresse na produção de provas (f. 64).

Deferida a produção de prova pericial grafotécnica (f. 65).

Quesitos apresentados pela União (f. 70) e pelos autores (f. 80-81), com pedido destes últimos de prova testemunhal.

Determinada a expedição de ofício à JUCESP e homologados os quesitos apresentados (f. 96).

Juntada de ofício da JUCESP com documentos (f. 100-168).

Laudo Pericial encartado às f. 216-237.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela não intervenção no feito (f. 340).

Manifestação da parte autora acerca do Laudo Pericial (f. 343-344).

Os autos baixaram em diligência para designação de audiência de instrução (f. 348-349).

Realizada audiência de instrução, bem como apresentadas alegações finais orais pelas partes (f. 365).

Vieram os autos conclusos para sentença (f. 370).

É o relatório do necessário. DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de mérito

Primeiramente, rechaço a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União.

Isso porque, a União é responsável pelas inscrições dos débitos em dívida ativa, ora questionados, bem como pela irregularidade constante no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) dos autores, motivo pelo qual eventual provimento jurisdicional deverá ser por ela cumprido, ensejando, assim, a sua legitimidade no feito.

Mérito

A demanda cinge-se sobre a inexistência de relação jurídica tributária entre as partes, bem como acerca da responsabilidade da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

No tocante à declaração de inexistência de relação jurídica tributária entre as partes, é cediço que o ato administrativo é dotado das presunções de legalidade e de veracidade, ou seja, julga-se que foi produzido em obediência às determinações legais e encerra fatos efetivamente ocorridos.

Isso acarreta o dever daquele que impugna tal ato de provar que ele possui vício ou de que os fatos não ocorreram conforme afirmação da Administração.

Mais precisamente, dentro da clássica divisão dos elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, inspirada no artigo 2º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), observo que o vício apontado recairia sobre o aspecto da motivação do ato.

Esse aspecto do ato administrativo, por sua vez, possui dois componentes: os motivos fáticos e os motivos jurídicos, ou seja, o ocorrido no mundo dos fatos e a regulamentação do ordenamento sobre eles que, em um processo de dedução (premissa maior mais premissa menor) gerará, no âmbito administrativo, o objeto do ato (silogismo), que pode ser conceituado como a modificação (criação, modificação ou extinção de direito) ocasionada por esse na realidade fática.

A fim de comprovar suas alegações, os autores produziram provas documental, pericial e testemunhal.

Durante a audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos de uma testemunha e dos autores, cujo teor se extrai, em síntese:

Testemunha Gilson de Oliveira:

Conhece os autores há tempo, conhece mesmo de conviver no dia a dia quando abriu o Assentamento Santa Catarina no município de Aral Moreira/MS; foi eleito em 1996 e assumiu em 1997 e logo quando entrou participou de um grupo de seleção das pessoas do Assentamento Santa Catarina; quando entrou fez parte do grupo para selecionar os assentados e lógico que só queria que ficasse gente de Aral Moreira, mas tinha parte disputada por FTAG e MST;

participou do grupo que fez a seleção que estava assentado em Corumbá e foi o caso do Cícero e Aparecida; a área que ocupava lá alagava tudo na época da chuvarada e daí começou a conhecer lá, março de 1997. De 1999 para frente conhece os autores do Assentamento Santa Catarina, e de 1997 a 1998 conhece eles de Corumbá, eram assentados lá. O assentado não pode ser comerciante, funcionário público, empresário; são pessoas muito humildes, muito sofrimento, viveram tanto lá em Corumbá que alagava tudo, como era em Aral Moreira; o início foi muito difícil, o Cícero tentou um financiamento no Banco do Brasil e não conseguiu porque não conhecia quase ninguém em Aral Moreira; foi orientado a procurar o advogado que era procurador do município; em razão desta inscrição não conseguiu fazer financiamento agrário; Aparecida e Cícero sempre residiram no assentamento, desde 1999, não saem de lá nem para passeio, não vão para cidade.

Autor Cicero Vieira Lopes:

Tem 58 anos, nasceu em Guaporema/PR; veio para o MS pequeno, morou em Sete Quedas, Corumbá, sempre trabalhou como rural, nunca estudou, nunca frequentou a escola, começou a trabalhar pequeno, não sabe nada, não sabe ler nem escrever, quando fez o cadastramento do INCRA para ser assentado os filhos que ensinaram escrever o nome e a única coisa que sabe é o nome “decor”. Em 2001 fez o investimento no lote assentado, no Banco do Brasil, pegou, deu tudo certo, em 2002 veio outro financiamento e foi fazer securitização, quando chegou no Banco do Brasil o gerente disse que tinha uma empresa em seu nome; nunca teve empresa, falou com o gerente e este disse que sabia que ele não tinha mesmo porque morava no assentamento, não tinha dinheiro, a conta do banco fechou; ficou “encucado” e aí apareceu o sr. Gilson que ajudou arrumando o advogado. Não conseguiu mais nenhum financiamento desde então, depois disso nunca mais pegou investimento no banco, os vizinhos pegaram. Produz mandioca, planta milho, galinha, no Assentamento Santa Catarina só tem o lote individual, não há a área coletiva. Nunca morou em SP, nunca morou em Várzea Paulista, não conhece Valdeci Fernandes de Costa e Lucia Rodrigues da Costa.

Autora Aparecida Armário Lopes:

Tem 57 anos, nasceu em Altônia/PR; veio para o MS pequena, morou em Corumbá; veio para o Paraguai, aí depois para Corumbá, e de Corumbá para Aral Moreira. Começou a estudar depois de velha, só sabe escrever o nome, aprendeu fazer o nome com os filhos ensinando, estudou depois de adulta no assentamento. Nunca teve empresa. Nunca morou em outro lugar. É casada, a filha mais nova tem 31 anos; casou com 18 anos, tem 40 anos de casada; quando o Cícero foi fazer o financiamento do banco, os outros fizeram e ele não; os outros são os vizinhos do assentamento; foi em 2001 ou 2002 coisa assim, nunca mais conseguiram fazer financiamento. Planta mandioca, milho, feijão, tem porco, vaca, galinha e vai vivendo.

Da análise do conjunto probatório, verifico que a parte autora se desincumbiu de seu ônus previsto no art. 333, I, do CPC, comprovando que houve fraude na constituição das empresas em seus nomes, quais sejam, Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me, em Campo Limpo Paulista, e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda, em Várzea Paulista.

Explico.

Primeiro, que os documentos pessoais dos autores indicam que eles são analfabetos (f. 14-15). Segundo, porque o laudo pericial demonstrou que foram constatadas divergências grafotécnicas nos documentos datados de janeiro/1998 de ambas empresas. Terceiro, que as inscrições dos débitos em dívida ativa em nome das empresas ocorreram de 1999 em diante (f. 28-29 e 32-33). Quarto, que as empresas eram sediadas em Campo Limpo Paulista – SP e Várzea Paulista – SP, e os autores negam veementemente que estiveram nessas cidades.

Quinto, porque as alterações contratuais indicam que os autores ingressaram nas empresas em outubro de 1997 (f. 86-95), no entanto, há prova testemunhal no sentido de que os autores se encontravam em Corumbá/MS nesse período. Sexto, e finalmente, que a própria União reconheceu em suas alegações finais orais gravadas em mídia que restou comprovado que as empresas não foram abertas pelos autores.

Todos esses fatos somados levam a conclusão de que informações cadastrais dos autores foram indevidamente utilizadas.

Deste modo, uma vez demonstrado não terem os autores participado do ingresso nessas empresas, afasta-se a presunção de liquidez e certeza das CDA's, reconhecendo a sua nulidade. Por conseguinte, os CPF's dos autores devem ser desvinculados das referidas empresas e regularizada a situação cadastral.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL. REGULARIZAÇÃO DO CPF. VINCULAÇÃO À EMPRESA. CONTRATO SOCIAL. ASSINATURA FALSA. - Cuida-se de remessa oficial contra sentença que julgou procedente pedido de regularização do CPF do autor junto à Receita Federal, desvinculando-o do CNPJ da empresa DOCA'S SERT DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. ME. - *Há nos autos perícia concluindo que não é do autor a assinatura existente no contrato social da empresa em questão. Restou, portanto, comprovado não ter o autor participado da constituição dessa empresa, fazendo jus a que o seu CPF seja desvinculado da mesma.* - Remessa oficial não provida.

(TRF da 5ª Região - Remessa Ex Offício – 503169, Número do Processo: 200685000041197, Data do Julgamento: 04/12/2012, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, PUBLICAÇÕES DJE - Data::13/12/2012 - Página::440) – Grifei.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DO AUTOR EM ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PROVA PERICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO INDEVIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Ação anulatória de débito fiscal instruída com Laudo Pericial Grafoscópico do Instituto de Criminalística Professor Armando Samico, do Governo do Estado de Pernambuco, revelando ser falsa a assinatura atribuída ao autor no Sexto Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da RECTECH. 2. *Tendo o redirecionamento da execução fiscal sido determinado em face dessa alteração contratual, é de se concluir pela ilegitimidade passiva do promovente para figurar no polo passivo daqueles autos, porquanto incluído fraudulentamente no quadro societário da empresa.* 3. Remessa oficial desprovida.

(TRF da 5ª Região - Apelação / Reexame Necessário - Número do Processo: 08073905020144058300, Data do Julgamento: 08/03/2016, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro) – Grifei.

Passo à análise do pedido de indenização por danos morais.

Inicialmente, é essencial conceituar dano moral e delimitar as hipóteses de reparação em razão de responsabilização civil.

Rosa Nery¹ entende que “personalidade é aptidão para ser sujeito de direito, tanto pelo

1 NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY, Rosa Maria de Andrade; *Dano Moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório*, prova escrita elaborada em 12.08.2004, no concurso de Livre-Docência na PUC-SP, à qual foi atribuída a nota 10 (dez) pela Banca Examinadora presidida pelo Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto, da qual participaram os Professores Doutores Pedro Paulo Teixeira Manus, Wagner Balera, José Guilherme Braga Teixeira e Sérgio Pinto Martins, p. 13.

seu aspecto ontológico quanto ético”. Para ela, causar dano a direito de personalidade é quebrar a unidade da natureza humana, que é constituída de espírito e matéria (corpo). Os objetos básicos dos direitos de personalidade seriam: a) o corpo (substância dependente); b) a alma (substância dependente); c) as potências (*dynamis*) (vegetativa, sensitiva, locomotiva, apetitiva, intelectual); d) os atos (potência realizada). Daí porque conclui ser imprópria a expressão direito de personalidade, eis que esses objetos de direito não são inerentes à personalidade, mas à humanidade de cada um, sujeitos de direito. Lesada injustamente qualquer dessas partes (que não estão no sujeito, já que compõem a natureza individual do homem e não da pessoa), nasce o direito à reparação por dano moral.

Dano moral pode ser expressado, portanto, como o resultado de uma conduta ilícita ou praticada mediante abuso de direito que lesa um bem jurídico protegido pelo direito civil, causando prejuízo efetivo (ou presumível) ao patrimônio moral de pessoa física, jurídica (CC, art.52; Súmula 227 do STJ) ou de uma coletividade.

A obrigatoriedade de reparação do dano moral encontra fulcro na Constituição Federal que consagra como princípio fundamental em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, cerne axiológico de todos os direitos personalíssimos. Nos dizeres de Cavalieri Filho, “foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art 5º, inc. V e X, a plena reparação do dano moral”².

Os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002 reiteram a vasta proteção pretendida pela Lei Fundamental e a complementam com as seguintes prescrições:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ambos os dispositivos citados têm seu teor complementado pela norma contida no artigo 927 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Desse modo, em demandas em que se postula o ressarcimento de danos, o primeiro passo é verificar se estão presentes, no caso concreto, os elementos constitutivos do dever de indenizar, quais sejam: (i) o ato ou a omissão ilícito(a) da parte requerida; (ii) o dano sofrido pela parte requerente; (iii) o nexo de causalidade entre aquela conduta e a lesão enfrentada; (iv) e, finalmente, a culpa do agente (em sentido estrito ou dolo), cuja prova é dispensada nos casos de responsabilidade objetiva.

Fixado esse norte, tenho que *não* foram demonstrados satisfatoriamente os requisitos necessários para configurar a responsabilidade civil da requerida.

Isso porque, *não* vislumbro ato/omissão da União que tenha dado ensejo ao dano experimentado pelos autores.

Analisado os autos, denota-se que o prejuízo em si alegado pelos autores decorre da conduta irregular de registrar as alterações contratuais fraudulentas, sendo os demais atos,

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Visão constitucional do dano moral*. Artigo disponível no endereço eletrônico <http://www.sergiocavaliieri.com.br/administrativo/artigos/imagens/bbc3400a81cdf48dc136ad0157ec07ae.pdf> (Acesso em 11/03/2014).

como a inscrição do débito em dívida ativa, consequências dessa circunstância, não sendo a União responsável por tais registros fraudulentos.

Portanto, inexistindo ato/omissão da União e o nexo de causalidade com o dano alegado, não há que se falar em responsabilidade civil da União ensejadora de indenização por danos morais.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido e resolvo o mérito do processo nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, para: i) reconhecer a nulidade das inscrições na dívida ativa em nome dos autores, referentes às empresas Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me (CNPJ n. 00.817.308/0001-24) e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda (CNPJ n. 96.393.640/0001-88); e ii) condenar a União a proceder o cancelamento dessas inscrições e respectivas cobranças, bem como a desvincular os CPF's dos autores das referidas empresas, com a consequente regularização da situação cadastral, *no prazo de 30 (trinta) dias*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido (art. 86, par. único do CPC), condeno, nos termos do art. 85, par. 8º. do CPC, a parte ré ao reembolso de eventuais despesas e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) considerando a complexidade do feito, o fato da União ter acesso ao laudo grafotécnico desde 2017 podendo assim ter realizado o cancelamento das inscrições em dívida ativa conforme seu poder dever de autotutela.

Encaminhem-se cópias da presente sentença para o Ministério Público Federal e para a JUCESP, para ciência e eventuais providências.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 496, §3º, CPC).

Interposto recurso voluntário, dê-se vista à parte contrária para contrarrazões. Em seguida, nos termos do art. 3º da Resolução Pres nº 142/2017 do TRF3, intime-se o apelante para retirar os autos em carga a fim de promover sua virtualização e inserção no sistema PJe, no prazo de 10 (dez) dias. Decorrido in albis o prazo, intime-se a parte apelada para os mesmos fins (art. 5º). Digitalizados os autos por uma das partes, intime-se a parte contrária para conferência dos documentos digitalizados, devendo apontar ao juízo, no prazo de 05 (dias), eventuais equívocos, facultando-se corrigi-los incontinenti (art. 4º, I, “b”). Em seguida, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com as nossas homenagens.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se.

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

Cópia da presente sentença servirá como: Ofício nº ____/2019 ao MPF encaminhando cópia desta sentença para ciência e eventuais providências.

Cópia da presente sentença servirá como: Ofício nº ____/2019 à JUCESP encaminhando cópia desta sentença para ciência e eventuais providências.

Juíza Federal CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO PENAL

00 000 019-21.2014.4.03.6135

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO, EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUIS ALVES FRANÇA E CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/05/2019

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou *ação penal pública* em face de *PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO, EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUIS ALVES FRANÇA E CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA*, denunciando os *três primeiros réus* como incurso nas penas previstas no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V, da Lei nº 9.605/98*, e a *ré pessoa jurídica* como incurso nas penas previstas no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V*, combinado com o *artigo 3º*, ambos da *Lei nº 9.605/98*.

A denúncia foi recebida no dia 20 de fevereiro de 2014 (fls. 218/219 dos autos).

Os réus foram devidamente *citados e intimados* (Eduardo - fls. 546/547, André – fls. 558/559, Carlos – fls. 228/229 e Transpetro – fls. 525/526), que constituíram advogados de sua confiança.

Foram apresentadas *defesas preliminares* pela Transpetro (fls. 354/422), Carlos (fls. 423/513), Eduardo (fls. 527/545) e André (fls. 563/618).

Nas referidas defesas, pugnaram, *preliminarmente, a inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa*. No mérito, alegaram, em apertada síntese, que os fatos não ocorreram na forma indicada na denúncia, fazendo considerações sobre as *responsabilidades e atuações* no dia do vazamento ocorrido em 05 de abril de 2013.

Apresentaram *documentos* e arrolaram *testemunhas*.

Na sequência, pelos fundamentos expostos, *este Juízo proferiu decisão rejeitando as preliminares de inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa* suscitadas pelos réus (fls. 355, 432 e 564) e, ante a *ausência das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397)*, determinou o *prosseguimento do feito*, sendo que as questões suscitadas pelos réus relativas ao mérito da ação penal, inclusive referentes à *participação e responsabilidade ou não dos réus na prática delituosa em tese verificada*, deveriam ser apuradas mediante a devida *instrução processual*.

Designada *primeira audiência* para apresentação das *propostas de suspensão condicional do processo* aos réus em 01/10/2014, foi determinada por este Juízo, sob os fundamentos expostos (fls. 651/652), a *manifestação do Ministério Público Federal sobre a fixação da quantia monetária* relativas à proposta pecuniária contida na *proposta de suspensão*, bem como sobre *entidades e projetos socioambientais locais e regionais* a serem eventualmente beneficiados em caso de aceitação das propostas pecuniárias apresentadas, com expedição de *ofício ao IBAMA e ao ICMBio (unidades locais)*.

Apresentadas as *manifestações pelo Ministério Público Federal e ICMBio* (fls. 660/661,

674), e ainda *petições dos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR e CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA em concordância à proposta de suspensão condicional do processo e pela redução da proposta pecuniária* (fls. 690/692), sobreveio a juntada da decisão proferida no *Mandado de Segurança nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP impetrado pela ré TRANSPETRO* (fl. 696/699 e 705/709 – cópia da inicial às fls. 710/719), em que foi deferida liminar para o primeiro sobrestamento desta ação penal, tendo-se por prejudicada a realização da audiência em 01/10/2014, conforme despacho de fls. 700.

Por este Juízo Federal foram *prestadas as informações solicitadas no referido Mandado de Segurança*, conforme documentos de fls. 720/728 (ofício nº 28/GAB/2014 – deste Juízo).

Em 18 de junho de 2015 vieram aos autos informações sobre o *julgamento de mérito do Mandado de Segurança nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP*, pelo *Eg. TRF da 3ª Região*, conforme documentos juntados às fls. 750/760, noticiando que *segurança foi concedida para trancar a ação penal somente em relação à então impetrante TRANSPETRO*.

Ante o trancamento da ação em relação à TRANSPETRO, o *Ministério Público Federal* manifestou-se às fls. 768 requerendo o *prosseguimento da ação em relação aos demais cor-réus pessoas físicas. Em prosseguimento, foi designada a segunda audiência de suspensão condicional do processo* (fls. 771 e 782). A audiência foi realizada em 20 de julho de 2016, e os *corréus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA* aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95 (fls. 814/818).

Ainda em audiência, pelo Juízo foi data *intimação aos réus presentes, bem como determinada a intimação da Petrobrás Transporte S/A – TRANSPETRO*, ante os termos do comunicado recebido do *Eg. STJ* (fls. 807), sobre o teor da decisão proferida no *RESP nº 1.579.538/SP*, que determinou o regular prosseguimento da ação penal em face da TRANSPETRO. E, ante a decisão do STJ, este Juízo determinou-se vista dos autos ao MPF, para manifestação em termos de prosseguimento da ação em face da TRANSPETRO, inclusive sobre a proposta de suspensão condicional do processo.

O *Ministério Público Federal* manifestou-se às fls. 838/839, reiterando a proposta de suspensão condicional do processo em relação à TRANSPETRO, retificando o valor proposto para destinação aos órgãos ambientais.

Nos termos da decisão de fls. 843, foi *indeferido o pleito da defesa da TRANSPETRO* de fls. 832/834, em que requeria que se *aguardasse o julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo MPF (RE nº 987.574/SP)*, alegando, equivocadamente, pendência de seu julgamento, tendo sido considerado por este Juízo, conforme informações juntadas às fls. 844/845, que foi o referido recurso extraordinário julgado prejudicado pelo *Eg. STF* por perda superveniente do objeto.

Na mesma deliberação de fls. 843, em prosseguimento, ante a proposta do MPF, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, foi *designada audiência de conciliação em relação à TRANSPETRO para o dia 26 de outubro de 2016, não tendo sido aceita a proposta de suspensão condicional do processo*.

Em relação aos réus *EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA*, houve manifestação do *Ministério Público Federal* no autos pela extinção da punibilidade em razão do cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo (*sursis processual*), nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei nº 9.605/1998.

Em audiências realizadas em 26/09/2018 (fl. 993) e 18/10/2018 (fl. 1203) neste Juízo foram ouvidas as testemunhas acusação, testemunhas de defesa e realizado interrogatório.

O Ministério Público Federal (fls. 1210/1224) e a ré TRANSPETRO apresentaram alegações finais (fls. 1228/1301).

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A presente ação penal foi processada com observação da *ampla defesa e do contraditório*, em garantia ao *devido processo legal*, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

II.1 - PRELIMINARES: INÉPCIA DA DENÚNCIA, ILEGITIMIDADE, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, PRESCRIÇÃO E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Segundo constou da *decisão deste Juízo que enfrentou as preliminares suscitadas*, ante os elementos constantes dos autos, *não prevalecem* as alegações de *inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa* suscitadas pelos réus (fls. 355, 432 e 564).

Com efeito, infere-se da *denúncia* que contém a *exposição detalhada do fato criminoso* tal qual em tese praticado pelos réus, com a respectiva *classificação do crime* e todas as *circunstâncias* em que teria ocorrido o *crime* pelos quais foram os réus denunciados, tendo sido atendidos os requisitos legais previstos no art. 41, do CPP.

Verifica-se que pela *denúncia* houve *descrição das condutas típicas* praticadas em tese pelas *pessoas físicas* EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUÍS ALVES FRANÇA e CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA, e da *atividade típica* desenvolvida em tese pela *pessoa jurídica*, nos termos do artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º da Lei nº. 9.065/98.

Quanto aos réus *pessoas físicas* Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França, Carlos Henrique de Lima Rosa (fl. 215-v), consta da *denúncia*:

“os réus Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França, Carlos Henrique de Lima Rosa todos *profissionais técnicos da pessoa jurídica* PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO, de forma livre, consciente e voluntária, *causaram poluição hídrica por lançamento de óleo em níveis tais que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como que provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias.* (...)”, visto que “*realizaram vistoria no Terminal Marítimo Almirante Barroso (TEBAR), da TRANSPETRO, especificamente no trecho da válvula VB22AB; “Y” VB 22B2 e Válvula de interligação da linha 21 com a 22 no dolfin 1 do Píer Norte, tendo preenchido uma lista de verificação na qual afirmaram, nos itens 01 e 02, que os vents e drenos estavam fechados, bem como estavam flangeados e plugueados (fl. 121).*”, e, “*entretanto, após a autorização para enchimento da linha com óleo diesel marítimo (MF-380 Marine Fuel oil), constatou-se que ocorrera o vazamento de 3.500 litros do referido produto, causando grande poluição hídrica (fls. 05, 17/18, 38/39, 40/52 e 64/65)*” (Grifou-se).”.

E em relação à *pessoa jurídica* Petrobrás Transporte S/A - TRANSPETRO (fl. 215-v) consta da *denúncia*:

“... a *pessoa jurídica* TRANSPETRO, na qualidade de responsável pela realização e supervisão dos serviços, efetivamente, causou poluição hídrica por lançamento de óleo em níveis tais que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como que provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias.”, sendo que “A

TRANSPETRO, em seus ofícios e relatórios encaminhados (fls. 113/116, 122/124 e 195/203) relatou a ocorrência do dano afirmando que este ocorrera devido a não observância dos procedimentos de segurança, por parte de seus funcionários, vez que, no momento do enchimento da tubulação com óleo diesel MF-380, a válvula do vent 6 da linha não estava fechada e o flange cego do vent 6 da linha 22 não estava instalado, não obstante os réus EDUARDO, ANDRÉ e CARLOS tenham afirmado o oposto na vistoria realizada (fls. 121).” (Grifou-se).

Em prosseguimento, ante a previsão do *artigo 89 da Lei nº 9.099/95*, a partir da vinda aos autos da *folha de antecedentes e certidões de distribuição dos réus* (fls. 619/622 e 638/640), o *Ministério Público Federal ofereceu proposta de suspensão condicional do processo*, tanto em relação aos réus *personas físicas Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França e Carlos Henrique de Lima Rosa* (fls. 631/632), quanto em relação à *ré pessoa jurídica PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO* (fls. 643-v).

De fato, verificou-se estarem presentes elementos que apontavam para a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria a darem ensejo ao prosseguimento do feito a partir da devida instrução criminal, se fazendo ausentes as hipóteses legais de absolvição sumária (CPP, art. 397), tampouco de rejeição da denúncia (CPP, art. 395), o que inclusive motivou seu recebimento por este Juízo (fls. 218/219).

Quanto à preliminar de prescrição suscitada quando das alegações finais pela *ré TRANSPETRO*, impõe-se sua rejeição, visto que, considerando se tratar de período anterior ao trânsito em julgado, devem ser observados os prazos e termos interruptivos de prescrição previstos no Código Penal, art. 109 (III - em DOZE ANOS, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito), devendo se considerar o “máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime” (“Pena - reclusão, de um a CINCO ANOS.”), bem como o parágrafo único do art. 109, que dispõe de forma expressa acerca da prescrição das penas restritivas de direito: “Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”, estando, por tais razões, afastada a prescrição.

Em relação à alegação de incompetência da Justiça Federal, não deve prosperar, na medida em que se apura a prática, em tese, de crime ambiental contra bens e interesses da União (CF, art.109, inciso IV), visto que decorre do derramamento de óleo no mar territorial, bem da União, nos termos da Constituição Federal, art. 20, inciso VI, respondendo esta 35ª Subseção Judiciária de Caraguatatuba pelos limites territoriais de São Sebastião e Caraguatatuba, locais do dano ambiental verificado.

II.2 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – LEI Nº 9.099/1995 – CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Nos termos da cota do Ministério Público Federal, em relação aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA houve o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, conforme ata de audiência respectiva.

Após, na medida em que restou comprovado nos autos o efetivo cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo (*sursis processual*), o Ministério Público Federal se manifestou pela EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE quanto aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA, medida que se impõe nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei nº 9.605/1998.

Por conseguinte, remanesce a análise do mérito da presente ação penal, a partir da

regular *instrução probatória* realizada, tão somente em relação à ré *PETROBRÁS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO*, nos termos que seguem.

II.3 – MÉRITO

Trata-se de ação penal, por meio da qual o *Ministério Público Federal* denunciou *PE- TROBRÁS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO*, qualificada nos autos, por ter praticado a conduta descrita no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V*, combinado com o *artigo 3º*, ambos da *Lei nº 9.605/98*.

Passo à análise da *materialidade*.

A) MATERIALIDADE: LAUDOS, INFORMAÇÕES TÉCNICAS E BOLETIM DE OCORRÊNCIA (POLÍCIA CIVIL) - CETESB/SP – POLÍCIA FEDERAL – TRANSPETRO

Início pela análise da materialidade dos delitos tipificados na *Lei nº 9.605/1998*, *artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º*:

Conforme *relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião*, elaborado pela *Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião*, consta às fls. 24 a seguinte redação: “A foto abaixo revela que uma dessas válvulas da tubulação 22-B, que havia sido utilizada recentemente para purga, encontrava-se parcialmente aberta e sem o flange cego, o que resultou no derramamento de cerca de 3,5m³ de óleo no mar.”

Lavrado *Boletim de Ocorrência* às fls. 38, onde a vítima, Sr. João Eduardo de Moraes Neto, informa que: “há dez anos possui uma fazenda de criação de mexilhões na praia das Cigarras. Em decorrência do derramamento de óleo por parte da indústria Petrobras no mar desta cidade a sua maricultura foi contaminada com tal óleo ocasionando a interdição por parte da Vigilância Sanitária em decorrência da contaminação dos insumos e de aproximadamente vinte mil quilos dos produtos destinados a comércio, entre matrizes e sementes. Além da interdição de mais quinhentos quilos do produto, aproximadamente, o qual tentou salvar da contaminação.”

Em seguida, a *CETESB* prestou *informações técnicas* (fls. 41/46), em que relata os seguintes trechos:

Dia 05/04/2013: “(...) teria havido a contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), além de manchas fragmentadas no mar ao longo do canal e próximas à linha costeira deste município.”;

“As bandeiras de balneabilidade das praias atingidas que estavam próprias (Praia do Arrastão e da Cigarras) foram recolhidas por orientação do Setor de Águas Litorâneas CETESB, o qual elaborou um novo boletim na manhã do dia seguinte, tornando as praias do Arrastão e Cigarras também impróprias para banho.”

Dia 07/04/2013: “Foi identificada uma mancha iridescente sobre uma cultura de mexilhões localizada nas proximidades do costão sul da Praia das Cigarras. A CETESB contatou de imediato a Vigilância Sanitária do Município informando sobre possível contaminação dos mariscos.”

“Constatou-se a presença de manchas de óleo de aspecto iridescente nas proximidades destas ilhas e sobre uma cultura de mexilhões próxima à Ilha da Cocanha.

“No monitoramento terrestre confirmou a contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha). As informações foram repassadas ao setor de Águas litorâneas que providenciou alteração no boletim de balneabilidade de praias, tornando-as impróprias ao banho.”

Dia 08/04/2013: “(...) foi apresentada aos técnicos da CETESB simulação realizada pela Transpetro onde se estimada a quantidade vazada em 3,5m³ de óleo, bem como plano sucinto de monitoramento ambiental”

“No fim da tarde deste dia, considerando que houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade de Multa – AIIPM nº 68000045, à Transpetro, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).”

Dia 09/04/2013: “Constatou-se que as praias vistoriadas estavam com a bandeira vermelha da CETESB indicando que não estavam próprias para banho.”

“Na praia do Arrastão constatou-se incidência de crustáceos marinhos em formas jovens mortos sem indicio de ataque de predadores.”

Dia 10/04/2013: “Observou-se óleo no canto norte da praia, na areia, e no mar bem como no costão rochoso e muros de imóveis (acima da linha de colônias de crustáceos). Os tambores plásticos utilizados nas mariculturas da praia das Cigarras também apresentam óleo impregnado. Constatou-se ainda um trecho em que galhos e vegetação estavam contaminados com óleo, podendo tornar-se fonte secundária de contaminação.”

“A CETESB decidiu manter ainda a classificação das praias atingidas como impróprias para banho.”

Dia 11/04/2013: “Foi realizada vistoria às 8h30min na praia das Cigarras, juntamente com os coordenadores da operação de contingência. Foi constatada permanência de filme de óleo no canto norte da praia, bem como a necessidade de limpeza de alguns pontos nos muros e rochas na ponta do Arpoador.”

Dia 14/04/2013: “(...) o plantão da CETESB foi novamente acionado com denuncia de mortandade de camarões na praia do arrastão (...).”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Considera-se que houve contaminação ambiental causada por poluição do mar, solo (areia) e costões rochosos, cuja origem foi o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013.”

“As praias atingidas foram: Porto Grande, Deserta, Pontal da Cruz, arrastão e Cigarras (incluindo o Costão do Arpoador), em São Sebastião, e as praias Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha em Caraguatatuba, que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana.”

Ainda, a própria ré TRANPETRO se manifestou (fls. 113/116), sustentando que: “A empresa realizou testes hidrostáticos na linha de dutos visando garantir a integridade estrutural dos mesmos (...); “(...) a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimentos adequado ao procedimento.”, ainda, complementa às fls. 123 que “o procedimento PE-3N7-00156-Q – “Liberação de Equipamentos da Operação para Manutenção” não foi observado adequadamente.”.

Conforme *Laudo de Pericia Criminal Federal* (fls. 138/152), elaborado pela *Delegacia de Policia Federal de São José dos Campos*, em seu tópico IV.2 – *Cronologia dos fatos apresentada à Equipe de Pericia* (fls. 144), informa que:

- “- a tubulação relacionada ao vazamento encontrava-se inoperante e em atividade até a data do fato (05/04/2013);
- A tubulação foi reativada para um teste na data de 05/04/2013, momento em que foi liberado no seu interior o óleo combustível marítimo MF 380;
- *uma das válvulas (Figuras 06 a 08) encontrava-se, no momento da liberação do material combustível, inadequadamente aberta e sem a sua tampa superior;*
- *a inclinação do projeto do tubo permitiu o vazamento do combustível para o ambiente marinho no horário aproximado de 17h e 25min às 17h e 50min, momento em que foi detectada e iniciadas as medidas de emergência.*”

Destaca ainda às fls. 146 informação disponibilizada na Rede Municipal de Computadores pela própria empresa onde consta: *“Este produto pode apresentar perigo para o meio ambiente em caso de grandes derramamentos”*.

Ainda, conforme tópico IV.6 – *Danos Ambientais* (fls. 148), conclui que “os relatos apresentados e as características químicas do combustível derramado *permitem aos peritos afirmarem que a ação resultou em poluição química ao meio ambiente, contribuindo para a degradação da qualidade ambiental da região.*”, já o tópico IV.8 – *Ação e/ou omissão humana responsável pelo vazamento da substancia poluente* relata que “um observador posicionado na pista do píer, mesmo em deslocamento em qualquer sentido, poderia detectar o vazamento relacionado sem a necessidade de conhecimentos técnicos específicos.”

Respondido o quisto de nº 2 “Qual a causa determinante? Não sendo possível precisar a causa, qual a mais provável? Não foram encontrados vestígios que pudessem indicar, de maneira inequívoca, a causa determinante da ação poluidora, podendo ter sido por defeito na válvula, por ação proposital, ou por negligencia/imprudência da equipe de manutenção. Não foram apresentadas à equipe de pericia, nem foi informado que a mesma não se encontrava devidamente fechada. (...)”.

A TRANSPETRO anexou aos autos Relatório de Investigação e Analise da Causa de Vazamento (fls. 196/203), informando no tópico 6. *Causas Imediatas* que “de acordo com os depoimentos tomados, foram destacadas as seguintes causas: *Válvula do vent 6” da linha 22 não estava fechada durante o enchimento com MF-380, para condicionamento de retorna a operação; Flange cego do vent 6” da linha 22 não estava instalado durante o enchimento com MF-380, para o condicionamento de retorno a operação.*”, por fim, informa no tópico 7. *Causas Básicas*: “Falta de emissão de Permissão de Trabalho para instalação dos flanges no Vents; *Vistoria inadequada e insuficiente da tubulação conforme Lista de Verificação – itens 1 e 2 do anexo D do procedimento PE-3N7-00533-K.*”

Por fim, conforme *Relatório* elaborado pelo Departamento de Policia Federal (fls. 205/210) cuja sua conclusão relata: “A responsabilidade é da equipe responsável pela realização do Check list, conforme se depreende da leitura do subitem 6.7.3, item 6.7 do manual PE-3N7-00533-K (fls. 56-66) que reza “a inspeção final deverá ser realizada por um representante da manutenção em conjunto (negritamos) com um representante da operação e um representante da Inspeção, utilizando-se da Lista de Verificação contida no Anexo D”. A responsabilidade pela verificação do “in totum” da tubulação 22-B cabia aos três, segundo referido Manuel, e não apenas a CARLOS FERREIRA JÚNIOR. Conforme declarado por EDUARDO, o qual se

fazia acompanhar de ANDRÉ LUIZ, de carro passou pela válvula e como havia um andaime encobrindo parcialmente a visão, achou que ela estava fechada. ANDRÉ não sabia que ali havia uma válvula e CARLOS HENRIQUE não estava presente, pois tanto ANDRÉ LUIZ como CARLOS HENRIQUE achavam que aquele trecho não era área de suas respectivas responsabilidades. Não é isso que diz o manual da TRANSPETRO”.

A materialidade dos delitos, portanto, está comprovada pelos seguintes documentos técnicos: (i) relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião, elaborado pela Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião (fls. 24); (ii) boletim de ocorrência (fls. 38); (iii) informações da CETESB (fls. 41/46); (iv) informações técnicas da própria ré TRANPETRO (fls. 113/116); (v) Laudo de Pericia Criminal Federal (fls. 138/152); (vi) Relatório de Investigação e Análise das Causa de Vazamento (fls. 196/203) da TRANSPETRO, e , por fim, (vii) Relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 205/210).

Assim, devidamente comprovada a *materialidade delitiva*, passo à análise da *autoria*.

B) AUTORIA: RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIME AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA – AFASTAMENTO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO SIMULTÂNEA – PRECEDENTES DO STF E STJ

A partir do conjunto probatório dos autos, seja a partir dos documentos técnicos que instruem a presente ação penal, dentre os quais: a) relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião, elaborado pela Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião – Marinha do Brasil (fls. 24); b) boletim de ocorrência (fls. 38); c) informações da CETESB (fls. 41/46); d) informações técnicas da própria ré TRANPETRO (fls. 113/116); e) Laudo de Pericia Criminal Federal (fls. 138/152); f) Relatório de Investigação e Análise das Causa de Vazamento (fls. 196/203) da TRANSPETRO, e , por fim, g) Relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 205/210), seja a partir dos relatos prestados em sede policial e ainda das testemunhas ouvidas em Juízo, resta evidente a autoria por parte da TRANSPETRO em relação aos crimes consubstanciados na denúncia.

Com efeito, a partir dos elementos probatórios juntados ao feito, não restam dúvidas acerca da autoria da TRANSPETRO na prática dos crimes previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, na medida que constitui a pessoa jurídica responsável pelos atos e procedimentos que provocaram o “derramamento de cerca de 3,5m³ de óleo no mar”, tendo como causa imediata que “uma dessas válvulas da tubulação 22-B, que havia sido utilizada recentemente para purga, encontrava-se parcialmente aberta e sem o flange cego”, conforme constou do relatório da Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião – Marinha do Brasil (fl. 24).

Por toda a instrução penal ficou demonstrado que os atos que deram causa ao derramamento de óleo no canal de São Sebastião atendem diretamente às atividades operacionais e aos interesses econômicos da ré TRANSPETRO, principal destinatária e responsável pelos procedimentos de manutenção, inspeção e operação dos atos perante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR de São Sebastião.

Ao contrário do que pretende a ré TRANSPETRO através de sua defesa, não se sustenta a tentativa imputação dos atos que motivaram o derramamento de óleo aos réus pessoas físicas, visto que estes representam meros longa manus dos interesses da própria TRANSPETRO, atuando como seus prepostos e representante diretos, tanto que reiteradamente se registra nas oitivas das testemunhas e interrogatório do representante da ré que houve nítida falha no procedimento de segurança estabelecido pela própria ré TRANSPETRO para os serviços de manutenção e operação pós-reparo na tubulação 22-B.

Dentre as oitivas das testemunhas de acusação, com íntegra constante das mídias acostadas aos autos, destaca-se o seguinte teor:

SR. JOAO EDUARDO DE MOARES NETO: à época dos autos, em 05/04/2013, atuava como maricultor na Praia das Cigarras, no canto direito da praia, local próximo ao vazamento de óleo ocorrido a partir do duto do Terminal TEBAR, da TRANSPETRO, em São Sebastião. Iniciou a pesca de mexilhões na Praia das Cigarras em 2006, sendo que no dia do vazamento de óleo em 2013 tinha realizado uma retirada de pescado pela manhã, para atender a pedidos, e soube do evento a partir da Vigilância Sanitária por volta das 11:30 hs, tendo na sequência visualizado que estava tudo inundado e coberto de camada grossa de óleo, sobre todo o cultivo de mariscos. Aduz que teria perdido por volta de 30.000 quilos de marisco, sendo que pela CETESB teria sido afirmado à época todo o material que teve contato com o óleo deveria ser descartado, tendo ido tudo para o lixo, em razão da contaminação, ainda que eventualmente não estivesse tudo morrido pelo contato com o óleo. Afirma que todos os pescadores da Praia das Cigarras foram prejudicados, ora pelo ocorrido, ora por não terem todos sido atendidos pela correção da TRANSPETRO. Alega que teria havido comprometimento pela TRANSPETRO de melhoria do rancho de pescas, em benefício aos pescadores locais, mas essa parte do acordado de melhorias o rancho de pescas local não foi cumprida pela TRANSPETRO, mas somente a parte da reposição pessoal de materiais de pesca da testemunha. Afirma ter havido uma série de dificuldades após o evento danoso, inclusive para se firmar o acordo, tendo ficado ao total cerca de 3 (três) anos e meio parado, até retomar as atividades com o nascimento dos novos mexilhões no local. A testemunha alega ainda que teria desautorizado a aplicação de solvente durante o procedimento de limpeza do óleo vazado pela TRANSPETRO, no receio de que causasse mal ainda maior e mais mortandade de mexilhões, mas ainda com a negativa, a TRANSPETRO aplicou o solvente para maior rapidez na limpeza, o que inclusive motivou a lavratura de Boletim de Ocorrência pela testemunha (fl. 38). A testemunha afirma que a produção foi prejudicada não apenas pela morte imediata por causa do óleo, em cerca de 1.000 quilos de mexilhão, mas também de forma gradativa pelo período de até 6 (seis) meses em virtude do contato com o óleo, tendo a camada de óleo sido muito grossa. Alega que por todo o período que cultivou mexilhões nunca tinha havido algum vazamento de óleo nas proximidades. Afirma que com certeza houve a mortandade de mariscos em razão do vazamento do óleo pela TRANSPETRO, sendo que até o tempo de novo cultivo se decorreu cerca de 3 (três) anos. Na época dos fatos além da testemunha havia ainda outros 2 (dois) maricultores que pertenciam à mesma associação, que também foram prejudicados com o vazamento do óleo pela TRANSPETRO. Durante os procedimentos de limpeza e reparos teria havido presença da CETESB e também da Prefeitura Municipal de São Sebastião. Apesar de as melhorias no rancho de pesca não terem sido consignadas no acordo, teria sido prometido pela TRANSPETRO mas tais providências não foram realizadas.

SR. FABRICIO ROBERTO DA COSTA: atuava na época como técnico de segurança do trabalho para empresa que prestava serviços para a TRANSPETRO, no serviço de reboque e atracamento de navios. Relata que foi quem viu o vazamento pela primeira vez, era uma sexta-feira, final de tarde, quando teria ido a um dos rebocadores da TRANSPETRO, e na volta de van teria visualizado o óleo borbulhando, sendo que logo após acionou o CRE (resposta à emergência) e um rapaz do CRE teria ido até o duto, rosqueado e fechado o vazamento. Quanto teria ido de van até o navio atracado não teria percebido o vazamento, mas ao retornar, em nem 15 (quinze) minutos, percebeu o vazamento e já acionou o CRE, tendo havido o fechamento rápido do duto. Aduz que não fazia parte de suas competências ou funções a fiscalização de vazamento do duto, mas a orientação à testemunha, como prestador de serviços à TRANSPETRO, era de que em qualquer incidente serem realizadas as devidas comunicações, como o fez ao acionar o CRE (resposta à emergência). A testemunha já vinha prestando serviços há

3 (três) anos à TRANSPETRO, sendo que jamais tinha sabido de algum vazamento de óleo no local. Prestou esclarecimentos em sede policial (fl. 17), tendo respondido em Juízo que a providência de imediato da TRANSPETRO foi a prontidão do responsável pelo CRE em subir e rosquear a válvula, tendo interrompido o vazamento do óleo. A emergência teria acionado um rebocador e pequenas embarcações para as medidas necessárias diante do vazamento de óleo. Pela mídia teria sido amplamente divulgado o vazamento, tendo sabido da interdição de praias.

3) SR. PAULO RAMIREZ DE OLIVEIRA CAMPOS: atuava na época como Supervisor de Grupo da TRANSPETRO, na equipe que estava trabalhando no momento do vazamento do óleo. Relata que quando do vazamento se encontrava na área da empresa ré TRANSPETRO, tendo sabido de imediato do fato. Confirma as declarações em sede policial, em 25/04/2013, no sentido de que como Supervisor de Operações, afirmou que o vazamento se deu no vent, na linha 22, gleba D, com a finalidade de abastecer os navios atracados no píer, e que referida linha 22 se encontrava inoperante em razão de manutenção pela equipe de pré-operação. A supervisão da testemunha seria a partir da entrega da linha para volta às operações. A planta isométrica possui a finalidade de demonstrar a situação de cada uma das válvulas que deveriam ser vistoriadas. A troca de tubulação se deu em razão de desgaste. O trecho entre o píer e o tanque no TEBAR teria em torno de 3,5 a 4 km, sendo que o check-list deveria ser resultado da inspeção visual da linha, embora possa haver falhas no procedimento de inspeção visual, não sendo sua atribuição. Após o vazamento, foi constatado que uma válvula estava aberta e os parafusos soltos. O que teria dado causa direta ao vazamento teria sido falha humana em “não se enxergar lá o instrumento” por onde ocorreu o vazamento a partir da liberação do óleo pela linha, após os reparos de manutenção. Após a abertura do tanque para enchimento da linha, ao passar o combustível pela linha houve o vazamento o óleo.

Em relação às oitivas das testemunhas de defesa, com íntegra constante das mídias acostadas aos autos, destaca-se o seguinte teor:

1) SR. NEVILLE DE OLIVEIRA PEREIRA: na ocasião dos fatos prestava serviços diretamente à TRANSPETRO como Coordenador de Execução de Manutenção no TEBAR. No procedimento de inspeção final, para verificação se a linha está adequada para retomada de atividades, houve uma falha na realização do check-list, quando se afirmou que todos os vents se encontravam fechados, visto que uma válvula se encontrava aberta, quando deveria se encontrar fechada e ter sido devidamente vistoriada na inspeção final. Desde 2008 atua perante a TRANSPETRO e não tem notícia de vazamentos de óleo anteriores. A inspeção visual da linha consistiria em uma verificação visual de todos os pontos da linha, para verificação in loco dos pontos onde as válvulas se encontram situadas na linha. O check-list constitui procedimento obrigatório e usual, estando os profissionais preparados para sua execução. A planta isométrica tem finalidade orientativa e como mapa da localização das válvulas e vents na linha de abastecimento do óleo, que, contudo, devem ser aferidas mediante inspeção presencial in loco. No caso do preenchimento do check-list, seria o caso de operador checar sim se o volante está realmente travado. O procedimento padrão da TRANSPETRO não traz detalhes sobre a forma de realização do check-list, mas como boa prática operacional e os empregados devam fazer uma checagem a pé onde haveria pontos de válvulas e vents.

2) SR. ALEXANDRE FARKAS PARRA PRIMEIRO: a verificação das válvulas e vents deve se dar a pé, mas mesmo pela posição das hastes da válvula se faz possível a verificação se a válvula está ou não aberta. No caso, a linha toda deveria ser vistoriada de forma presencial por toda sua extensão.

3) SR. JOÃO EUGENIO LOPES AVELAR: atuava como Coordenador de Operações do TEBAR, tendo afirmado que *a inspeção das válvulas e vents é visual e se necessário manual, tendo ainda como se verificar por inspeção visual se válvula se encontra aberta ou fechada. A vistoria e inspeção se fazem a pé, podendo haver o deslocamento com carro até os pontos de intervenção em que deve ocorrer a vistoria manual, não havendo, contudo, nada formal da TRANSPETRO no sentido de que a vistoria deve ser visual ou manual. Houve uma falha em não observar que uma válvula estava aberta. Houve instauração de procedimento de apuração interna, tendo se apontado em procedimento disciplinar pela ocorrência de falha humana, com apuração de responsabilidades de prepostos da TRANSPETRO e aplicação de sanções de suspensão de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Aduz não ter havido mudança nos procedimentos de segurança corporativamente pela TRANSPETRO, apenas em caráter interno do TEBAR mais detalhamento na inspeção da tubulação. Teria se constatado que a colocação de um andaime teria prejudicado a vistoria da válvula e vent aberto, sendo que a própria existência do andaime já aponta que teria havido reparo local, o que indica necessidade de vistoria a pé no local.*

4) SR^a SARA MARIA VIEIRA CARNEIRO: atuava na ocasião dos fatos como engenheira no TEBAR, desde 2010, tendo feito referências acerca da necessidade de vistoria de forma segura, a partir da verificação efetiva quanto ao fechamento das válvulas e vents.

Em sede de interrogatório da ré TRANSPETRO, foi ouvido o representante Sr. CLAUDIO SANTOS DE OLIVEIRA.

Na verdade, o que se observa foi que a TRANSPETRO não observou e nem fez bem cumprir os procedimentos e protocolos de segurança, dentre os quais o procedimento PE-3N7-00533-K, nos atos subsequentes ao reparo da tubulação 22-B, que liga o Terminal Almirante Barroso – TEBAR ao atracadouro do Porto de São Sebastião ao.

Após ter sido realizado o inicial esvaziamento de óleo da tubulação 22-B, com subsequentes serviços de solda na linha, que se fizeram necessários segundo apontamento pela manutenção, posteriormente à conclusão do reparo a TRANSPETRO não realizou de forma segura e satisfatória a necessária aferição pessoal, local (in loco) e preventiva perante toda a extensão da linha, para imperiosa certificação quanto ao efetivo fechamento de todas as válvulas e vents por onde passa o óleo MF380 desde o TEBAR até o ancoradouro do Porto de São Sebastião.

Cumpre asseverar que, conforme documentos técnicos, fotos e plantas que instruem os autos, sobretudo de fl. 501/513, faz-se possível a plena identificação visual na linha do “vent ø6 – LOCAL DO VAZAMENTO” (fl. 502/505), bem como a partir da PLANTA ISOMÉTRICA (fl. 508, 511 e 513), de maneira que, conforme reiteradamente asseverado, tanto a partir das informações técnicas dos autos, inclusive da própria ré TRANSPETRO, quanto através da produção da prova oral, o vazamento do óleo que deu causa imediata à contaminação ambiental decorreu da falha da TRANSPETRO em não fazer cumprir de forma devida, segura e obrigatória o procedimento de inspeção visual das válvulas e vents da linha, no período posterior à fase de reparo da linha pela manutenção.

Por conseguinte, após sinalização pelo check-list da Lista de Verificação Inspeção Final de Tubulações – Entrega de tubulações em Manutenção para a Operação, realizado por equipe multidisciplinar da TRANSPETRO (Manutenção, Inspeção e Operação) – de 04/05/2013 (fl. 460), no sentido de que estariam vistoriados e fechados todos os vents (“Os vents e drenos estão fechados? SIM – Os vents e dreno estão flangeados ou plugueados? SIM”) - quando na realidade não estavam de fato -, conforme documentos técnicos e oitivas em audiência,

verificou-se a partir a ré TRANSPETRO o “derramamento de óleo... no mar desta cidade a sua maricultura foi contaminada com tal óleo ocasionando a interdição por parte da Vigilância Sanitária em decorrência da contaminação dos insumos e de aproximadamente vinte mil quilos dos produtos destinados a comércio, entre matrizes e sementes. Além da interdição de mais quinhentos quilos do produto, aproximadamente, o qual tentou salvar da contaminação”, conforme inclusive consignado em *Boletim de Ocorrência* lavrado na ocasião perante a Polícia Civil de São Sebastião (fl. 38).

E, conforme informações técnicas da própria ré TRANSPETRO (fls. 113/116), “a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimento adequado ao procedimento”, ou seja, houve grave e catastrófica inobservância ao procedimento de segurança que determina a realização de vistoria pela equipe multidisciplinar após os reparos realizados na linha, restando evidenciada a AUTORIA da TRANSPETRO na medida em que a vistoria na tubulação 22-B pela TRANSPETRO, na realidade, ocorreu não de forma presencial e local (*in loco*), mas sim a bordo de um veículo coletivo (van) em movimento, quando de fato não se fez possível a visualização da válvula e vent a partir dos quais veio a ocorrer “o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013” pela TRANSPETRO, e que deu origem, segundo Informação Técnica da CETESB (fl. 41/46), a:

- contaminação de praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), além de manchas fragmentadas no mar ao longo do canal e próximas à linha costeira deste município

- as praias do ARRASTÃO e CIGARRAS também impróprias para banho

- mancha iridescente sobre uma cultura de mexilhões localizada nas proximidades do costão sul da Praia das CIGARRAS. A CETESB contatou de imediato a Vigilância Sanitária do Município informando sobre possível contaminação dos mariscos.

- contaminação de praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... ornando-as impróprias ao banho.

- houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade de Multa – AIIPM nº 68000045, à Transpetro, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

- as praias vistoriadas estavam com a bandeira vermelha da CETESB indicando que não estavam próprias para banho.

- Na praia do Arrastão constatou-se incidência de crustáceos marinhos em formas jovens mortos sem indicio de ataque de predadores.

- Os tambores plásticos utilizados nas mariculturas da praia das Cigarras também apresentam óleo impregnado. Constatou-se ainda um trecho em que galhos e vegetação estavam contaminados com óleo...

- o plantão da CETESB foi novamente acionado com denuncia de mortandade de camarões na praia do arrastão

Com efeito, a autoria da TRANSPETRO na prática dos crimes previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, resta demonstrada a partir de elementos de prova convincentes, incontestes e robustos, que convergem de forma

uníssona para as conclusões constantes das seguintes considerações finais da Informação Técnica da CETESB, a:

Considerações finais

“Considera-se que houve contaminação ambiental causada por poluição do mar, solo (areia) e costões rochosos, cuja origem foi o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013.”
 “As praias atingidas foram: PORTO GRANDE, DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS (Incluindo o Costão do Arpoador), em SÃO SEBASTIÃO, e as praias CAPRI-CÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA em CARAGUATATUBA, que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, IMPEDINDO O USO PÚBLICO DAS PRAIAS pelo LANÇAMENTO DE SUBSTÂNCIAS NO MAR, SOB RISCO POTENCIAL À SAÚDE HUMANA.”

Por oportuno, quanto à *validade e aplicação das conclusões da CETESB quando em vista subsequente aos fatos* que deram ensejo a esta ação penal, possuindo suas *informações técnicas*, portanto, os *atributos de legalidade e legitimidade*, cumpre reproduzir em parte os fundamentos constantes da sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 0000884-44.2014.403.6135, em trâmite perante este Juízo Federal e em que o MM. Juiz Federal Carlos Alberto Antonio Junior julgou parcialmente procedente a ação proposta pelo Município de Caraguatatuba em face da TRANSPETRO, em razão dos mesmos fatos e na esfera cível com as mesmas partes, já devidamente intimadas de seu inteiro teor (DJe de 09/05/2019), em que houve condenação ao ressarcimento de valores, pagamento de danos materiais e morais e, ainda, obrigação de fazer, mediante concessão de liminar:

“(…) Não convence a alegação da ré que a informação da CETESB não pode ser usada como prova. Trata-se de fatos dinâmicos, onde a CETESB teve participação decisiva na recuperação da área degradada, e, por informação técnica, relatou os acontecimentos e decisões tomadas ao longo do tempo. Não há prova melhor para se remontar a situação como efetivamente encontrava-se, do que referido documento. Ademais, a CETESB é ente público, que se rege pelos princípios constitucionais da Administração Pública, sendo que seus atos revestem-se dos atributos da legalidade e legitimidade. Não há motivos jurídicos que impliquem na dispensa do documento como meio de prova.”

Pelo Ministério Público Federal, em sede de *alegações finais*, foi enfatizado acerca da autoria da TRANSPETRO, nos seguintes termos:

“(…) o nexo causal entre o resultado naturalístico decorrente do delito imputado e as atividades da TRANSPETRO, tanto sob o prisma preventivo quanto de contenção/intenção do evento poluente, é cristalino nos autos. Isso se demonstra pelas inúmeras, e graves, deficiências metodológicas e operacionais nos seus sistemas/procedimentos de comunicação operacional; aferição e monitoramento de vazamentos; e retorno à operação após manutenção. (...) Resta patente a insuficiência das medidas de prevenção da atividade potencialmente poluente da ré, que acarretou o dano ambiental praticado sob o interesse e benefício do ente jurídico... Portanto, evidenciado o liame entre os fatos de que se trata e as atividades da ré, reputa-se clara a culpabilidade (reprovabilidade social) na (falta de) atuação da TRANSPETRO quanto aos fatos em tela, o que ratifica a imprescindibilidade de sua responsabilização penal. (fl. 1221-verso/1223-verso).

Acerca da autoria da TRANSPETRO em decorrência da *relação direta de causalidade* entre seus atos de manutenção, inspeção e execução e a ocorrência do derramamento do óleo MF380 no Canal de São Sebastião, tendo inequivocamente dado causa ao resultado do crime, faz-se relevante a reprodução do art. 13, do Código Penal:

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Ainda, *fato grave e reprovável* a ser pontuado nesta fundamentação, e conforme inclusive constou das oitivas de testemunhas, interrogatório do representante da ré TRANSPETRO e, inclusive, informações apresentadas aos autos pela Agência Nacional do Petróleo – ANP (fl. 24/26 e 1221-verso), verifica-se que, **MESMO APÓS A PROVOCAÇÃO DO VAZAMENTO DOS 3.500 LITROS DO ÓLEO MF380, a partir do vent 6” que se encontrava aberto quando dos procedimentos pós reparo na linha pela manutenção , NÃO SE VERIFICA QUALQUER ALTERAÇÃO OU APERFEIÇOAMENTO PELA TRANSPETRO NOS PROCEDIMENTOS DE SEGURANÇA**, tampouco incremento na forma como deve ocorrer a inspeção visual presencial quando do ckeck-list das válvulas e vents que compõem a linha 22 de abastecimento que liga o TEBAR ao Porto de São Sebastião, visto que “se contentou em manter seus sistemas e procedimentos de monitoramento, prevenção e contenção de vazamentos tal como o eram antes dos fatos” (fl. 1222-verso), conforme inclusive apontou o Ministério Público Federal em suas alegações finais, o que conduz à conclusão de permanência do elevado risco e vulnerabilidade das atividades e procedimentos da TRANSPETRO nos atos de manutenção, inspeção e operação perante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR em São Sebastião, o que certamente merece e exige reformulação e necessárias melhorias nos procedimentos técnicos de segurança de manutenção, inspeção e operação pela TRANSPETRO no TEBAR.

E, acerca da autoria da TRANSPETRO na esfera cível, para fins de condenação ao dever de reparação cível em virtude dos danos ambientais verificados, constou da r. sentença dos sobreditos autos de Ação Civil Pública nº 0000884-44.2014.403.6135o seguinte teor, em parte:

“No caso dos autos, é patente que houve impedimento de uso público das praias da região (todas sob a área de competência desta Justiça Federal, frise-se) em razão de terem sido atingidas pelo produto vazado; é patente, também, que houve perda da produção dos maricultores. Não se pode falar, assim, que a pronta intervenção da ré impediu totalmente qualquer dano a coletividade. (...)

Assim, impõe-se admitir a condenação da ré por danos ambientais, resultando em prejuízo difuso pelo atingimento de praias e sua interdição, bem como em prejuízo coletivo dos maricultores da região. Nos exatos termos da Lei n. 6.938/81, a responsabilização ambiental independe de dolo ou culpa, sendo modalidade de responsabilidade objetiva. Logo, como nos autos está provado o dano, sendo a conduta da parte ré incontroversa, impõe-se a responsabilização, na medida em que o nexo causal é facilmente aferível pela tão só existência do acidente em si (teoria do risco integral). (...) (Grifo nosso).

Não obstante se tratar de *pessoa jurídica*, com sede situada no Município do Rio de Janeiro, é incontroverso que a ré TRANSPETRO possui sede de instalações situadas no Município de São Sebastião-SP, onde atuante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR, sendo ainda evidente que todos os atos que culminaram na grave contaminação ambiental, impedimento do

uso de praias e mortandade de flora e fauna marinhas decorrem das ordens, procedimentos de segurança e interesse econômico da própria TRANSPETRO quando do exercício da manutenção, inspeção e operação de suas atividades, motivos pelos quais os crimes ambientais devem ser atribuídos à autoria da ré TRANSPETRO, a partir de sua responsabilização penal prevista na Constituição Federal, art. 225, § 3º, e na Lei nº 9.605/1995, art. 3º:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (....)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, PESSOAS físicas ou JURÍDICAS, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 3º As PESSOAS JURÍDICAS serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Conforme se consignou nas informações prestadas por este *Juízo Federal* nos *Mandados de Segurança Criminal nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP* e *nº 0018437-11.2016.4.03.0000/SP*, que tramitaram perante *Eg. TRF da 3ª Região*, sobre a *responsabilização penal da pessoa jurídica* prevista no *art. 225, § 3º, da Constituição Federal*, fez-se oportuna a citação do seguinte precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido”. (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

E, ante a relevância da matéria relativa à *responsabilização penal da pessoa jurídica*, que possui *matriz constitucional* no *art. 225, § 3º, da Constituição Federal*, e ao “*condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*” (*dupla imputação*), extraí-se do relatório, do voto e do esclarecimento da *Eminente Relatora Ministra Rosa Weber* o seguinte teor, em que conclui que “*Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*”, in verbis:

“RELATÓRIO (...) Breve histórico do caso é oportuno.

O Ministério Público Federal do Estado do Paraná formulou, em 02.8.2001, denúncia contra Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira pelo crime de poluição previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998. A denúncia foi recebida em

03.8.2001 pela ilustre Juíza Federal Bianca Georgia Arenhart Munhoz da Cunha.

Transcrevo trecho da denúncia que resume o fato delitivo:

“No dia 16 de julho de 2000, a denunciada Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária - Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigui e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas - dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.

Durante o trâmite da ação penal, a Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A buscou o trancamento da ação penal por meio de mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de acórdão denegatório (fls. 274-360), interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça;

(...)

Quanto à Petrobras, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a responsabilidade penal da pessoa jurídica exige a “imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*” (fl. 567) Como, pela decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 83.554-6/PR e pela extensão de ofício da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais figuravam no polo passivo pessoas físicas responsáveis pelo crime, entendeu o Tribunal Superior que a ação penal não poderia prosseguir somente contra a pessoa jurídica.

(...)

Em seguida, interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal (fls. 610-22) que aponta, como dispositivos violados, o art. 5º, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, e o art. 225, § 3º, todos da Constituição Federal.

(...)

VOTO (..)

A acusação, na origem, se fez pelo crime de poluição ambiental do art. 54 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998:

(...)

Por seu turno, eis o teor do § 3º do art. 225 da Carta Política de 1988:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, julgo merecer provimento o agravo regimental, a fim de assegurar o processamento do recurso extraordinário, viabilizando a esta Suprema Corte melhor exame da questão constitucional debatida. Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental.

É como voto.

ESCLARECIMENTO (...)

Eu, com todo respeito, *entendo que há uma questão constitucional maior envolvida (ao menos numa primeira visão, numa primeira leitura). Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural.* (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

Ainda, consta às fls. 819/821 cópia do *inteiro teor da decisão do STJ no RESP nº 1.579.538/SP, que reformou o acórdão do Eg. TRF d 3ª Região e afastou o trancamento desta ação penal em relação à ré TRANSPETRO, por se admitir sua responsabilização penal independentemente da responsabilização de seus dirigentes (Teoria da Dupla Imputação):*

“DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Colhe-se dos autos que a ora recorrida interpôs mandado de segurança contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP que recebeu denúncia oferecida contra si e demais corréus, pela suposta prática do delito tipificado no art. 54, § 2º, IV e V, combinado com o art. 3º, ambos da Lei n. 9.605/98 (causar poluição), em virtude do “lançamento de 3.500 litros de óleo diesel marítimo (MF - 380 Marine Fuel Oil), em níveis que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias “ (e-STJ fl. 1.122). O Tribunal de origem concedeu a segurança para trancar a ação penal, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1.126): (...)

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, o acórdão recorrido decidiu de forma contrária ao entendimento desta Casa, firmado em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: (...)

‘PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRECINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. (...) (AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015, grifei).’

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de, cassando o acórdão recorrido, determinar o regular prosseguimento da ação penal.”

Portanto, conforme decisão do Eg. STJ no RESP nº 1.579.538/SP, foi determinado o regular prosseguimento desta ação penal em face da Petrobrás Transporte S/A, sob o relevante fundamento de que: “em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,... não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome”.

E, sobre a responsabilização da pessoa jurídica e, por conseguinte, a responsabilidade da TRANSPETRO pelos fatos objeto destes autos, independentemente da dupla imputação, ou seja, da necessária responsabilização das pessoas físicas atuantes na gestão da empresa (Teoria da Dupla Imputação), seguem relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – Grifo nosso).

“PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes

ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. 2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica. 3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. 4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente. 5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica. 6. Agravo regimental desprovido...” (AROMS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 48085 2015.00.87565-0, GURGEL DE FARIA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/11/2015 – Grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento... (ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 39173 2012.02.03137-9, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/08/2015 – Grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 54, § 2º, V, DA LEI Nº 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. POLUIÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO DIESEL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO COM BENZENO EM NÍVEIS SUPERIORES AO ACEITÁVEL PELA NORMA, DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRODUTO CANCERÍGENO. RISCO À SAÚDE HUMANA COMPROVADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, sob o argumento de que o tipo de perigo abstrato não dispensa a prova de risco de perigo, demandando a realização de prova específica, não se verifica-se a apontada omissão, uma vez que essa questão encontra-se suficientemente examinada no âmbito do acórdão que julgou os aclaratórios. 2. Quanto à suscitada negativa de vigência ao art. 54, da Lei 9.605/98, sob o argumento de que “é necessário que a poluição alcance níveis capazes de causar danos à saúde humana”, também não assiste razão aos recorrentes. Isso porque, consoante se depreende do excerto transcrito, no caso ora examinado, constatou-se, por meio da Nota Técnica do ICMBio, elaborada em 29/12/2011, que o lençol freático foi contaminado por produto carcinogênico, qual seja o benzeno, em concentrações superiores àsquelas estabelecidas pela Resolução CONAMA 420/09, o que, por si só, é suficiente para causar danos à saúde humana, não sendo necessário, confor me

destacado pelo Tribunal a quo, a demonstração de lesão efetiva aos moradores da região.
3. Agravo regimental a que se nega provimento...” (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1273153 2018.00.79311-1, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/08/2018 – Grifo nosso).

Comprovada nos autos, portanto, a *autoria*. Passo, por fim, à análise da *tipicidade*.

C) TIPICIDADE

Lei nº 9.605/1998, artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º:

“Da Poluição e outros Crimes Ambientais

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

(...)

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

§ 2º Se o crime:

(...)

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos. (...)”

A partir dos *elementos do tipo penal* consubstanciado na *denúncia*, *não se exige dolo específico* por parte da ré TRANSPETRO para sua incursão nas *penas do artigo 54, § 2º, incisos IV e V, da Lei nº 9.605/1998*, mas o *dolo genérico* em “*dificultar ou impedir o uso público das praias*” (*inciso IV*) e “*ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*” (*inciso V*).

Trata-se, ainda, de *crime de perigo abstrato*, ou seja, cuja *consumação independe de qualquer resultado da ação do agente*, tal como se *verifica ter ocorrido por parte da TRANSPETRO* no caso desta ação penal.

E o *dolo* inerente à *prática delitiva* se *verifica pela TRANSPETRO* justamente nas suas *ações perpetradas* na medida em que *pela própria ré se constatou em suas informações técnicas* ter ocorrido “*Vistoria inadequada e insuficiente da tubulação conforme Lista de Verificação – itens 1 e 2 do anexo D do procedimento PE-3N7-00533-K.*” (da fls. 113/116), dando causa a “*uma das válvulas (Figuras 06 a 08) encontrava-se, no momento da liberação do material combustível, inadequadamente aberta e sem a sua tampa superior;*”, conforme *Laudo de Perícia Criminal da Polícia Federal* (fl. 138/152), o que *causou a “contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), e... contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento*

de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Assim, no caso dos autos, infere-se que a *materialidade e a autoria* são *incontroversos*, bem como o *dolo do agente*.

Portanto, *comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo da TRANSPETRO na prática do crime ambiental, e não ser verificando qualquer causa excludente da antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade*, impõe-se a *condenação da ré TRANSPETRO às penas previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98.*

Passo à dosimetria da pena.

II. 2 - DOSIMETRIA DA PENA

Inicialmente, cumpre registrar que, para a *dosimetria da pena*, em virtude das *circunstâncias judiciais (CP, art. 59) (primeira fase) e agravantes e atenuantes (CP, art. 61 e 65) (segunda fase)*, o *aumento da pena-base* será realizado *tomando-se em consideração o montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal (“Pena - reclusão, de um a cinco anos”)*, e *não tão somente a pena-mínima*, para obtenção do *patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), sobretudo em virtude do *princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*.

E, para cada *circunstância judicial (CP, art. 59)* valorada de forma *desfavorável*, *será elevada a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima*, considerando a existência das *circunstâncias judiciais (CP, art. 59)* a serem apreciadas, não obstante a impossibilidade de o comportamento da vítima ser sopesado em prejuízo ao réu, para efeito de *justa equivalência* entre o número total de circunstância judiciais previstas em lei.

Quanto às *agravantes e atenuantes*, considerando o *parâmetro ordinário utilizado pela doutrina e pela jurisprudência*, para cada *agravante ou atenuante (CP, arts. 61 e 65)* será *elevada ou reduzida a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal*, observado que *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (Súmula nº 231/STJ).*

Ainda, *“as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário*, malgrado haja pena concreta dosada, as *agravantes e atenuantes* serão fixadas com *parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais*, sob pena de as *agravantes* tornarem-se menos gravosas e as *atuantes* menos benéficas do que as meras *circunstâncias judiciais* da primeira etapa, o que subverteria o *sistema hierárquico da dosimetria trifásica*”. (STJ: HC 333.087/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/09/2016; HC 325.961/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016).

Conforme o *Supremo Tribunal Federal*, na *fixação da pena*, o *princípio da proporcionalidade* deverá ser o *norte utilizado pelo julgador* para a sua dosagem, a partir das *peculiaridades do caso concreto* (Informativo nº 563 - STF ref. HC nº 97056/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski - 13/10/2009). E, sobre os *parâmetros* acima referidos para a *fixação da pena*, os seguintes *precedentes jurisprudenciais do STJ e Tribunais Regionais Federais*: HC 345.398/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/06/2016; HC 291.506/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/08/2016; HC 180.167/MG, Rel. Ministro

Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/08/2016; TRF3 - ACR 00013046420084036004, Rel. Cecília Mello, Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1: 06/07/2016. Por oportuno, cons-tou de *relevante precedente do TRF5: “Posições extremadas que podem ser temperadas, aproveitando-se adminículos relevantes de cada uma delas: i) a fixação da pena não pode ter precisão aritmética, mas, por outro lado, as oito circunstâncias devem ser sopesadas, nada impedindo que uma prepondere ante as demais”* (TRF5 - ACR 200581000145860, Rel. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJ - Data: 22/10/2008).

Na hipótese de existência de *inquéritos policiais ou ações penais em curso*, em que *não haja condenação com trânsito em julgado*, não serão tais elementos utilizados para elevar a pena-base, ante o teor da Súmula nº 444/STJ. E, na concorrência entre *mais de uma condenação em desfavor do réu*, observado o prazo limite do CP, art. 64, inciso I, serão distribuídas entre a primeira fase (*maus antecedentes*) e a segunda fase (*reincidência*) da aplicação da pena, de maneira afastar *bis in idem* e não haver valoração negativa em duplicidade sobre o mesmo fato (condenação).

Consagrado no Código Penal o critério trifásico para o cálculo da pena (art. 68), início pela primeira fase na fixação da pena-base, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do diploma penal, em exegese que alcance a pena necessária para atender ao grau de reprovação da conduta e que seja suficiente para prevenir o crime (*prevenção genérica e específica*).

Na primeira fase de aplicação da pena, observo em relação às circunstâncias judiciais que a culpabilidade se encontra evidentemente exacerbada, tendo em vista a elevada lesividade e reprovabilidade dos atos perpetrados pela ré TRANSPETRO na prática de crime ambiental no canal de São Sebastião, em que restou comprovado que o crime fora cometido em razão da séria inobservância a procedimento de segurança interna, conforme apontam reiteradamente os documentos técnicos dos autos, demonstram os relatos das testemunha ouvidas em Juízo e se reconhece em relatório da própria ré TRANSPETRO:

“(...) a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimentos adequado ao procedimento.” (fl. 113/116)

“o procedimento PE-3N7-00156-Q – “Liberação de Equipamentos da Operação para Manutenção” não foi observado adequadamente.” (fl. 123)

Outrossim, eleva a culpabilidade da ré TRANSPETRO o fato de que a identificação do derramamento de óleo no mar dependeu de atuação externa e independente dos procedimentos de segurança da TRANSPETRO, ou seja, fora visualizado no primeiro momento por funcionário terceirizado (testemunha Sr. Fabricio Roberto Da Costa) que retornava do píer do Porto de São Sebastião, não tendo se identificado a atuação de mecanismos de segurança da TRANSPETRO na aferição a ocorrência do vazamento, visto que os testes de pressão e teste hidrostáticos não foram aplicados após a realização do reparo na linha de abastecimento 22, visto que se esta encontrava vazia, conforme reiteradamente pontuado durante a produção de prova oral.

Os motivos e as circunstâncias do crime, embora graves, foram os normais da espécie.

Já as consequências devem consideradas negativamente, em razão do grande número de praias que tiveram impedimento em seu uso pelo público (inciso IV), visto que causou a “contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), e... contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha)... que

tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Ainda, em virtude da *mortandade das culturas de mariscos e camarão na região atingida pelo derramamento do óleo pela TRANSPETRO (inciso V)*, conforme *informações técnicas da CETESB, Boletim de Ocorrência e relato de testemunha*. Conforme ainda asseverou o Ministério Público Federal em suas alegações finais:

“Diante de todos os fatos elucidados nesta ação, mostra-se imprescindível que, na dosimetria da pena, sejam levadas em conta as consequências do crime (art. 59 do Código Penal) como circunstância apta a agrava a(s) sanção(ões) penal(is).

Afinal, conforme se depreende do exposto, no item ii (materialidade), os fatos em questão repercutiram, de forma anormal e grave, no direito difuso de acesso às praias afetadas pelo vazamento de óleo, bem como na atividade laboral de diversos maricultores da região afetada” (fl. 1224-verso).

Não há que se falar em *comportamento das vítimas*. A ré é primária e, na data do cometimento do delito, não ostentava maus antecedentes.

Também não há nos autos, elementos por meio dos quais se possa valorar sua *conduta social* e sua *personalidade*.

Portanto, *tratando-se da incidência do inciso IV (“dificultar ou impedir o uso público das praias”) e do inciso V (“ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos)*, bem como *havendo 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e consequências do crime)*, e, ainda, *tomando-se em consideração o montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal (“Pena - reclusão, de um a cinco anos”)* para obtenção do patamar de valoração (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), em aplicação ao princípio da proporcionalidade e para que seja fixado o parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, sem atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, nada a considerar, tornando definitiva a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em comento.

As circunstâncias judiciais (CP, art. 59) permitem que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto, a teor do que diz o art. 33, §2º, alínea “c”, do CP, tendo em vista que o montante resultante da soma das penas privativas de liberdade é igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Tratando-se a ré de pessoa jurídica, na aplicação da pena observa-se estarem presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do art. 44 do CP, tratando-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça, ré não reincidente em crime doloso e por entender ser suficiente à prevenção e repressão do crime praticado, incidindo em razão a pena aplicada de 4 (quatro) anos o art. 44, § 2º (§ 2º Na condenação... se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos), bem como os termos da Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21,

incisos I (multa) e III (prestação de serviços à comunidade), substituo a pena privativa de liberdade aplicada por prestação de serviços à comunidade e multa (isoladas e cumulativas – art. 3º, da Lei nº 9.605/98), nos seguintes termos:

a) **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE**, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias nas áreas de praias dos Municípios de São Sebastião e de Caraguatatuba que sofreram contaminação em razão do crime ambiental praticado pela TRANSPETRO, quais sejam em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46), incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado; (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, e (iv) revitalização dos ranchos de pesca dos maricultores e pescadores locais situados nas praias relacionadas, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB, e

b) **MULTA**, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação a órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, segundo relatório da CETESB (fl. 41/46), conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal.

Com efeito, o elevado valor da multa aplicada se justifica na medida em que observados os parâmetros legais do Código Penal (art. 45, § 3º: “montante do prejuízo causado” e art. 60: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”) e da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 6º, (“Para imposição e graduação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista... suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;... III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”), considerada a condição econômica da ré TRANSPETRO, pessoa jurídica em atividade econômica no Terminal Almirante Barroso – TEBAR de São Sebastião desde 11/09/2000, que evidentemente alcança lucros expressivos em sua atividade perante o TEBAR situado junto ao Porto de São Sebastião, e com capital social que supera a dezena dos milhões de reais (Fonte: Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP - [https://www.jucesponline.sp.gov.br/Pre_Visualiza.aspx?nire=33300260391&idpr](https://www.jucesponline.sp.gov.br/Pre_Visualiza.aspx?nire=33300260391&idproduto=)oduto= - Acesso em: 24/05/2019).

Ademais, impõe-se que sejam levados em consideração, para o arbitramento do valor da multa que substitui a pena privativa de liberdade, as graves e catastróficas consequências

do derramamento de 3.500 litros de óleo MF380 no Canal de São Sebastião, o que causou a interdição de quase 10 (dez) praias dos Municípios de São Sebastião e Caraguatatuba, em especial “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Outrossim, como também parâmetro a ser considerando na imposição da multa na esfera penal, conforme Informação Técnica da CETESB, de 23/04/2013 (fl. 41/58), “considerando que houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade e Multa – AIIP nº 68000045 [de 08/04/2013 – fl. 53], à TRANSPETRO, no VALOR DE R\$ 10.000.000,00 (DEZ MILHÕES DE REAIS)” (fl. 43-vero), além de obrigações de fazer consistentes no “relatório detalhado do incidente”, “monitoramento das áreas afetadas” e “plano de contingência para que casos semelhantes de vazamento de óleo oriundo do Terminal atingindo o mar não se repitam, informando à CETESB as medidas tomadas ou a serem tomadas, no prazo de 60 (sessenta dias).”, de maneira que a multa penal ora aplicada representa, em valores desatualizados, visto que o Auto de Infração de Penalidade e Multa – AIIP nº 68000045 data de 08/04/2013 (fl. 53), já há mais de 6 (seis) anos, a importância equivalente a 20% (vinte por cento) do valor imposto a título de multa na esfera administrativa pela CETESB, que, até o término da instrução penal, não constava qualquer informação acerca de seu efetivo pagamento pela TRANSPETRO.

Ainda, há que se considerar a comprovada mortandade de culturas de mariscos e camarões de pescadores locais, e ainda o tempo de cerca de até 3 (três) anos para terem restauradas a fauna e flora marinhas e restabelecida a produção local de pescados que atende à subsistência familiar, conforme demonstram os laudos, informações técnicas, boletim de ocorrência, notícias, fotos e declarações em sede policial e das testemunhas em Juízo que instruem estes autos de ação penal.

Ante a gravidade dos atos delitivos da TRANSPETRO e as nocivas consequências do crime ambiental praticado, o Ministério Público Federal, ante a presença dos requisitos legais objetivos e subjetivos, houve por bem efetuar proposta de suspensão condicional do processo à ré TRANSPETRO, mediante o pagamento da importância de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), para destinação a órgãos ambientais do litoral norte de São Paulo (fl. 838/839), somada a outras condições estabelecidas na proposta, o que, contudo não fora aceito pela TRANSPETRO, que optou pelo prosseguimento da instrução penal e julgamento do feito.

E, dentre as justificativas do elevado valor proposto, sustentou o Ministério Público Federal:

“O referido valor [R\$ 3.000.000,00] como condicionante par a suspensão condicional do processo se justifica pela dimensão do dano causado pela empresa poluidora, uma vez que houve derramamento de relevante quantidade de óleo MF-380 (total de 3.500 litros), o que ocasionou significativos impactos econômicos, sociais e ambientais.

Nesse sentido, deve-se frisar que várias praias, distribuídas por dois municípios do Litoral Norte de São Paulo foram atingidas: Porto Grande, Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras – incluindo Costão do Arpoador (São Sebastião); Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha (Caraguatatuba). Tais praias tiveram sua balneabilidade afetada, pois ficaram impróprias para

banho até o dia 15 de abril de 2014, ou seja, o óleo derramado comprometeu a balneabilidade por pelo menos dez dias (fl. 41-52).

Cumpra observar, ademais, que o Litoral norte de São Paulo, notadamente São Sebastião, é a região do sul/sudeste que mais foi afetada pelo derramamento de óleo nos últimos tempos, mais especificamente entre 1971 e 2000... dentro daquele período, sofreu com o derramamento de óleo por oito vezes, perfazendo o total de 18.345 m³ (dezoito mil, trezentos e quarenta e cinco metros cúbicos) de óleo vazados. Nota-se, portanto, que a região tem sido historicamente atingida por impactos ambientais da mesma natureza do apurado nos autos, fato que certamente não pode ser desprezado” (Fl. 838/839).

Portanto, sobreditos critérios, em conjunto, justificam e sustentam o arbitramento da multa penal em valor substancial e compatível com os parâmetros previstos na legislação penal (Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais): “montante do prejuízo causado”, “situação econômica do réu”, “gravidade do fato”, “conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente”), bem como com as peculiaridades do caso em concreto, visto que em o derramamento de 3.500 litros de óleo MF-380 a partir da linha de abastecimento do TEBAR da TRANSPETRO provocou a interdição de quase 10 (dez) praias do litoral norte do Estado de São Paulo pelo tempo de cerca de 10 (dez) dias, “que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Por derradeiro, merece ainda destaque as razões do Ministério Público Federal ao pontuar sobre o histórico preocupante de derramamentos de óleo que tem se verificado na região, somado à grave inércia da TRANSPETRO ao não aperfeiçoar nem otimizar os sistemas de segurança de suas atividades de manutenção, inspeção e operação, que segundo a oitiva das testemunhas, permanecem tal como vigoravam quando da ocorrência do crime ambiental, fatores que, em última análise, atendem ao caráter repressivo e pedagógico da multa penal.

Prejudicadas a suspensão condicional da pena e a deliberação acerca da prisão da ré pessoa jurídica.

Passo ao dispositivo.

III – DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta:

I) JULGO EXTINTA a punibilidade quanto aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA, medida que se impõe nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei nº 9.605/1998, bem como

II) JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR a ré TRANSPETRO qualificada nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I (multa) e III (prestação de serviços à comunidade), aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

a) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias nas áreas de praias dos Municípios de São Sebastião e de Caraguatatuba que sofreram contaminação em

razão do crime ambiental praticado pela TRANSPETRO, quais sejam em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46), incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado; (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, e (iv) revitalização dos ranchos de pesca dos maricultores e pescadores locais situados nas praias relacionadas, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB, e

b) MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação a órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, nos termos do relatório da CETESB (fl. 41/46), conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal.

Transitada em julgado, proceda-se em relação à ré TRANSPETRO: (a) ao lançamento do nome no rol dos culpados; (b) às anotações junto ao Instituto Nacional de Identificação (INI), caso aplicáveis em relação à pessoa jurídica; (c) ao encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação; (e) à expedição de Guia de Execução de Pena; e (f) às demais diligências e comunicações necessárias.

Custas na forma da Lei.

Ciência ao Ministério Público Federal, à Delegacia de Polícia Federal, à CETESB, bem como aos Municípios de Caraguatatuba-SP e São Sebastião.

Ao SEDI para as anotações pertinentes.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 24 de maio de 2019.

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**0022691-31.2014.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/06/2019

SENTENÇA

Vistos etc.

O Ministério Público Federal propôs a presente ação de improbidade administrativa contra NAGIB ELIAS ESPER pelas razões a seguir expostas.

De acordo com a inicial, o requerido, entre os anos de 2002 e 2003, e até o ano de 2013, enriqueceu ilicitamente ao adquirir para si, no cargo de auditor fiscal da Receita Federal, bens com valores desproporcionais à sua renda, no valor atualizado de R\$ 1.507.186,20. Praticou, assim, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92. Também atentou contra o princípio da legalidade, ao exercer a gerência e administração de três empresas de sua propriedade: Camburi Imóveis e Administração Ltda.-ME, Zaplan Administração e Construções Ltda.-ME e Aroma Refeições Caseiras Ltda. Violou, no caso, o artigo 117, X, da Lei n. 8.112/90, que proíbe o servidor público de exercer atos de gerência e administração em sociedade privada. E incorreu na prática de ato tipificado no artigo 11, *caput* da Lei n. 8.429/92.

Afirma, a inicial, que houve um Procedimento Administrativo Fiscal (PAF), de n. 10803.000076/2008-17 que deu origem ao Procedimento Administrativo (PAD) n. 16302.000050/2014-74. Nestes, foram constatados os fatos e foi constatado o enriquecimento ilícito de NAGIB, nos anos-calendários de 2001 a 2003, totalizando a variação patrimonial a descoberto nos valores de R\$ 368.786,29 (para o ano de 2002) e R\$ 410.363,78 (para o ano de 2003). Tudo isso foi apurado no Procedimento Preparatório n. 1.34.001.004015/2014-15 do Ministério Público Federal.

Salienta, o autor, que o valor referente ao enriquecimento ilícito obtido pelo réu, no ano-calendário de 2002, foi inicialmente registrado como sendo de R\$ 409.486,29. Contudo, após impugnação contra os valores apurados, a autoridade fiscal de primeira instância julgou procedente em parte o lançamento para reduzir o acréscimo patrimonial ao valor acima mencionado para o ano de 2002.

Aduz que, em 17.11.2006, foi iniciada ação fiscal pela Receita em face de NAGIB, com o objetivo de analisar as Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos anos-calendários 2001 a 2003. Finalizada a investigação em 15.10.2003, foi lavrado auto de infração por acréscimo patrimonial a descoberto, que constatou excesso de despesas (aplicação de recursos) sobre receitas (origem de recursos) não respaldadas por rendimentos declarados ou comprovados. Ainda, conforme os fundamentos apresentados no Termo de Verificação e Conclusão Fiscal, com relação ao ano-calendário de 2002, NAGIB declarou seus bens e direitos em uma única linha, sem detalhar cada item. Assim, não obstante a apresentação de seus esclarecimentos, foi apurada variação patrimonial a descoberto. Em relação ao ano-calendário de 2003, também foi feita a declaração de bens e direitos em uma única linha, sem detalhamento dos itens. Foi, também, constatada variação patrimonial a descoberto.

Sustenta, o autor, que já na esfera administrativa foi observada a intenção de NAGIB de cometer ilícitos contra a Administração Pública. Afirma, também, que NAGIB, em relação ao ano-calendário de 2013, está sob a análise mais detalhada da Receita.

Afirma que NAGIB, por meio de recursos, tenta impedir a aplicação das sanções na esfera fiscal, sem explicar a origem de seus altos e incompatíveis dispêndios.

Assevera que, considerando a alteração do acréscimo patrimonial a descoberto referente ao ano-calendário de 2002 e a manutenção do montante correspondente ao ano-calendário de 2003, conforme acórdão 17-33.669, o valor do enriquecimento ilícito do réu é de R\$ 797.150,07 (sem a devida atualização). Atualizado até novembro de 2014, o valor é de R\$ 1.507.186,20. E ressalta que até o ajuizamento desta ação, há recurso especial perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) pendente de julgamento.

O autor esclarece que o procedimento preparatório de n. 1.34.001.004015/2014-15 foi instaurado a partir de ofício encaminhado pela Corregedoria da Receita Federal informando a existência de Procedimento Administrativo Disciplinar contra NAGIB, a fim de apurar enriquecimento ilícito nos anos-calendários de 2002 e 2003. Sustenta que as Declarações de Imposto de Renda de NAGIB evidenciam os atos de improbidade por ele cometidos. A seguir, lista os imóveis de que NAGIB é proprietário, bem como as suas participações societárias. E afirma, ainda, que ele está registrado na Fazenda Nacional como sócio responsável pela CAMBURI IMÓVEIS E ADMINISTRAÇÕES LTDA.-ME e AROMA REFEIÇÕES CASEIRAS LTDA. Lista, também, imóveis registrados em nome de pessoa jurídica da qual NAGIB, junto com sua esposa, possui expressiva participação.

O autor afirma não ter ocorrido a prescrição, no caso, porque a cadeia de ilicitudes praticada por NAGIB ultrapassa a seara fiscal e cível, atingindo a esfera criminal, no que se refere à sonegação fiscal. Houve, inclusive, representação fiscal para fins penais contra o mesmo, em razão das condutas tipificadas na Lei n. 8.137/90. Salienta que a Lei n. 8.112/90 determina a aplicação dos prazos prescricionais da lei penal quando a infração for capitulada como crime (artigo 142, § 2º).

Pede, por fim, que NAGIB seja condenado nos termos do artigo 12, I e III, da Lei n. 8.429/92, no que couber:

- perda da função pública (cassação da aposentadoria);
- perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- pagamento de multa civil de três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido pela prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII;
- pagamento de multa civil de 80 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, pela prática do ato de improbidade previsto no artigo 11;
- à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
- à suspensão dos direitos políticos por dez anos.

O requerido foi notificado para apresentação de defesa preliminar. Esta foi apresentada.

A defesa foi analisada (vol. 2, fls. 461/465 dos autos físicos), foi decretado segredo de justiça em razão dos documentos juntados aos autos, foi afastada a alegação de prescrição e a inicial foi recebida. Na mesma oportunidade foi decretada a indisponibilidade de bens do réu. Contra esta decisão, o réu interpôs agravo de instrumento.

O réu contestou o feito (vol. 3, fls. 561 e segs. dos autos físicos). Em sua contestação alega, preliminarmente, a inépcia da inicial afirmando não haver causa de pedir em relação aos pedidos de multa. Sustenta a ilegalidade da obtenção de dados fiscais e sua transmissão ao autor. Isso porque, no procedimento administrativo fiscal n. 10803.000076-2008-17 houve a quebra do sigilo fiscal do réu pela Receita Federal, sem autorização judicial. Alega, também, a inadequação da via eleita, sustentando a desvinculação entre o acréscimo patrimonial e o exercício da função pública. No mérito, reitera a alegação de prescrição. Alega a inexistência de atos de improbidade. Pede que a ação seja extinta, que a ação seja julgada improcedente ou que, em caso de procedência, sejam afastadas ou reduzidas as multas pleiteadas pelo autor.

Réplica às fls. 16431657, vol. 7 dos autos físicos.

As partes foram intimadas a especificar as provas a serem produzidas.

O réu requereu a realização de perícia contábil. O autor pediu o depoimento pessoal do réu.

Às fls. 1733/1735 dos autos físicos (vol.7), foi indeferido pedido de desentranhamento da réplica, foram fixados os pontos controvertidos (existência de variação patrimonial a descoberto por parte do réu, enriquecimento ilícito do réu, exercício de cargo em gerência de empresa concomitantemente com o exercício de função pública por parte do réu), foi rejeitada a preliminar de inépcia da inicial bem como a de ilegal obtenção de dados bancários do réu e foi rejeitada a alegação de inadequação da via eleita. Foram, também, deferidas as provas requeridas. O réu interpôs agravo de instrumento contra esta decisão.

O Ministério Público Federal juntou cópia do Processo Administrativo Disciplinar n. 16302.00050/2012-74 (vol. 8). O réu se manifestou sobre os documentos (fls. 1868 e segs./ vol. 8)

O réu pediu o desbloqueio de parte de seus bens, afirmando que 25 imóveis declarados indisponíveis seriam suficientes para garantir futura execução de sentença.

Às fls. 2253/2254 do vol. 10, foi levantada a indisponibilidade de parte dos bens bloqueados.

Às fls. 2443/2444 do vol. 10, foi noticiado o falecimento do réu.

O autor requereu a habilitação dos herdeiros do réu. Pediu a continuidade do feito em face dos herdeiros com relação à perda dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio. Salienta que estes respondem, em caso de condenação, pelas repercussões patrimoniais, nos limites das forças da herança (artigo 110 do CPC/2015).

O feito foi suspenso e foi determinada a citação dos herdeiros para se pronunciarem, nos termos do artigo 690 do CPC.

Às fls. 2472/2473, o espólio de NAGIB ELIAS ESPER pediu para substituir o réu no pólo passivo. O pedido foi deferido.

O réu requereu (fls. 2502/2515 do vol. 11) a extinção do processo com relação à aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 por serem personalíssimas e alegou ilegalidade na condução do processo administrativo disciplinar. O autor concordou com a extinção do feito com relação a algumas sanções, pedindo a continuidade com relação à perda de valores e à multa de 3 vezes o valor ilicitamente acrescido ao patrimônio.

Às fls. 2525/2526, foi homologada a desistência dos pedidos de perda da função pública, pagamento de multa civil de 80 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente pela prática de ato previsto no art. 11 da Lei, proibição de contratar com o Poder Público ou rece-

ber incentivos e suspensão dos direitos políticos. Foi determinado o prosseguimento do feito com relação aos pedidos de perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e pagamento de multa civil de 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial. Contra esta decisão, foi interposto agravo de instrumento pelo réu.

Foi apresentado laudo pericial (fls. 2583/2615 do vol. 11). O réu manifestou-se e apresentou parecer técnico concordante e complementar. O autor requereu esclarecimentos por parte do perito.

O perito prestou esclarecimentos (fls. 2673/2681 do vol. 11).

O autor apresentou memoriais às fls. 2721/2750 do vol. 12. Pede a condenação do réu pela prática de ato de improbidade previsto no art. 9º, VII da LIA, nas seguintes penas: perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio no valor atualizado de R\$ 502.282,04 (acatando o valor encontrado pelo perito judicial de R\$ 153.452,05 no ano-calendário de 2002) e pagamento da multa civil de três vezes este valor.

O réu apresentou alegações finais, agora já nos autos digitais (id. 1457089). Novamente alega a prescrição. E sustenta a inexistência de ato de improbidade administrativa, bem como a impossibilidade de aplicação da multa pleiteada, que sustenta ser sanção personalíssima. Pede a improcedência da ação ou, no caso de procedência, a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das sanções.

É o relatório. Decido.

A alegação de prescrição já foi analisada, por ocasião do recebimento da inicial. Naquela ocasião, afirmei:

Entendo que a ação não está prescrita porque, no caso, houve, como se verifica do documento de fls. 175, processo de representação fiscal para fins penais. Constam o tópico *contra a ordem tributária* e o n. 10803-000.077/2008-53. A omissão de rendimentos tipifica crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I da Lei n. 8.137/90. A menção à referida Lei e seus artigos 1º e 2º também é feita no relatório de fls. 137/138, onde se afirma ter sido feita a representação fiscal para fins penais. Entendo, portanto, que na esteira do previsto na Lei n. 8.112/90, artigo 142, § 2º, a pena a ser considerada para fins de prescrição é a da Lei penal. E de acordo com o artigo 109, III do Código Penal, a prescrição se dá em doze anos, já que a pena máxima para o crime é de cinco anos. E o auto de infração é de 15.10.2008. A prescrição, portanto, não ocorreu. Nem mesmo se for considerada como de início a data cogitada pelo requerido, de 17.11.2006, quando teve início o procedimento administrativo fiscal (fls. 362 - defesa prévia).

Mantenho o entendimento. Saliento que o fato de haver ou não ação penal é irrelevante. Basta que o fato, em tese, configure crime. Fica, assim, rejeitada a alegação.

Passo ao exame do mérito.

No presente caso, NAGIB ELIAS ESPER foi acusado de ter praticado ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92. O referido dispositivo estabelece:

Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei e, notadamente:

...

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

...

Para verificar a existência de variação patrimonial a descoberto e enriquecimento ilícito do réu, nos anos de 2002 e 2003, foi realizada perícia. O laudo pericial apresentou as seguintes conclusões (fls. 2606/2609 dos autos físicos, vol. 11):

4.1. Analisando os documentos e números disponibilizados à perícia, apurou-se que no ano de 2002 o réu apresentou acréscimo patrimonial a descoberto na ordem de R\$ 153.452,05, conforme se mostra de forma detalhada nos itens 3.1 a 3.6 do corpo do laudo e pode ser assim resumidamente apresentado:

<i>ORIGEM DOS RECURSOS</i>	<i>2002</i>		
1.1 Recebidos de Pessoas Jurídicas – item 3.1.1	135.531,49		
3.1 Rendimentos Poupança – CEF – item 3.1.4	704,67		
4.1 Rend.Aplic.Financeira – CEF – item 3.1.2 e 3.1.3	249.702,70		
4.2 Rend.Aplic.Financeira – Santander – item 3.1.5	3.856,28		
4.3 Rend.Aplic.Financeira – Bradesco – item 3.1.6	2.011,03		
9.1 Venda Imóvel Matrícula 216.300 – item 3.1.7.1	100.000,00		
9.2 Venda Imóvel Matrícula 105.755 – item 3.1.7.3	41.000,00		
9.4 Venda Imóvel Matrícula 105.752 – item 3.1.7.4	45.700,00		
9.5 Venda Imóvel Matrícula 170.908 – item 3.1.7.5	52.313,63		
9.6 Venda Imóvel Matrícula 114.048 – item 3.1.7.6	90.000,00	760.819,80	
<i>SALDO DOS ATIVOS FINANCEIROS NO INÍCIO DO PERÍODO</i>			
6. Saldo em conta corrente	6.403,88		

7. Saldo em aplicações Financeiras	3.255.205,95		
8. Conforme declarado pelo contribuinte	781.793,89	4.043.403,72	
<i>SALDO DE EMPRÉSTIMO EM CONTA CORRENTE</i>			
14. Saldo no início do período	0,00		
5. Saldo no final do período	520,99	520,99	4.804.744,51
<i>APLICAÇÃO DOS RECURSOS</i>			
12.1 IRRF (0561/0588 e Outros) – item 3.3.1	-24.986,96		
13.1 Pagamento de aluguel/condomínio – item 3.3.2	-13.392,00		
13.3 Outros Pagamentos efetuados no mês – item 3.3.3	-19.200,00		
15.1 Aquisição de quotas – Camburi Imóveis e Adm S/C Ltda – item 3.3.4	-168.000,00		
15.2 Aquisição de quotas – Territorial Vila Verde S/C Ltda – item 3.3.5	-140.000,00		
19. Débitos bancários – PAD nº 16302.000050/2012-74 Pag. 147/155 Anexo I	-30.897,35	-396.476,31	
<i>SALDO DE ATIVOS NO FINAL DO PERÍODO</i>			
16. Saldo em conta corrente	-194,63		
17. Saldo em aplicações financeiras	-2.988.349,60		
18. Conforme declarado pelo contribuinte	-1.573.176,02	-4.561.720,25	-4.958.196,55
<i>TOTAL DAS APLICAÇÕES A DESCOBERTO</i>		-153.452,05	

4.1.1 Verifica-se que no ano de 2002 o contribuinte gerou renda na ordem de R\$ 760.819,80 possuindo ainda saldo inicial em contas bancária, aplicações financeiras e/ou disponibilidades diversas na ordem de R\$ 4.043.403,72 que foi elevada em R\$ 520,99 em função da utilização de saldo negativo em conta corrente. Com isto os recursos disponíveis no exercício somaram R\$ 4.804.744,51.

4.1.2 Verificou-se ainda que os recursos foram aplicados da seguinte forma: a) os dispêndios totalizaram R\$ 396.476,31 e; b) as aplicações financeiras, saldo em conta bancárias e outras receitas disponíveis, esta última declarada pelo contribuinte, totalizaram R\$ 4.561.720,25; c) total das aplicações R\$ 4.958.196,56.

4.1.3 Efetuando a confrontação entre os recursos disponíveis e as aplicações destes recursos, apurou-se *que houve aplicação de R\$ 153.452,05 acima das disponibilidades, gerando o chamado “acrécimo patrimonial a descoberto.”*

(grifei)

Quanto ao ano de 2003, o perito constatou que os recursos disponíveis excedem as aplicações em R\$ 158.555,98. (fls. 2608)

Como salientado pelo autor em suas alegações finais, NAGIB foi reintegrado ao cargo de auditor fiscal em 1989 e se aposentou em 2006. Assim, estava no exercício do cargo nos anos de 2002 e 2003.

A defesa sustenta que não há comprovação de ilicitude no acréscimo patrimonial. Mas o fato é que NAGIB ELIAS ESPER não conseguiu, apesar de ter tido a oportunidade, comprovar a origem lícita do montante apurado pela perícia de R\$ 153.452,05.

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, em seu livro PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, trata do art. 9º, VII da Lei. Confira-se:

7) O art. 9º, VII da lei censura o comportamento daquele que amealha bens incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda, considerando a ilicitude do enriquecimento porque, tendo o agente público como fonte exclusiva de rendimento os vencimentos de seu cargo, tudo aquilo que não vem dessa origem (ou de alguma outra origem lícita, como herança), é fruto de vantagem econômica indevida.

...

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda.

...

A inidoneidade financeira gera a ilicitude do enriquecimento. Quem não tinha disponibilidade econômica para ter um patrimônio desproporcional e incompatível com a evolução da renda ou patrimônio não tem justificativa hígida para sua aquisição, advindo esses recursos de origem ilícita.

...

A previsão legal não é novidade no direito brasileiro. Percebendo que essa era uma das formas mais engenhosas e eficientes de enriquecimento ilícito, cuja prova é tormentosa, e que contornava os requisitos caracterizados da legislação precedente, essa modalidade foi contemplada desde o processo legislativo da Lei Federal n. 8.429/92. Não obstante a eliminação da regra explícita da inversão do ônus da prova, o texto aprovado não aboliu esse instrumento porque para o autor da ação, repita-se, basta a prova de que o agente público exercia alguma função pública e adquiriu bens ou valores incompatíveis e desproporcionais à evolução de

seu patrimônio ou renda, constatação que é feita a partir das informações de declarações de bens prestados por ele próprio, de informações patrimoniais ou rendimentos em seu nome existentes em instituições bancárias, serviços notoriais e de registros públicos, repartições públicas etc., de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição. É nessa exata medida que se dá a inversão do ônus da prova.

(Editora Saraiva, 2ª ed., 2002, págs. 226/229)

Portanto, tendo ficado comprovado o acréscimo patrimonial a descoberto e não tendo o réu comprovado a origem lícita de recursos, está configurado o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da LIA.

Passo à aplicação das penas, previstas no artigo 12, I da Lei.

No presente caso, a aplicação da pena de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio deve ocorrer, sem sombra de dúvida. E o próprio autor concordou com o laudo pericial, que apurou o valor de R\$ 153.452,05, no ano calendário de 2002. O réu deve, assim, ser condenado ao pagamento deste valor.

O autor pleiteia, ainda, a aplicação da pena de multa civil de três vezes o valor do acréscimo patrimonial, também prevista no artigo 12. Sustenta que, nos termos do previsto no art. 8º da LIA, esta pena é transmissível aos herdeiros.

Vejamos o que diz o artigo:

Art. 8º - O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

O autor, ao desistir de alguns pedidos em razão do falecimento do réu, manteve este. Na oportunidade, determinei o prosseguimento do feito em relação ao pedido de aplicação da multa, citando o referido art. 8º, bem como decisão retratando o entendimento do autor.

Contudo, melhor analisando a questão, entendo que a multa não deve ser aplicada aos herdeiros. Isso porque a multa civil tem caráter *punitivo*. E, conforme garantido pela própria Constituição da República – art. 5º, XLV – “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido.*”

MARIO PAZZAGLINI FILHO, na obra LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA, ao tratar das sanções, afirma o seguinte a respeito da multa civil:

A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva. E, perante a sua índole genuinamente corretiva, não se estende aos sucessores do agente condenado por improbidade administrativa.

(editora Jurídica Atlas, 3ª ed., 2006, pág. 152)

Cito, adotando este entendimento de caráter punitivo da multa, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A FUNASA. MELHORIAS SANITÁRIAS E OBRAS RELATIVAS AO SISTEMA DE ABASTECIMENTO

DE ÁGUA. INSPEÇÃO IN LOCO REALIZADA PELO ÓRGÃO CONVENIENTE APONTANDO IRREGULARIDADES CONTEMPORANEAMENTE AOS FATOS APURADOS. POSTERIOR APROVAÇÃO COM RESSALVAS DA CORTE DE CONTAS DA UNIÃO. ENTENDIMENTO QUE NÃO VINCULA O PODER JUDICIÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONDUTA QUE SE AMOLDA AOS PRECEITOS INSERTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10, INCISO XI, E 11, INCISO VI. ELEMENTO CULPOSO CONFIGURADO. *ÓBITO DO AGENTE POLÍTICO DEMANDADO. CONDENAÇÃO DO ESPÓLIO TÃO-SOMENTE À SANÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA MASSA. CARÁTER PERSONALÍSSIMO DAS DEMAIS REPRIMENDAS. AFASTAMENTO DA MULTA. REFORMA DA SENTENÇA.*

1...

2. Ainda durante o curso do processo sobreveio o falecimento do réu, o que resultou na habilitação do espólio para integrar a lide no polo passivo da demanda.

...

8. Em vista do falecimento da parte demandada, impõe-se imputar aos seus herdeiros, na esteira do preceitua o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa (“o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”).

9. Dada a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, estabelecida no art. 37, parágrafo 5º, da Constituição da República, e *em razão do caráter eminentemente personalíssimo da multa, apenas as sanções de cunho patrimonial podem ser transferidas aos sucessores.* Precedentes do STJ. 10. Apelos do Parquet Federal e da FUNASA parcialmente providos. (AC 2007.81.00009949-3, 3ªT do TRF da 5ª Região. J. em 6.8.15, DJ de 14.8.15, Rel: PAULO MACHADO CORDEIRO - grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. CONDENAÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. NATUREZA DIVERSA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas cumulativas ou não.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de primeiro grau, condenou os recorrentes a perderem as funções públicas, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e vedação de contratarem com o poder público, com a efetiva consideração dos limites fixados na legislação e observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. 3. *A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa. Enquanto esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo.* Agravo regimental improvido. (AGRESP 2009.01.24152-9, 2ªT do STJ, j. em 21.10.10, DJ de 9.11.10, Rel: HUMBERTO MARTINS - grifei)

Diante disso, entendo inaplicável ao caso a pena de multa.

JULGO, pois, PROCEDENTE a presente ação para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto artigo 9, VII da Lei n. 8.429/92 por NAGIB ELIAS ESPER e aplicar a seu ESPÓLIO a seguinte pena prevista no artigo 12, I da mesma Lei: perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio no montante de R\$ 153.452,05, valor este relativo ao ano-calendário 2002.

Diante disso, e tendo em vista que o próprio autor passou a considerar o valor do dano o acima mencionado, determino a adequação da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens em nome do réu, para limitá-la ao valor da condenação de R\$ 153.452,05 (ano calendário 2002), mais a multa civil de 3 vezes esse valor.

Tendo sido bloqueados bens em montante superior a esse, caberá à parte ré comprovar tal fato, para que se proceda ao desbloqueio do excedente.

O valor deve ser corrigido nos termos do Provimento n. 64/2005 da CORE até a citação. A partir da citação, incidem juros moratórios, nos termos do artigo 406 do Código Civil. Estes, por serem calculados pela taxa SELIC, abrangem tanto o índice da inflação do período, como a taxa de juros real. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. *Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.*

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(RESP nº 1.111.175, 1ª Seção do STJ, j. em 10/06/2009, DJE de 01/07/2009, Relatora Ministra DENISE ARRUDA - grifei)

Tendo em vista que esta ação foi proposta pelo Ministério Público Federal, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de maio de 2019.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**0022691-31.2014.4.03.6100**

Embargante: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Embargada: SENTENÇA DE FLS.

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2019

SENTENÇA

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte ré, sob o argumento de que a sentença embargada incorreu em erro ao apontar, como variação patrimonial, o valor do laudo pericial e não dos esclarecimentos periciais, que a reduziu para R\$ 152.914,94.

Afirma, ainda, que a sentença foi omissa por ausência de motivação para a adoção integral das conclusões do laudo pericial e por não apreciar a alegação de descaracterização de ato de improbidade, que exige o enriquecimento ilícito e que ele seja vinculado ao exercício do cargo público.

Alega que a sentença deixou de analisar o elemento subjetivo do suposto ato de improbidade, já que não houve indicação de dolo ou culpa do réu, bem como deixou de fundamentar a determinação da correção monetária, que está em desacordo com a previsão contida na Lei nº 6.889/91.

Alega, ainda, que houve contradição na sentença, já que esta deveria ter sido de parcial procedência por não ter sido acatado o pedido de condenação em multa civil.

Por fim, acrescenta que a sentença não se manifestou sobre a revogação dos efeitos da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens.

Pede que os embargos de declaração sejam acolhidos.

O MPF manifestou-se sobre os embargos de declaração, requerendo sua rejeição.

É o breve relatório. Decido.

Conheço os embargos por tempestivos.

Com exceção da última alegação, as demais têm caráter nitidamente infringente e devem ser objeto do recurso cabível.

No entanto, entendo que assiste razão à parte embargante com relação aos efeitos da decisão liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens, em face da redução do valor da condenação.

Assim, acolho em parte os embargos de declaração opostos para fazer constar do tópico final da sentença Id 17893142, o que segue:

JULGO, pois, PROCEDENTE a presente ação para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto artigo 9, VII da Lei n. 8.429/92 por NAGIB ELIAS ESPER e aplicar a seu ESPÓLIO a seguinte pena prevista no artigo 12, I da mesma Lei: perda dos valores

acrescidos ilicitamente ao patrimônio no montante de R\$ 153.452,05, valor este relativo ao ano-calendário 2002.

Diante disso, e tendo em vista que o próprio autor passou a considerar o valor do dano o acima mencionado, determino a adequação da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens em nome do réu, para limitá-la ao valor da condenação de R\$ 153.452,05 (ano calendário 2002), mais a multa civil de 3 vezes esse valor.

Tendo sido bloqueados bens em montante superior a esse, caberá à parte ré comprovar tal fato, para que se proceda ao desbloqueio do excedente.

No mais, segue a sentença tal qual lançada.

P.R.I.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

EMBARGOS À EXECUÇÃO**0063507-66.2015.4.03.6182**

Embargante: CLARO S.A.

Embargada: FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ROBERTO LIMA CAMPELO

Disponibilização da Sentença: TRASLADO 02/09/2019

SENTENÇA*Relatório*

Claro S.A. opôs embargos à execução em face da Fazenda Nacional, ajuizada para haver débito inscrito sob nº 80 2 15 005907-50, referente a Imposto de Renda Retido na Fonte referente ao período entre 08/01/2003 a 28/09/2004.

A parte embargante requer a procedência dos embargos e a extinção da execução alegando inexistência do crédito tributário, posto que incide, no caso, isenção tributária conferida pelo Regulamento de Melbourne sobre o assunto.

Afirma que o crédito em cobro se refere a Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as remessas de dinheiro ao exterior a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas no exterior para completar a ligação internacional originada no Brasil.

Ademais, alega que a base de cálculo do imposto de renda deve ser aquela decorrente do encontro de contas entre a remuneração devida e a remuneração paga na sistemática do *tráfego entrante e tráfego sainte*.

Por fim, eventualmente, requer a não aplicação de juros e multa pelo não recolhimento devido do tributo, já que a Receita teria modificado seu entendimento sobre o critério de arrecadação e recolhimento do tributo em cobro.

Inicial, procuração e documentos juntados (fls. 02/702 e 708).

O Juízo recebeu os embargos às fls. 710, *com efeito suspensivo*, e determinou a intimação da embargada para impugnação.

Intimada, a Fazenda Nacional postulou pela improcedência dos embargos (fls. 713/727).

Em réplica, a parte embargante reforçou os argumentos anteriormente traçados. Houve pedido de produção de prova (fls. 750/765).

É o breve relatório.

Decido.

Fundamentação

Indefiro o pedido de provas. Assim como o pedido em geral no processo civil precisa de comprovação de interesse de agir, o pedido de provas também o exige.

A produção de prova pericial contábil em particular tem como interesse de agir uma crise na relação jurídica sobre o valor aritmético-contábil de alguma grandeza devida. Nesses casos, as partes comprovam perante o juízo que há uma divergência intolerável entre as contas do requerente, de um lado, e do requerido, de outro.

No caso concreto, a parte embargante não apresentou planilha de cálculos para estabelecer o valor devido e, portanto, não oportunizou à parte contrária contrapor os cálculos.

Em verdade, a controvérsia é meramente jurídica e, em caso de procedência total, em tese, não será devido tributo algum e, em caso de procedência parcial, pelo acolhimento de pedido sucessivo, a diferença de cálculos refletirá exatamente a questão jurídica, de tal modo que, em caso de eventual procedência, a solução é modificar o critério da autuação –decolar parte da base de cálculo ou tão somente da multa e juros, algo que demanda o mínimo de cálculos aritméticos, podendo ser feito pelas partes sob a eventual análise da contadoria do fórum, na própria execução fiscal.

Assim, tratando-se de controvérsia eminentemente jurídica, o processo comporta julgamento antecipado nos termos do art. 355, I, do CPC.

I – Inexigibilidade do crédito: isenção do crédito tributário:

A inexigibilidade do crédito tributário está fundamentada em suposta isenção tributária prevista em tratado internacional. A controvérsia é, portanto, jurídico-legal.

Não há dúvidas de que a Constituição e a Convenção da União Internacional sobre Telecomunicações (UIT), aprovadas em Genebra, em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo nº 67, de 15.10.98, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23. 02.99, o que torna o Brasil membro da UIT.

Outrossim, são instrumentos da UIT a sua constituição, convenção e os regulamentos administrativos, ficando seus membros obrigados a aterem-se às suas disposições, conforme dispõem seus artigos 4, item 29.1; 6, item 37.1; 54, itens 215.1 e 216.2.

O art. 54, item 216.2 estatui o seguinte enunciado prescritivo:

A ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 do tratado, inclui também o consentimento de se obrigar pelos Regulamentos Administrativos, adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

É nesse ponto que vem ao debate a alegada isenção tributária prevista no art. 45, item 6.1.3 e item 1.6 do Anexo 1, do Regulamento Administrativo de Melbourne, que a seguir é transcrito:

Art. 6.1.3 - Sempre que a legislação de um país prever a aplicação de um tributo sobre a tarifa de percepção, pelo provimento de serviços internacionais de telecomunicações, esse tributo somente se aplicará aos serviços internacionais de telecomunicações faturados a clientes desse país, a menos que seja acordado ao contrário, para atender a circunstâncias especiais. Item 1.6 do Anexo 1 do RTI - Quando uma administração (ou agentes operadores privados autorizados) estiver sujeita a um imposto ou a uma taxa fiscal sobre as quotas-partes de repartição ou sobre outras remunerações que lhe sejam devidas, ela não deverá por sua vez impor um imposto ou uma taxa fiscal sobre as outras administrações (ou agentes operadores privados autorizados.)

Nesse sentido, no plano internacional, não restam dúvidas de que o Regulamento Administrativo de Melbourne, de 1988, é instrumento da UIT, que estabelece os princípios gerais sobre a prestação e operação de serviços internacionais de telecomunicações oferecidos

ao público em geral e os meios básicos de transporte internacionais para a prestação desses serviços, conforme art. 1.1.1 do Regulamento.

O Regulamento prevê ainda uma isenção tributária, prevista no art. 6.1.3 e se refere aos tributos incidentes sobre os valores pagos a título de *tarifa de percepção*, que, nos termos do item 2.9 do regulamento, é o valor que as operadoras estabelecem e recebem *de seus clientes* pelo uso de serviços internacionais de telecomunicações.

Contudo, o Regulamento não é restrito quanto aos tributos que incidem sobre a tarifa de percepção. Não é claro se a isenção se aplicaria somente sobre o tributo que incide sobre o serviço cobrado pela tarifa ou também o tributo que incide sobre a renda auferida com a tarifa.

Não parece, entretanto, que deva ser aplicada a interpretação restritiva prevista no art. 111 do CTN, dada a possibilidade de imprecisão da tradução da expressão “*tributo sobre a tarifa de percepção*”. Essa expressão pode, muito bem, albergar todo e qualquer tributo que incida sobre aquela tarifa, posto que não houve ressalva ou restrição nesse sentido. Onde o legislador não fez ressalva, não cabe ao intérprete fazê-lo. Ademais a interpretação restritiva encontra limites no próprio texto, logo, não é capaz de, validamente, restringir um sentido ou alcance de uma expressão e, assim, contrariar a própria norma jurídica ali plasmada.

Para todos os efeitos, a isenção, em tese, se aplicaria a tributos que não incidam necessariamente sobre o serviço em si, mas também sobre a renda que se obtém com esse serviço.

Por fim, o art. 45, item 6.1.3 prevê uma obrigação entre as operadoras consistente em que uma operadora não repassará à outra o valor do imposto que eventualmente incidir sobre as repartições ou outras remunerações que sejam devidas entre as operadoras de telecomunicação.

Entretanto, no plano do Direito Constitucional, o Regulamento citado não foi internalizado, o que importa dizer que a isenção não é vigente no Brasil.

Isso porque o art. 54, item 216.2 quando estatui que a ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção inclui também o consentimento de se obrigar pelos Regulamentos Administrativos cria uma obrigação no plano internacional para o país, podendo o Brasil ser responsabilizado por meio de sanções previstas no Direito Internacional por eventual descumprimento, caso, por exemplo não ratifique ou aplique os instrumentos acessórios.

Contudo, tal enunciado prescritivo não se aplica *automaticamente* ao direito interno, porque o art. 49, I, da Constituição Federal atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Por sua vez, de acordo com o art. 14, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal estatui que a isenção é uma forma de renúncia de receita, o que, por conseguinte gera impacto no patrimônio nacional.

Fundamental nesse ponto transcrever o inteiro teor do Decreto Legislativo nº 67/98:

O Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 67/98, aprovou os textos dos Atos Finais de Conferência de Plenipotenciários Adicional, Constituição da União Internacional de Telecomunicações - UIT, de Genebra, em 22 de dezembro de 1992, e dos “Atos Finais de Conferência de Plenipotenciários”, da União Internacional de Telecomunicações - UIT, de Quioto, em 13 de outubro de 1994, *estabelecendo reserva expressa aos acordos complementares* que acarretassem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Embora a reserva expressa não fosse necessária, já que o art. 49, I, da Constituição Federal impede qualquer compromisso a ser assumido pelo Brasil, no plano interno, sem a chancela

do Congresso Nacional, o fato é que o Regulamento de Melbourne não foi internalizado no Brasil e, por conseguinte, a isenção nele prevista, não está em vigor no país.

Nesse sentido, sobre a fundamental necessidade de incorporação dos tratados ao direito interno, declara Francisco Rezek¹:

No estágio presente das relações internacionais, *é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia*. Para todo Estado, o direito das gentes é o acervo normativo que, no plano internacional, tenha feito objeto de seu consentimento, sob qualquer forma. Dessarte, sem prejuízo de sua congênita e inafastável internacionalidade, deve o tratado compor, desde quando vigente, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte. Assim poderão cumpri-lo os particulares, mas sob ciência e vigilância daqueles, e de seus representantes. *Assim poderão garantir-lhe a vigência juízes e tribunais, qual fazem em relação aos diplomas normativos de produção interna.* (grifos não originais)

O Supremo Tribunal Federal tem firme jurisprudência no sentido de que o tratado deve ser incorporado ao direito brasileiro, não adotando a teoria monista, mas sim a dualista, na modalidade temperada, já que exige um ato formal do Estado para internalizar o acordo internacional no Brasil, que no caso é um decreto e não um lei em sentido formal e material, o que o difere do dualismo puro. Nesse sentido: ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213.

Sendo assim, em havendo encargo ou compromisso para o Estado Brasileiro, cada regulamento deve seguir o mesmo processo de internalização pelo qual o tratado principal ou de referência passou.

Ademais, o próprio Congresso Nacional fez reservas expressas ao tratado criador da UIT, de modo que, do ponto de vista do direito interno, deve prevalecer sobre as normas internacionais.

Em síntese: A interpretação que leva à conclusão de que a internalização do tratado principal importa a internalização dos regulamentos administrativos é inconstitucional por violar o art. 49, I, da Constituição Federal, por ofensa à competência exclusiva do Congresso Nacional para ratificar tratados.

De se perceber ainda que o Regulamento sequer fora traduzido para o português, o que implica logicamente dizer, que não passou formal e especificamente por um processo de internalização e sequer fora promulgado e publicado pelo Chefe do Executivo, o que importa também dizer que, sem a devida publicidade inerente ao processo de internalização, o Regulamento não vincula ou obriga. Nas palavras de Rezek², o papel da promulgação e publicação do tratado no País:

O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, *a ideia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de*

1 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.78.

2 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.78.

limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe 'base jurídica' apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, dessarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento. (Grifos não originais)

Em consulta à jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, verifica-se que há certa divergência quanto à questão, mas reputo insuperável a *não internalização no Brasil do referido regulamento*.

No sentido da internalização: TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 323234 - 0003519-79.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 04/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2019; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 338391 - 0001637-14.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO FERREIRA DA ROCHA, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/04/2018.

No sentido da não internalização: Nesse sentido: (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 333646 - 0006596-62.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

II – Inexigibilidade do crédito: não ocorrência do fato gerador do tributo:

Nesse sentido, no plano internacional, não restam dúvidas de que o Regulamento Administrativo de Melbourne, de 1988, é instrumento da UIT, que estabelece os princípios gerais sobre a prestação e operação de serviços internacionais de telecomunicações oferecidos ao público em geral e os meios básicos de transporte internacionais para a prestação desses serviços, conforme art. 1.1.1 do Regulamento.

O mesmo regulamento, no Anexo 1, normatiza as relações entre as operadoras nas chamadas internacionais. Caso um cliente de determinada empresa de telecomunicações de um certo país inicie uma chamada internacional, para que esta se complete, é necessária a utilização dos serviços de uma outra empresa do mesmo ramo de outro país. A primeira deverá pagar à segunda uma remuneração a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas. As chamadas originadas no Brasil compõem o tráfego entrante; as chamadas iniciadas em qualquer outro país e completadas aqui compõem o *tráfego sainte*.

A questão que resta controvertida é determinar qual a *base de cálculo* sobre a qual incidirá a alíquota do imposto de renda. Para a parte embargante deve ser aquela decorrente do *encontro de contas* entre a remuneração devida e a remuneração paga na sistemática do *tráfego entrante* e *tráfego sainte*. Para o Fisco, a base de cálculo é o total do serviço prestado pela embargante à operadora no exterior, desprezando o referido *encontro de contas*.

Essa relação comercial é regida por um *contrato internacional* entre as empresas de telecomunicações e, ao final de cada período de execução, é feito um encontro de contas entre as empresas cedentes e cessionárias das linhas de transmissão e, havendo saldo devedor, deverá remeter esse dinheiro ao exterior em favor da cedente.

Nesse sentido, o acordo firmado entre as operadoras tem natureza jurídica de contrato privado regido por normas de direito internacional privado. Por outro lado, a relação jurídica de tributação é regida pela legislação tributária e não pode ser derogada por cláusulas contratuais, seja porque a relação jurídica estabelecida em relação a um terceiro nesses ajustes, no caso o Estado, seja porque por óbvio uma cláusula contratual não poder alterar norma jurídica positivada e cogente, seja porque o art. 123 do CTN expressamente estabelece que as s convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não

podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Sendo a relação jurídica estabelecida entre Fisco e contribuinte, resta tão somente analisar a questão da base de cálculo. A abrangência da base de cálculo de um tributo depende de seu conceito constitucional, do recorte da base econômica prevista na lei, menos eventuais deduções legais e isenções expressamente previstas.

O conceito constitucional de renda é “disponibilidade de riqueza nova, havida em momentos distintos... é o acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte, ao longo de um determinado tempo” (CARRAZZA, Roque Antônio. A natureza meramente interpretativa do art. 129 da Lei nº 11.196/05, o imposto de renda, a contribuição previdenciária e a sociedades de serviços profissionais).

Nesse sentido, a contraprestação recebida pela operadora estrangeira pelos serviços de telecomunicação cedidos à embargante é renda do ponto de vista constitucional. Com a remessa externa, houve a disponibilidade econômica, nos moldes do art. 43, *caput* e I, do Código Tributário Nacional

Portanto, a remuneração auferida e recebida pela prestação de serviços está incluída no conceito constitucional de renda fato gerador material da hipótese de incidência do Imposto de Renda nos termos do art. 43, *caput* e I, do CTN.

Ademais, de acordo com o art. 7º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, os rendimentos da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

A legislação não permite qualquer dedução no que se refere ao valor a ser remetido, ou seja, não há permissão para se efetuar um prévio encontro de contas, de forma que, deve ser interpretado literalmente o artigo no sentido de que a base de cálculo do IRRF será a *totalidade* dos rendimentos remetidos ao exterior.

Por fim, como se concluiu nesta decisão, as isenções previstas no Regulamento Administrativo de Melbourne não estão em vigor no Brasil.

Por todas essas razões, a base de cálculo do IRRF no caso deve ser a totalidade dos valores pagos pelo serviço prestado pela embargante à operadora no exterior, desprezando o referido *encontro de contas*.

III – Inexigibilidade do crédito quanto a juros e multa: mudança de entendimento da administração fazendária:

O período em que ocorreram os fatos geradores vai de 08/01/2003 a 28/09/2004.

Portanto, o Ato Interpretativo da Secretaria da Receita Federal nº de 15/10/2004, logicamente não pode se aplicar ao caso concreto se, e somente se, havia em favor da parte embargante algum ato da Administração que acolhesse conduta contraditória e que possa ser encaixado no art. 146 do CTN.

Nos termos dos arts. 46 a 50, a consulta fiscal tem eficácia limitada ao contribuinte consultante e o põe a salvo de procedimento administrativo fiscal pela conduta admitida pelo Fisco. Nesses termos, a consulta fiscal se enquadra como ato administrativo que se insere no art. 146 do CTN.

Contudo, a consulta fiscal de fls. 571/581 foi proposta pela então Telemar Norte Leste S.A., que foi transformada na Oi S.A., não tendo referência com a embargante.

Desse modo, não há de se aplicar a consulta em favor da embargante.

Por fim, deve ser rejeitada prontamente quanto à alegação de que o Processo Administrativo nº 15374.000029/00-85 protegeria a parte embargante contra a ação fiscal que culminou com a constituição dos créditos em cobro.

É que, naquele processo foi discutida questão absolutamente diversa da debatida aqui. De acordo com as fls. 54/61, a controvérsia se limitou ao debate qual o *aspecto temporal* – se sujeito ao regime de caixa ou de competência - do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as remessas de dinheiro ao exterior a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas no exterior para completar a ligação internacional originada no Brasil.

A questão dos autos é completamente diversa e se limita à existência ou não de isenção e quanto ao *aspecto quantitativo* (base de cálculo) do IRRF.

Portanto, não há que se falar em aplicação do precedente administrativo.

Dispositivo

Ante todo o exposto, julgo IMPROCEDENTES os embargos, extinguindo o processo com resolução do mérito, com base no disposto no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar a embargante em *honorários advocatícios*, visto que o encargo legal do Decreto-Lei nº 1.025/69 substitui a condenação do devedor na verba honorária, nos termos da Súmula 168 do extinto TFR, reafirmada no julgamento do REsp 1.143.320/RS, processado sob o rito do art. 543-CPC pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Custas não incidentes a teor do disposto no art. 7º da Lei nº 9.289/96.

Havendo recurso de qualquer das partes, nos termos do art. 1.009 do CPC, intime-se a parte contrária para apresentação de eventuais contrarrazões, desde que tenha advogado constituído nos autos e, determino a *remessa dos autos ao TRF da 3ª Região*.

Prossiga-se na execução fiscal em apenso, *trasladando-se* cópia da presente sentença para os referidos autos.

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

São Paulo,

Juiz Federal ROBERTO LIMA CAMPELO

AÇÃO PENAL

0007612-78.2016.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: CARLOS ROBERTO CUNHA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2019

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal denunciou CARLOS ROBERTO CUNHA (qualificado na denúncia) pela prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), restrição de liberdade mediante cárcere privado (art. 148, § 1º, I) constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal). Segundo a denúncia (fls. 93-94) o engenheiro Hildebrando Francisco Braga foi designado perito pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Araraquara, nos autos da Reclamatória Trabalhista nº 11931-68.2015.5.15.0151, tendo sido incumbido de aferir as condições de trabalho de empregada doméstica que prestou serviços para o reclamado CARLOS ROBERTO. Em 02 de setembro de 2016, por volta das 8h, o perito, acompanhando da reclamante, se dirigiu ao imóvel localizado na Alameda Fratucci, 384, em Gavião Peixoto, a fim de realizar a perícia. Chegando no local foi recebido com impropérios desferidos pelo denunciado, que descambaram para o desacato. Diante do clima de animosidade, o perito disse que não faria a perícia e se dirigiu à saída do imóvel. Contudo, CARLOS ROBERTO impediu sua saída, trancando o portão que dava acesso à residência, agrediu-o com socos e pontapés e o constrangeu a realizar a perícia. A fim de se livrar daquela situação, o perito acompanhou CARLOS ROBERTO até a casa e simulou a execução da perícia, quando enfim foi liberado.

A denúncia foi recebida em 20/02/2018.

Na resposta à denúncia (fls. 137-152), a Defesa alegou que os fatos não se passaram tais quais descritos pelo MPF. Sustentou que o acusado não ofendeu o perito, não cerceou sua liberdade, não o constrangeu a executar a perícia e muito menos o agrediu — nesse particular, a Defesa pondera que as lesões sofridas pelo perito decorrem de uma queda accidental.

O pedido de absolvição sumária foi rejeitado, uma vez que as matérias agitadas pela Defesa dizem respeito ao mérito (fl. 156).

A audiência de instrução foi realizada em 28 de novembro de 2018, ocasião em que foram ouvidos os ofendidos, cinco testemunhas e realizado o interrogatório (fls. 172-177).

Em alegações finais (fls. 181-187), o Ministério Público Federal discorreu sobre as provas colhidas, concluindo que os fatos narrados na denúncia foram comprovados, de modo que o réu deve ser condenado nos termos da inicial acusatória. Destacou que a versão sustentada pelo réu no interrogatório, no sentido de que as lesões sofridas pelo perito foram em decorrência de uma queda accidental é inverossímil, além de não encontrar suporte nos autos. Pugnou pela condenação do réu ao pagamento de indenização mínima pelos danos causados.

A Defesa, por sua vez (fls. 190-193), revisitou a alegação de que os fatos não se passaram na forma descrita na denúncia. Disse que houve um mal-entendido entre o perito e o réu acerca da realização da perícia, mas que não descambou para o campo das ofensas e muito

menos da violência. Sustenta que os portões permaneceram abertos o tempo todo, de modo que não procede a imputação de cárcere privado ou de constrangimento ilegal. Em meio às altercações com o réu, o perito se desequilibrou e caiu, daí advindo as lesões referidas no exame de corpo de delito.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Imputa-se ao réu a prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), restrição de liberdade mediante cárcere privado (art. 148, § 1º, I) constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal).

No depoimento que prestou em juízo, a vítima Hildebrando Francisco Braga narrou que foi designado para realizar uma perícia na residência do réu, cujo objeto eram as condições de trabalho da reclamante, que prestava serviços no local, dedicando-se sobretudo aos cuidados da mãe do acusado. Como de praxe, avisou antecipadamente o advogado do reclamado a respeito da data e horário para a realização da diligência. Chegando ao local da perícia, acompanhado da reclamante, no horário programado, tocou a campainha e ninguém atendeu. O perito então ligou para o advogado e depois de um tempo o portão eletrônico foi aberto (“... *pressuponho que ele [o advogado] ligou e avisou o pessoal*). Foram atendidos pelo réu, que desde logo se mostrou contrariado com a realização da perícia, denotando um comportamento hostil, reclamando de forma genérica que o perito, o juiz e o advogado queriam tirar dinheiro dele etc. Baseado em sua experiência, pressentiu que aquele não era o melhor momento para a realização da perícia. Alertou a reclamada e avisou o reclamante de que a diligência se realizaria em outro dia. Dito isso, se dirigiu à saída, sendo que no caminho foi surpreendido com um murro pelas costas, que o derrubou. Quando estava no chão foi atingido por um pontapé e um soco — o depoente foi categórico ao negar que tenha escorregado ou se ferido por acidente. A agressão foi gratuita, sem anúncio ou mesmo discussão prévia. Depois disso, o acusado trancou (ou mandou trancar) os portões e disse para a vítima que a perícia seria realizada de qualquer jeito, que se a diligência não fosse executada naquele momento o perito não sairia mais dali. Sem ter alternativa, o depoente simulou a realização da perícia, visitou alguns cômodos, fez apontamentos etc. — “... *eu achei que fosse morrer lá... nunca senti um negócio desse tipo*”. Antes, contudo, avisou a reclamada para que procurasse ajuda, mas a polícia só tomou providências depois de sua liberação, quando procurou ajuda no posto de atendimento da Polícia Militar. A vítima lembra que antes de o réu descer, a reclamada e a esposa do acusado tiveram uma breve altercação, mas nada muito significativo, não a ponto de inflamar os ânimos do acusado. O depoente também confirmou as ofensas propaladas pelo acusado, que disse que “*perito, juiz, advogado... é tudo safado, que quer tomar meu dinheiro*”. O perito acredita que depois das agressões ficou de 10 a 15 minutos impossibilitado de sair da residência. Só foi liberado depois de convencer o agressor de que executou a perícia — “... *pensei comigo, se eu não faço a perícia apanho ou ele me mata... completamente à mercê dele, sozinho...*”. Depois que entrou na casa não foi mais agredido, e quando deu a perícia por encerrada alguém abriu o portão. Depois do ocorrido foi à Justiça do Trabalho e relatou o ocorrido ao juiz, que o destituiu da reclamatória trabalhista. Não ouviu a reclamante comentar que era obrigada a limpar excrementos ou que a mãe do acusado esfregava seus dejetos na parede. Nem deu tempo de conversar sobre o objeto da perícia. As agressões foram presenciadas pela esposa do reclamado. Não tem certeza, mas acredita que a reclamante também presenciou as agressões.

A reclamante Aparecida Conceição Guilherme Hepe disse que na ocasião o réu estava bem nervoso, certamente preocupado com sua mãe, que é muito doente. O perito esclareceu

que era uma perícia de rotina, que seria rápido, mas mesmo assim o reclamante ficou alterado. O perito então disse que se fosse assim ele não faria seu trabalho, que ele tinha mais coisas para fazer. O réu então ficou nervoso disse que “*não, agora você vai fazer a perícia*”, mas o perito disse que não faria, e quando estava saindo foi agredido pelo acusado. A depoente ficou com medo e saiu correndo, buscando auxílio na casa de seu filho que morava ali perto, mas não tinha ninguém. Ligou para a polícia e voltou à casa do réu, e do lado de fora viu o perito machucado. Acredita que o réu teve essa reação por causa da mãe. A reclamatória trabalhista segue em andamento. Lido o depoimento prestado na fase policial, confirmou suas declarações. Admite que teve uma discussão com a esposa do acusado, quando esta a acusou de furto. Não tem queixa do réu do período em que trabalhou na sua casa, exceto pela acusação de furto expressada pela esposa de CARLOS ROBERTO. Confirmou que o caminho até o portão era acidentado e coberto de pedriscos. Negou ter dito que a mãe do acusado jogava excrementos na parede, até porque isso não era verdade, pois a idosa se higienizava no banheiro. Viu o acusado estender a mão para auxiliar o perito a se levantar. Atualmente um dos filhos da depoente trabalha para o réu.

A testemunha Paulo César dos Santos é policial militar e atuou na ocorrência que deu origem à ação penal. Disse que na data dos fatos o engenheiro Hildebrando Francisco Braga compareceu à base da Polícia Militar em Gavião Peixoto, ensanguentado e dizendo que fora agredido pelo réu. O depoente e seu colega Pedro Luís Fernandes procuraram o acusado, que disse que houve apenas uma discussão com o perito, e que este caiu sobre uns arbustos, quando se feriu. Seguindo orientação do delegado de polícia civil, onde a ocorrência foi apresentada, deram voz de prisão ao réu e o conduziram com a vítima e a testemunha à Delegacia de Polícia Federal em Araraquara.

A testemunha Joselaine Amanda de Brito já foi empregada na empresa do réu, que funciona no mesmo local onde se deu o entrevero com o perito. Não presenciou os fatos, mas sabe que os portões do local sempre são mantidos abertos. Abonou a conduta do réu, que sempre foi um bom patrão, costuma auxiliar os necessitados e se preocupa muito com o bem-estar da mãe.

O depoente Jorge Eduardo Santos também é funcionário na empresa do réu, há cerca de dez anos. Disse que os portões na propriedade do réu, onde ele mora e onde também funciona a empresa, costumam ficar abertos desde cedo, por volta das cinco da manhã, quando chegam os primeiros funcionários. Afirmou que sempre foi tratado com respeito pelo réu. Não presenciou os fatos, mas desconhece episódios em que o acusado tenha atuado de forma agressiva. Confirmou que o réu é muito cuidadoso com o bem-estar da mãe.

A esposa do acusado (Rosana Maria Santana Cunha) presenciou os fatos. Disse que não foram avisados da realização da perícia, de modo que foram pegos de surpresa. Perguntou ao perito o motivo para a realização da perícia, e este respondeu que o exame era para verificar a manipulação de produtos químicos pela reclamante. Nesse momento a reclamante começou a dizer que a sogra da depoente fazia suas necessidades nas roupas, que jogava fezes nas paredes e outras coisas que não são verdades. Isso deixou a depoente e seu marido indignados, clima que piorou quando o perito disse que não faria mais a perícia. Até onde viu, o perito se machucou por acidente, ao cair quando estava saindo da casa. Em sua visão, o perito foi algo arrogante, pouco profissional. Confirmou que a perícia foi realizada, bem como afirmou que em momento algum o perito foi impedido de sair da propriedade. A perícia se deu de forma regular, inclusive com a interação do perito com a sogra da depoente. A depoente não acompanhou a perícia.

Segue a transcrição livre das declarações prestadas pelo réu em juízo:

As acusações não são verdadeiras. Na verdade, a gente nem sabia da perícia. Quando chegou a Aparecida e o perito. Ele disse que precisava ver minha mãe, que a Aparecida estava pedindo insalubridade, dizendo que minha mãe jogava excrementos na parede. Eu a questionei então se ela estava chamando minha mãe de porca. Achei isso sem cabimento, porque sempre tratei a Aparecida com carinho, sempre a vi como uma excelente cuidadora... fiquei muito magoado com isso. Até porque sempre tratei bem meus funcionários.

Mas mesmo achando que isso era errado, fui lá abrir a casa da minha mãe para a perícia. Aí o perito disse que não iria mais fazer a perícia, que iria embora. Isso e a sugestão de que minha mãe é porca me deixou indignado, me magoou muito. [Perguntado se alguém chamou sua mãe de porca ou se isso é uma conclusão do depoente a partir do objeto da perícia] entendi que chamaram minha mãe de suja.

Não falei as ofensas descritas na denúncia. Em nem me dei conta que ele era perito quando chegou. Pensei até que era advogado. Jamais falaria essas coisas. Sinto até vergonha de mim por estar aqui. Sou brasileiro, trabalho.... achei que iria morrer e nunca iria pisar num fórum. É mentira que agredi o perito. O que aconteceu é que ele caiu... ele é um tipo muito impetuoso... acha que porque está numa posição de autoridade.... ele saiu tipo impetuoso e caiu no chão. Nunca briguei na vida, nunca bati no meu neto, no meu filho... Não fui eu quem causou as lesões no perito. Até o ajudei a se levantar. Percebi que ele estava assustado. Quando ele caiu eu nem estava tão perto, senão eu teria evitado sua queda.

O que aconteceu é que a Aparecida fez um drama, saiu gritando e isso assustou o perito, e nisso ele caiu. Depois que o levantei, o convenci a fazer a perícia, que era importante ele ter contato com minha mãe. E ele concordou, foi falar com minha mãe, olhou os cômodos da casa. Depois me deu os parabéns, disse que não havia problema algum, que minha mãe estava muito bem cuidada. Eu jamais bateria em alguém mais velho. Eu não enxergo de um olho e do outro enxergo muito pouco.

Ele foi fazer a perícia ensanguentado mesmo. Eu ofereci para ele se lavar, até álcool ofereci, mas ele recusou tudo.

Eu não fechei o portão. O portão ficou aberto o tempo todo. A Aparecida não viu nada... fez todo aquele clima.

O que vale é a consciência que a pessoa tem. Nunca fiz coisa errada. Tenho muita responsabilidade nas costas, tem mais de 200 famílias que dependem de mim.

O que estou passando aqui é a pior humilhação de minha vida.

Quando a polícia foi lá eu perguntei se alguma vez eles tinham visto eu brigar. Agora, se a pessoa caiu, faz tudo aquilo ali, leva para um caminho errado... não tem como a gente julgar o ser humano hoje em dia.

[Na parte final da intervenção do juiz, passou-se o seguinte diálogo]:

Juiz: Essa história que o senhor está me contando, de que num determinado dia apareceu um perito, que por alguma razão desistiu de fazer a perícia; quando estava indo embora ele escorregou e caiu e se machucou; depois disso o senhor o ajudou a se levantar; então ele foi à casa do senhor, fez a perícia e foi embora, tudo dentro da normalidade. Isso é a verdade?

Acusado: Isso é a verdade.

Juiz: Foi exatamente isso que aconteceu?

Acusado: Isso que aconteceu.

[Questionamentos da Defesa a partir de 22min]

O problema de tudo é a Aparecida. Eu disse para ela, ela foi morar na minha casa por causa do filho dela, que usava drogas e batia nela. E mesmo depois disso tudo arrumei serviço para o filho dela.

A gente tem que fazer as coisas pra Deus. Depois vai ter o julgamento. Eu sou inocente.

Não sei se o perito tem uma razão para ter feito isso. Eu acho que no seu imaginário ele acredita que eu bati nele.

Pois bem.

A conjugação dos elementos contidos no inquérito com a prova colhida em audiência permite reconstituir a cadeia de eventos que se sucedeu na manhã dos fatos. Em minha avaliação, a história que as provas contam é a seguinte.

O engenheiro Hildebrando foi nomeado perito em reclamatória trabalhista movida por Aparecida Conceição contra CARLOS ROBERTO. Aparecida foi empregada doméstica na residência da mãe de CARLOS ROBERTO, localizada na mesma propriedade onde o acusado mora e onde está instalada sua empresa. A inicial da reclamatória (fls. 68-74) informa que, entre outras demandas típicas nesse tipo de ação, a reclamada pleiteava o pagamento de insalubridade, em razão da manipulação de produtos químicos de limpeza sem o fornecimento de EPI. O objeto da perícia era precisamente o ambiente de trabalho de Aparecida, o que implicava examinar a casa da mãe do acusado.

Como é de praxe nesses casos, o perito comunicou os advogados das partes acerca do agendamento da perícia, conforme atesta o e-mail da fl. 74. Entretanto, tudo indica que houve uma falha de comunicação entre o reclamado e seu advogado, já que a parte não estava sabendo que a perícia seria realizada naquela manhã. Por conta disso, houve certa demora até que o perito e a reclamada fossem autorizados a ingressar na propriedade do réu, um terreno muito amplo, onde está localizada sua residência, a de sua mãe (onde a perícia se realizaria) e sua empresa, que atua no ramo de prestação de serviços — as fotos das fls. 154-155 dão uma ideia das dimensões da propriedade, em especial do caminho percorrido da entrada do terreno até a área residencial; as instalações comerciais não aparecem nas fotos, mas pelo que se depreende dos depoimentos do réu e das testemunhas de defesa, no local há um escritório e uma prédio operacional, talvez um barracão, onde ficam guardados os veículos.

Após serem admitidos, o perito e a reclamada se dirigiram à casa do acusado. Desde o início CARLOS ROBERTO se mostrou incomodado com a presença do perito e da reclamada. Nesse ponto começam as contradições entre a narrativa do perito e a do réu e de sua esposa. A controvérsia neste ponto diz respeito aos motivos da irritação de CARLOS ROBERTO e a forma e a medida como essa impaciência foi extravasada.

Segundo consta na denúncia, que por sua vez se baseia no depoimento prestado pelo perito no dia dos fatos, o acusado proferiu ofensas à reclamante Aparecida e logo passou a investir contra o perito, proferindo impropérios como *“perito é tudo safado, sem vergonha”*, que *“perito vem aqui para tomar dinheiro”* e que *“não tem o que fazer, vai na casa de quem está trabalhando para atrapalhar”*. Em seu depoimento, o perito confirmou que o acusado proferiu ofensas dirigidas a todos os atores da reclamatória trabalhista, que em sua visão estavam mancomunados com o objetivo de amolá-lo e de tirar-lhe dinheiro: *“perito, juiz, advogado... é tudo safado, que quer tomar meu dinheiro”*.

Já o réu alegou que a alteração se centrou em Aparecida, pois esta teria insinuado que sua mãe fazia as necessidades na cama, obrigando a reclamada a lidar com os excrementos. Ainda segundo o acusado, ao fazer tais afirmações Aparecida quis dizer que sua mãe era uma porca, uma suja. O próprio réu admite que nesse momento ficou nervoso, incomodado com as sugestões de que a família não dispensava os devidos cuidados com a higiene da anciã, mas negou que sua exasperação tenha sido transferida ao perito. Até admite que se irritou com o auxiliar do juízo, mas não de forma gratuita, apenas porque estava incomodado com a realização da perícia, mas sim pela postura prepotente que teria sido adotada por Hildebrando. Mas apesar disso, negou que tenha desrespeitado o perito, muito menos que tenha dito as ofensas descritas na denúncia e confirmadas pelo ofendido em seu depoimento.

Apesar do esforço do réu em “suavizar” seu comportamento naquela ocasião, as circunstâncias indicam que a versão que corresponde à realidade é a apresentada pelo perito.

Como se sabe, a reclamatória trabalhista é um processo com alta carga de tensão entre as partes, característica que é exacerbada nas ações que se debruçam sobre vínculos de emprego domésticos. A proximidade entre patrão e empregado, a circunstância de o mesmo espaço configurar o ambiente de trabalho para um e o lar para outro e a tradição muito nossa de ver o prestador de serviço doméstico como alguém da família — se não pelos bônus da posição, seguramente pelos ônus — tudo isso contribuiu para aumentar a tensão em um processo naturalmente conflituoso, não raro em níveis fronteirços à passionalidade. No mais das vezes, o rompimento de um vínculo empregatício doméstico traz a reboque uma fiada de ressentimentos, que se potencializam quando a relação entre patrão e empregado é revisitada na Justiça do Trabalho.

Tudo isso é do conhecimento do engenheiro Hildebrando, que há mais de 20 anos realiza perícias para a Justiça do Trabalho. As mais de duas décadas de experiência seguramente o deixaram calejado para as intempéries que podem suceder quando o perito se apresenta na casa do reclamado, ainda mais quando acompanhado da reclamante, como se passa nesse caso. Sendo assim, é razoável supor que o perito não se deixaria impressionar pelo nervosismo ou animosidade do reclamante, ou mesmo por críticas a sua função ou seu trabalho, a não ser que o discurso assumisse a roupagem de ofensa que avançasse a fronteira do razoável.

Em suma, entendo que, a despeito de negar o fato, as provas indicam que o réu proferiu ofensas ao perito, no mínimo chamou-o de *safado*. Se essas ofensas constituem crime de desacato é questão que será analisada mais adiante. Por ora, o que importa é que o ambiente que se formou a partir daí inviabilizou a realização da perícia, o que foi comunicado pelo perito às partes.

Depois de dizer que não faria mais a perícia, Hildebrando e a reclamante Aparecida se dirigiram para a saída. Quando estavam a caminho do portão por onde haviam entrado, o réu deu um soco no perito, que foi lançado ao chão. Mesmo caído, sofreu novas agressões (chutes e pontapés), tendo por resultado as escoriações detalhadas no laudo de lesão corporal das fls. 42-45 e nas imagens das fls. 83-85.

Uma vez cessadas as agressões, CARLOS ROBERTO obrigou o perito a se dirigir à casa de sua mãe para realizar a perícia. Para assegurar seu objetivo, fechou o portão por onde o réu entrara, e por onde Aparecida conseguiu escapar quando tiveram inícios as agressões a Hildebrando.

Apesar de sujo e ensanguentado, o perito se submeteu à vontade do acusado, ao menos nas aparências. Temendo o descontrole do acusado, executou um simulacro de perícia, no qual fez anotações, visitou cômodos e interagiu com a mãe de CARLOS ROBERTO. Só depois de se dar por satisfeito com a conclusão da “perícia” é que o réu abriu o portão e liberou Hildebrando.

Tão logo saiu da propriedade do réu, a vítima procurou a Polícia Militar para relatar o ocorrido. Em razão dos indícios das agressões, os policiais foram até a propriedade do réu e lhe deram voz de prisão.

Definida a narrativa dos acontecimentos, passo a examinar a adequação típica dos fatos, momento em que também serão enfrentadas as teses defensivas.

A materialidade do crime de lesão corporal está demonstrada pelo laudo pericial das fls. 42-45 e pelas imagens juntadas às fls. 83-87. A conjugação desses elementos aponta que o engenheiro Hildebrando Francisco Braga foi vítima de lesão corporal de natureza leve, con-

sistentes em escoriações no lábio superior, várias no antebraço esquerdo e na face anterior de ambos os joelhos, além de hematomas no lábio superior e cotovelo esquerdo.

Em que pesem os elementos indicando a prática do delito de lesão corporal, CARLOS ROBERTO saiu-se com a seguinte explicação para os ferimentos: o perito escorregou e se machucou na queda.

A alegação do réu não faz o menor sentido, mais que isso, beira a desfaçatez. Em primeiro lugar, essa versão se baseia apenas em sua palavra e na de sua esposa, sendo que esta não presenciou o que efetivamente ocorreu. E em segundo, a tese do escorregão está em dissonância com os depoimentos da reclamada Aparecida (que presenciou a agressão) e da vítima, cuja palavra deve ser prestigiada. Ambos foram categóricos ao afirmar que as lesões decorrem das agressões perpetradas pelo réu. Até é possível que algumas escoriações tenham sido causadas pela queda de Hildebrando no chão coberto de pedriscos (é o caso das escoriações nos joelhos), mas o que levou a vítima ao solo foi um soco desferido pelo réu.

De mais a mais, não é crível imaginar que o réu tenha se lesionado por acidente e depois, sabe-se lá por que razão, tenha inventado que foi agredido pelo acusado, ainda logrando convencer a reclamada Aparecida a embarcar nessa pantomima. Ou seja, não bastasse não encontrar suporte nas provas, a tese do escorregão desafia o senso comum.

O crime de desacato também está demonstrado por prova segura.

Quando o perito Hildebrando se apresentou na residência do réu estava investido de função pública, atuava como auxiliar do juiz do Trabalho que o designou para a realização de perícia técnica, não havendo dúvida de que essa qualificação chegou ao conhecimento do réu. Além disso, as ofensas irrogadas (do tipo “*perito é tudo safado, sem-vergonha*”) estão relacionadas ao exercício da função do ofendido e tinham o nítido propósito de menosprezar a figura do auxiliar do juízo — segundo o depoimento do ofendido em juízo, sobrou até para o juiz do Trabalho, mas a sentença se aterá ao narrado na denúncia.

Logo, estão preenchidas as elementares do tipo do art. 331 do Código Penal, que tipifica a conduta de “*desacatar funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela*”.

Conforme dito em outro momento, o réu negou ter ofendido o perito chamando-o de “*safado, sem-vergonha*” ou coisa do tipo. Admitiu ter tido uma discussão acalorada com Aparecida, e deu a entender que pode ter feito um comentário mais ríspido ao perito, mas não as ofensas descritas na denúncia, confirmadas pelo ofendido em juízo e lidas no interrogatório — rememorando suas palavras: “*Jamais falaria essas coisas. Sinto até vergonha de mim por estar aqui*”.

Porém, na linha do que já assentado no segmento que tratou da ordenação dos fatos, as ofensas foram confirmadas pelo perito Hildebrando e pela reclamada Aparecida.

Além disso, conforme já referido, a larga experiência do engenheiro Hildebrando em perícias para a Justiça do Trabalho, que não raras vezes são executadas em ambientes de tensão, não o levaria a abandonar a diligência por conta de mera grosseria ou falta de educação do reclamado. Nada indica que Hildebrando seja da têmpera de pessoa a que Magalhães Noronha¹ se referia como sendo “... *alfenim, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido (...) criaturas que, sem exata noção de suas funções, se empolgam pelo cargo, lembrando o caso daquele agente de polícia que, sofrendo inadvertido pisão de uma pessoa, prendeu-o por ter ela pisado... o pé da lei*”. Logo, se o perito avaliou que não havia mais condições de realizar a perícia, foi porque o desrespeito manifestado por CARLOS

1 — Direito penal. v. 4 — São Paulo : Saraiva, 1987-1988, p. 305.

ROBERTO ultrapassou o limite do aceitável, mesmo levando em consideração a margem de tolerância aplicável em razão da tensão própria das perícias em ambiente doméstico. E de fato, salvo, talvez, numa hipótese de retratação completa e imediata do ofensor, não há como ser chamado de *safado* ou de *sem-vergonha* e seguir trabalhando como se nada tivesse acontecido, engolindo em seco as ofensas.

As provas indicam que o réu CARLOS ROBERTO estava bastante nervoso com a realização da perícia, um pouco porque não foi avisado com antecedência sobre a realização da diligência, falha que deve ser colocada na conta de seu advogado, e outro tanto pelo reencontro com Aparecida, já que tudo indica que a rescisão do vínculo não foi amistosa. Da mesma forma, é certo que o réu e sua esposa bateram boca com Aparecida, sendo que a controvérsia se limita ao objeto da querela, já que Aparecida alega que a chamaram de ladra, ao passo que CARLOS ROBERTO sustenta que a reclamante disse que sua mãe se sujava com os próprios excrementos, o que ele recebeu como grave ofensa — *“Eu a questioneei então se ela estava chamando minha mãe de porca (...) entendi que chamaram minha mãe de suja”*.

Enfim, não há dúvida de que os fatos se passaram em um ambiente carregado, de altíssima tensão, o que deve ter influenciado o ânimo dos presentes. Em cenários assim, de ânimos exaltados, é mais do que natural o emprego de palavras ríspidas de parte a parte, já que o autocontrole emocional absoluto é virtude distribuída com parcimônia na humanidade. Porém, mesmo dando todos os descontos pelo calor do momento, as ofensas perpetradas pelo acusado contra o perito ultrapassaram o limite do razoável e tinham o evidente propósito de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido naquele momento. Tanto é assim que embora proferidos diretamente ao engenheiro Hildebrando, os impropérios lançados por CARLOS ROBERTO foram temperados com o emprego de pronome indefinido que visava abarcar a classe de agentes públicos no qual o ofendido estava inserido — *perito é tudo safado, sem-vergonha*.

Sendo assim, tenho por comprovada a prática do crime de desacato.

Da mesma forma, as provas não deixam dúvida da prática do crime de constrangimento ilegal. Após ter cessado as agressões a Hildebrando, quando este deixava a propriedade do acusado, CARLOS ROBERTO impôs ao perito que se dirigisse à casa de sua mãe e executasse a perícia. A fim de assegurar seu intento, o réu fechou o portão eletrônico por onde Hildebrando entrara com Aparecida.

Não vendo alternativa de fuga e certamente premido pelo temor de novas agressões, sobretudo em razão do ânimo exaltado de CARLOS ROBERTO, o perito se submeteu aos caprichos do réu. Dirigiu-se à casa da mãe do acusado e executou um simulacro de perícia, visitando os cômodos que compunham o ambiente de trabalho de Aparecida, fazendo apontamento e até interagindo com a mãe de CARLOS ROBERTO, que deve ter achado estranha a visita daquele senhor de prancheta na mão, sujo e ensanguentado. Só depois que deu por encerrada a *perícia* é que a vítima foi liberada para sair da propriedade.

Tais fatos amoldam-se à descrição típica do crime de constrangimento ilegal:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Pela dinâmica dos fatos, o acusado não se valeu de violência para a prática do crime de constrangimento ilegal, ao menos não diretamente. O que levou a vítima a se submeter às

ordens do acusado foi o temor de novas agressões, motivação que se enquadra na elementar “grave ameaça”. Esse registro é importante para assentar a existência, no caso concreto, de concurso de crimes entre a lesão corporal e o constrangimento ilegal, uma vez que inicialmente o réu foi agredido, e só depois que as agressões cessaram é que a vítima passou a ser constrangida a executar a perícia.

Cabe anotar que, na prática, essa distinção entre os delitos não é relevante, já que o parágrafo segundo do art. 146 determina que “*Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência*”, configurando hipótese especial de cúmulo material, semelhante ao sistema aplicado no concurso forma impróprio. Ou seja, mesmo que a violência seja aplicada como meio para a execução do constrangimento ilegal (o que não ocorre neste caso), deve ser infligida a pena correspondente ao constrangimento e à violência, de forma cumulativa, a despeito de se tratar de crime único.

Não há evidência de que, uma vez cessadas as agressões, o réu tenha ameaçado a vítima expressamente, prometendo de viva voz a prática de algum mal, caso este resistisse à execução da perícia. Contudo, as circunstâncias mostram que a vítima tinha todas as razões para se sentir ameaçada. Afinal, acabara de ser agredida e se encontrava sozinha com seu algoz, sem alternativa clara de fuga, já que o portão por onde entrara e por onde tentava escapar quando foi derrubado estava fechado. Tendo em vista esse contexto, não haveria como se exigir do perito que resistisse às ordens de CARLOS ALBERTO, que pagasse para ver. Em suas palavras: “*pensei comigo, se eu não faço a perícia apanho ou ele me mata... [estava] completamente à mercê dele, sozinho*”.

Não obstante as evidências apontando a prática do crime de constrangimento ilegal, o réu negou ter coagido o perito a realizar a perícia. Segundo essa versão, depois de ter sido auxiliado pelo réu a se levantar do chão, após sua queda “*acidental*”, Hildebrando mudou de ideia e resolver fazer a perícia, de forma espontânea, sem pressão do acusado. E mesmo estando o perito sujo e ensanguentado, a perícia foi realizada, em clima de absoluta normalidade. Ainda de acordo com o réu, Hildebrando dispensou as sugestões de se limpar ou ao menos passar álcool nas feridas.

A negativa do réu está isolada nos autos e sequer faz sentido. Não é crível que o perito tenha concordado espontaneamente em realizar a perícia, muito menos que tenha executada a diligência em clima de tranquilidade e ensanguentado. Se estivesse agindo de forma voluntária, no mínimo teria se recomposto antes de dar início aos trabalhos. Além disso, se a perícia tivesse sido executada de forma voluntária, a diligência resultaria em laudo aproveitável, o que não ocorreu, pois na primeira oportunidade que teve o perito levou os fatos ao Juiz do Trabalho e requereu sua destituição do encargo.

Cabe abrir um parêntesis para registrar que o fato de Hildebrando ter apenas simulado a realização da perícia, isto é, ter vistoriado cômodos e feito apontamentos que não resultaram num laudo efetivamente encartado na reclamatória trabalhista, não desnatura a prática do crime de constrangimento ilegal. Assim se dá porque na perspectiva do coator o ato foi realizado de forma plena. Tanto é assim que a vítima só foi liberada depois que o acusado se deu por satisfeito com a realização da perícia, momento em que provavelmente já estava com os ânimos mais serenados e sentindo as primeiras pontadas do arrependimento por ter perdido a cabeça daquele jeito.

Em suma, tenho por comprovada a prática do crime de constrangimento ilegal.

Resta analisar a imputação referente ao cárcere privado. Quanto a isso, o MPF articula que o réu trancou o portão de saída da propriedade, restringindo a liberdade do perito por

alguns minutos, até se convencer de que a diligência foi concluída.

De fato, as provas mostram que o perito foi impedido de deixar a propriedade do réu. Quando se dirigia à saída, foi agredido pelo acusado, que também comandou o fechamento do portão eletrônico por onde o perito entrou e por onde pretendia sair. A reclamante Aparecida por pouco também não ficou retida, tendo conseguido sair da propriedade momentos antes do portão ser fechado.

O réu nega o trancamento do portão. Em resumo, sustenta que sua propriedade possui três portões que permanecem abertos o dia todo, desde o início da manhã, quando chegam os primeiros funcionários de sua empresa. A alegação foi repetida pelas testemunhas indicadas pelo réu e encampada pela Defesa técnica, que nas alegações finais pontuou que “... *ficou sovemente demonstrado que existe na chácara, local do incidente, vários portões de saída*”.

O advérbio constitui um exagero. Apesar dos indicativos de que havia mais de um portão na propriedade, a Defesa poderia, sem grande esforço, por meio de imagens e croquis, comprovar a existência e, principalmente, a exata localização das vias de acesso.

De toda sorte, mesmo dando de lambuja que na chácara havia outras entradas, o fato objetivo é que o portão de acesso à área residencial da propriedade estava fechado quando o perito e a reclamante chegaram, o que foi confirmado por ambos. Tanto é assim que tiveram que aguardar alguns minutos até que a entrada fosse autorizada. Hildebrando e Aparecida também foram categóricos ao relatar que o portão foi fechado, não se sabe se pelo próprio réu ou por outra pessoa, logo depois das agressões perpetradas por CARLOS ROBERTO. Aparecida só conseguiu sair porque correu quando o acusado derrubou Hildebrando.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é que a existência de outras vias de acesso não favorecia a vítima naquela situação. Se havia outro portão aberto, por certo essa saída não estava ao alcance de Hildebrando. O perito tentou sair pelo mesmo portão por onde havia entrado, e quando esse acesso foi fechado, viu-se sem alternativa.

Entretanto, embora configurada a momentânea restrição à liberdade, na realidade do caso concreto essa conduta acabou absorvida pelo crime de constrangimento ilegal. A dinâmica dos fatos revela que o portão foi fechado para assegurar a coação dirigida ao perito, serviu como um ingrediente a mais de pressão para obrigá-lo a executar a perícia, contra sua vontade. Ou seja, no presente caso a privação momentânea da liberdade contribuiu para diminuir a resistência da vítima, intensificando o temor causado pela ameaça.

Sendo assim, em relação ao crime de cárcere privado (art. 148 do Código Penal) o réu deve ser absolvido, nos termos do art. 386, III do CPP.

Por outro lado, provadas a materialidade e a autoria delitiva, não havendo causa que exclua o crime ou isente o réu de pena, impõe-se a condenação de CARLOS ROBERTO CUNHA nas sanções do art. 129, 146 e 331 do Código Penal.

Passo à *dosimetria das penas*.

A) *Lesão corporal*

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* — aqui compreendida não mais como elemento integrante da estrutura analítica do crime, mas sim como medida do grau de censurabilidade da conduta — se mostra no nível médio e o réu não apresenta *antecedentes*.

As agressões perpetradas causaram à vítima escoriações e hematomas, lesões superficiais que não afetaram de forma significativa a rotina do ofendido, tampouco demandaram intervenção médica que fosse muito além da simples limpeza dos ferimentos. Assim, as *consequências* devem ser tidas como neutras.

As *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro. As provas apontam que o *motivo* foi o descontrole momentâneo do acusado, motivado por um descontentamento geral com a realização da perícia e, provavelmente, com o ajuizamento da ação. Embora o réu tenha sugerido que o perito se portou de forma arrogante, não se apurou nada de concreto que indique que o *comportamento da vítima* concorreu para a prática do crime. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 3 meses de detenção.

Ausentes atenuantes.

A vítima nasceu em 25/05/1956, de modo que na data dos fatos contava com 60 anos completos. As imagens do laudo de lesão corporal e das fls. 83 e 85 denotam que Hildebrando ostenta as características próprias da idade. Nessa ordem de ideias, é evidente que o réu sabia (ou deveria saber) que a pessoa que agrediu contava com mais de 60 anos, de modo que se aplica a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 3 meses e 15 dias de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *3 meses e 15 dias de detenção*.

B) Constrangimento ilegal

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* se mostra no nível médio, o réu não possui *antecedentes*, o crime não deixou *consequências*, as *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro, o *motivo* não foi esclarecido, o *comportamento da vítima* foi indiferente para a prática do crime e não há elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 3 meses de detenção.

Ausentes atenuantes. Pelas mesmas razões expostas na dosimetria da lesão corporal, incide a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 3 meses e 15 dias de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *3 meses e 15 dias de detenção*.

Cumprir registrar que o preceito secundário do art. 146 do CP é misto alternativo, de modo que a sanção pode resultar em pena privativa de liberdade, de três meses a um ano, ou multa. Entretanto, considerando que a pena final superou o mínimo, bem como que o constrangimento ilegal foi praticado em concurso com outros crimes, entendo que a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa não é suficiente para a reprovação merecida.

C) Desacato

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* se mostra no nível médio, o réu não apresenta *antecedentes* e o crime não deixou *consequências*.

As *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro. As expressões proferidas pelo acusado são censuráveis — como é próprio de todo xingamento — porém a ofensa não alcançou níveis que revelem especial grau de reprovabilidade da conduta. É certo que ninguém gosta de ser chamado de *safado*, mas há ofensas bem piores que isso, com maior potencial de humilhação e desprestígio do ofendido e da função que exerce.

O *motivo* parece estar relacionado ao aborrecimento do réu com a reclamatória trabalhista, causa que repercute de forma neutra. O *comportamento da vítima* foi indiferente para a prática do crime e não há elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 6 meses de detenção.

Ausentes atenuantes. Pelas mesmas razões expostas na dosimetria da lesão corporal, incide a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Embora o bem protegido do delito de desacato seja a Administração Pública, especialmente nas dimensões da moralidade e probidade administrativa, o funcionário público desacatado é, ao lado do Estado, sujeito passivo do delito. Logo, as condições pessoais do agente desacatado devem ser levadas em consideração na dosimetria, inclusive para exasperar a pena na hipótese de o alvo da ofensa se tratar de agente público idoso, pois verificado o nexo lógico- causal entre a conduta do agente e a maior proteção que se busca conferir aos maiores de 60 anos. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 7 meses de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *7 meses de detenção*.

Condeno o réu também ao pagamento de 10 dias multa. Em seu interrogatório o réu informou que sua empresa possui mais de 200 empregados, que duzentas famílias dependem de seu negócio. Tais dados sinalizam que o réu é empresário bem-sucedido, o que permite a fixação do dia multa em valor acima do mínimo usualmente aplicado – adianto que as informações trazidas no interrogatório servirão de fundamento para a revogação da assistência judiciária gratuita. Por conseguinte, fixo o dia multa em 1/5 do salário mínimo vigente em setembro de 2016.

Concurso material

Embora praticados no mesmo contexto, os crimes de lesão corporal, desacato e constrangimento ilegal foram cometidos por ações distintas e com desígnios autônomos. Logo, aplica-se a regra do cúmulo material prevista no art. 69 do Código Penal, o que resulta na pena de 1 ano e dois meses de detenção.

Substituição da pena

O inciso I do art. 44 obsta a substituição da pena privativa de liberdade nos casos em que o crime for cometido mediante violência ou grave ameaça, ainda que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos. No presente caso, apesar do réu ter sido condenado à pena privativa de liberdade de apenas 1 ano e dois meses de detenção, a aplicação literal dessa restrição impediria a substituição, uma vez que a condenação resulta de concurso materiais de crimes onde se insere lesão corporal leve e constrangimento ilegal.

Sucede que a aplicação da norma deve levar em consideração sua finalidade. No caso da regra para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o objetivo da norma é evitar o encarceramento do condenado a pena de curta duração e cujas condições pessoais informem que sua liberdade não representa risco evidente à sociedade.

Tendo em vista esse desiderato, não parece razoável excluir a possibilidade de substituição da pena nos casos em que a violência ou grave ameaça possui escassa gravidade, com baixa repercussão no meio social. A necessidade de delimitar o alcance das expressões *violência* ou *grave ameaça* se torna ainda mais patente quando se leva em consideração que diversos crimes que tem a violência ou a grave ameaça como elementares (caso da lesão corporal leve

e do constrangimento ilegal) são delitos de menor potencial ofensivo.

Nada como um exemplo para demonstrar o paradoxo que resulta da aplicação literal da restrição do art. 44, I do CP. Imagine-se um infrator a quem se imputa o crime de lesão corporal leve (pena de 3 meses a um ano) e outro acusado de moeda falsa (pena de 3 a 12 anos). No primeiro caso, o denunciado poderá ser beneficiado com a transação ou suspensão condicional do processo, mas em caso de condenação, não terá direito à substituição da pena, ainda que fixada no mínimo. Já o segundo infrator não terá direito a nenhum dos benefícios da Lei 9.099/1995, mas se for condenado a pena não superior a 4 anos, terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ainda sobre o tema, oportuno transcrever a lição de CEZAR ROBERTO BIRRENCOURT², justamente a propósito da substituição da pena nos casos de condenação por lesão corporal leve, constrangimento ilegal e ameaça:

Contudo, recomenda-se prudência no exame de todos os requisitos, mas especialmente deste, sob pena de imaginar-se, equivocadamente, que não mais poderiam ser beneficiados com penas restritivas de direitos, entre outros, os crimes de lesão corporal leve dolosa (art. 129), de constrangimento ilegal (art. 146) e de ameaça (art. 147), pois são praticados com violência — o primeiro — ou com grave ameaça à pessoa — os outros dois. No entanto, essa limitação, criada pela lei em exame, não se aplica a crimes como os enunciados, pelo simples fato de se incluírem na definição de “infrações de menor potencial ofensivo” (art. 61 da Lei n. 9.099/95) e, por conseguinte, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais, com direito às sanções que lá, na seara dos juizados, são, efetivamente, penas alternativas, e não, simplesmente, substitutivas, como ocorre no bojo do Código Penal, a despeito do alarde sobre sua natureza alternativa.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, transcrevo passagem de voto do Ministro Nilson Naves, proferido em precedente que tratava de caso semelhante ao ora julgado:

Como se trata de lesão leve e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Cód. Penal. Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos arts. 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explico-me melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer. (STJ, Sexta Turma, HC 87644, Rel. Min. Nilson Naves, j. 04/12/20074).

Ademais, a questão da forma de cumprimento da pena neste caso deve ser analisada na perspectiva de quem olha pela janela, ou seja, com os olhos postos na realidade que orienta a aplicação da norma. Tendo em vista a notória carência de vagas em instituições própria para a execução de penas do regime aberto, que devem ser cumpridas em casas do albergado, é muito provável que a pena de detenção acabe sendo convertida em prisão domiciliar, talvez com monitoramento eletrônico ou sujeita a fiscalizações rotineiras.

2 Tratado de direito penal, I — 17 ed. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 648-649.

Tendo em vista esse panorama, não faz sentido impor o recolhimento domiciliar ao acusado, com os previsíveis gastos referentes à fiscalização e monitoramento do rigor carcerário, em vez de encaminhá-lo para prestar serviços em instituição útil à comunidade, associado ao desembolso de prestação pecuniária, reprimenda particularmente eficiente na função de expiar as culpas, dado que seu efeito inibidor chega à consciência do agente pegando atalho pelo bolso. Com efeito, entre (i) mandar o réu para casa apenas com a obrigação de manter carregada a bateria da tornozeleira eletrônica ou (ii) para um asilo, creche ou escola para ser útil a seus pares, mil vezes a segunda opção.

Em suma, tenho que no presente caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito é indicada sob todos os aspectos, pois permite sancionar adequadamente o crime, na medida em que impõe ao condenado a cota de sacrifício proporcional à sua falta, porém de modo útil à sociedade.

Sendo assim, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviços à entidade pública, nos termos do art. 46 do Código penal, pelo período igual ao da condenação, ou seja, 1 ano e 2 meses, e uma de prestação pecuniária, consistente no pagamento do valor equivalente a 8 salários mínimos vigentes à época do pagamento, sendo quatro à vítima Hildebrando Francisco Braga e quatro a entidades públicas beneficentes, cabendo ao Juízo das Execuções Penais indicar a entidade assistencial e o local da prestação de serviços.

Os valores destinados ao ofendido deverão ser depositados em conta judicial. Uma vez integralizados os quatro salários mínimos, o beneficiário deverá ser intimado a levantar o dinheiro por meio de alvará. Caso o destinatário não atenda à notificação no prazo fixado pelo juízo da execução, ou se expressamente renunciar à parte que lhe toca, seu quinhão será integralizado ao montante destinado a entidades beneficentes.

Indenização para reparação de danos

Nas alegações finais o Ministério Público Federal requereu a fixação de indenização mínima para a reparação de eventuais danos causados.

Sucede que o pedido só foi formulado em sede de alegações finais, após o encerramento da instrução, sem que tenha sido oportunizado o debate da matéria sob o crivo do contraditório. Também deve ser levado em consideração que a vítima direta dos crimes é pessoa maior e capaz, com plenas condições de buscar eventual reparação contra o réu, bem como que o requerimento do MPF acabou acolhido de forma parcial, por via diversa, com a destinação de parte da prestação pecuniária da pena substitutiva ao ofendido.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE EM PARTE* a denúncia para o fim de:

1) *CONDENAR* o réu *CARLOS ROBERTO CUNHA* à pena de *1 ano e 2 meses de detenção* e ao pagamento de dez dias multa, arbitrado o dia multa em 1/5 do salário mínimo vigente em setembro de 2016, pela prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal). A pena privativa de liberdade fica substituída por restritiva de direitos, nos termos da fundamentação.

2) *ABSOLVER* o réu *CARLOS ROBERTO CUNHA* da imputação de cárcere privado (art. 148 § 1º, I do Código Penal), o que faço com fundamento no art. 386, III do Código de Processo Penal.

O regime inicial para cumprimento da pena, se necessário, será o aberto.

O réu poderá recorrer em liberdade. Tendo em vista o julgamento do feito, revogo a

medida cautelar de comparecimento periódico.

Considerando as informações trazidas pelo réu em seu interrogatório a respeito do porte de sua empresa, reconsidero a decisão que concedeu o benefício da assistência judiciária gratuita e determino que as custas sejam pagas pelo condenado.

Após o trânsito em julgado desta sentença, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e oficie-se à Justiça Eleitoral em cumprimento ao disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal.

Encaminhe-se cópia da sentença ao ofendido (art. 201, § 2º do CPP).

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

Araraquara, 23 de maio de 2019.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**5001327-52.2017.4.03.6183**

Autora: EDNA MARIA CONRADO VEIGA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/06/2019

SENTENÇA*Vistos, em inspeção.*

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por EDNA MARIA CONRADO VEIGA objetivando o recebimento do benefício da pensão por morte (NB 173.206.811-6) em razão do falecimento de sua suposta companheira MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, falecida em 07/10/2006, com início de pagamento desde a data de entrada do requerimento administrativo (DER) em 13/03/2015.

Alega a parte autora que residiu muitos anos com a instituidora do benefício, convivendo como casal em união estável.

Foram concedidos à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como determinada a citação do INSS (Id 1215567).

Citado, o INSS apresentou contestação. Preliminarmente, alegou a ocorrência de prescrição quinquenal. No mérito, pugnou pela improcedência da demanda, argumentando que prova exclusivamente testemunhal não pode ser admitida para fins de comprovação da união estável e da consequente dependência econômica (Id 1706890).

Em réplica, a parte autora requereu a produção de prova testemunhal (Id 3551594).

Foi realizada audiência de instrução e julgamento para colheita do depoimento pessoal da autora, bem como das testemunhas arroladas por ela, nos termos da Assentada de Id 7888625.

Após, a parte autora apresentou suas razões finais, juntando aos autos documentos retratando sua situação econômica atual (Id 8417430).

Vieram os autos conclusos para sentença.

*É o relatório. Decido.***PRELIMINARMENTE****DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL**

Tendo em vista a data do requerimento administrativo do benefício em 13/03/2015 e a data da propositura da ação em 11/04/2017, não há que se falar em prescrição quinquenal, na medida em que sequer há parcelas que antecedem o quinquênio atual.

MÉRITO**DA PENSÃO POR MORTE**

A pensão por morte é um benefício previdenciário, previsto na Lei nº 8.213/91, com o escopo de amparar aqueles que dependiam economicamente do segurado falecido.

Assim como na determinação das normas que regem a sucessão no direito civil, também no direito previdenciário a data do óbito é que definirá as regras para a concessão do benefício

de pensão por morte. Cuida-se do princípio *tempus regit actum*, prezado na Súmula n. 340 do Superior Tribunal de Justiça: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

A partir da vigência da Lei n. 9.528, de 10.12.1997 (D.O.U. de 11.12.1997), o regramento da pensão por morte, prevista no artigo 74 da Lei n. 8.213/91, tomou a seguinte feição:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: [Redação dada pela Lei n. 9.528/97]

I – do óbito, quando requerida *até trinta dias* depois deste;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida. [Incisos I a III incluídos pela Lei n. 9.528/97]

A Medida Provisória n° 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei n° 11.135, de 17 de junho de 2015, alterou significativamente alguns aspectos da pensão por morte. No entanto, conforme o enunciado da Súmula n° 140 do C. Superior Tribunal de Justiça, a lei aplicável à concessão de pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

No presente caso, o óbito ocorreu em 07/10/2006, antes da vigência da Lei n° 13.135/2015, que alterou o artigo 77 da Lei n° 8.213/91, passando a criar períodos diversos de vigência do benefício previdenciário de pensão por morte, o que não se aplica, contudo, ao presente caso. Deve, portanto, ser aplicada a legislação anterior à atual.

Em suma, os requisitos legais para a concessão do benefício são: a) o óbito e a condição de segurado do instituidor da pensão; (b) a condição de dependente (presumida ou não) de quem requer o benefício.

CASO SUB JUDICE

DO ÓBITO E DA QUALIDADE DE SEGURADO

A Sra. MYRIAM FOGAÇA DA SILVA faleceu em 07/10/2006, conforme certidão de óbito de Id 1067389.

De acordo com consulta ao CNIS (em anexo), à época do óbito estava em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença – NB 31/504.253.595-7, com DIB em 09/09/2004 e DCB em 07/10/2006 (data do óbito).

Portanto, estando em gozo de benefício previdenciário, mantinha a qualidade de segurada da Previdência Social, a teor do artigo 15, inciso I, da Lei n° 8.213/91.

DA QUALIDADE DE DEPENDENTE

A parte autora requer o benefício na qualidade de companheira, conforme previsão contida no artigo 16, inciso I, da Lei n. 8.213/1991. Reconhecida essa condição, a dependência econômica será presumida. Tais regras são extensíveis à união homoafetiva, como reconhecido pelo próprio INSS nos termos da Portaria n° 513 do Ministério da Previdência Social, de 9 de dezembro de 2010:

O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições constantes do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o PARECER n° 038/2009/DENOR/ CGU/AGU, de 26 de abril de 2009, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União n° 843/2010, de 12 de maio de 2010, e pelo DESPACHO do Advogado-Geral da União, de 1° de junho de 2010, nos autos do processo n° 00407.006409/2009-11,
Resolve:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários *devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo*.

Art. 2º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria. (g.n.)

Cabe citar ainda o seguinte trecho de decisão proferida pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Souza Ribeiro, do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 25 de agosto de 2014 (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008761-71.2003.4.03.6183/SP):

No que se refere ao reconhecimento de união estável homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, para fins de equiparação desse tipo de união à união familiar heterossexual, bem como para fins de concessão de direitos, considerados iguais aos companheiros de quaisquer dessas relações estáveis, o tema não comporta mais qualquer debate jurídico, tendo em vista decisão do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.277, em 05/5/2011, e, no esteio do julgado da Magna Corte, firmou-se a jurisprudência daquele Tribunal Superior e deste C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O preceito constante do art. 1.723 do Código Civil - “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” - não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferiu esse entendimento no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.

2. Em recente pronunciamento, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar caso análogo ao presente, o RE n. 477.554-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26.08.11, em que se discutia o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.” (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de

15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros).

3. (...).

4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada à percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I, do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 - Decisão unânime.”

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, 1ª Turma, Ag no RE n. 607.562, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/9/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. (...). UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. STATUS JURÍDICO DE ENTIDADE FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRO. TERMO INICIAL.

I - (...).

III - O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

IV - O autor logrou comprovar nos autos, tanto documental quanto testemunhalmente, a união estável homoafetiva entre ele e o falecido, sendo que, na condição de companheiro, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

V - O termo inicial do benefício é a data do óbito, ou seja, 11.12.2008 uma vez que o pedido foi efetuado dentro do prazo de trinta dias antes do óbito, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (v. fl. 34). VI - Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus improvidas.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC n. 1.636.871, Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz, j. 31/01/2012)

PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. UNIÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS PRESENTES. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. (...).

2. A união afetiva estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico aos dispensado às uniões heterossexuais em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

3. É totalmente compatível com o sistema previdenciário o reconhecimento do direito à pensão por morte à companheira homossexual nos termos do artigo 74 da Lei 8.213/91.

4. Não há motivos técnicos, jurídicos ou quaisquer outros para se exigir, no caso da união homoafetiva, a dependência econômica exclusiva da companheira sobrevivente, eis que a situação se subsume na regra do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O tratamento da questão, portanto, deve ser idêntico ao do concubinato heterossexual: a dependência não necessita ser exclusiva, sendo, portanto, presumida.

5. Comprovada a união homoafetiva, presume-se a dependência econômica da autora em relação a “de cujus”, nos termos do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, bem como presentes os demais requisitos previstos no artigo 74, “caput”, da mesma lei, é devido o benefício de pensão por morte.

6. (...) Tutela antecipada concedida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC n. 971.499, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, j. 30/3/2009)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. HOMOSSEXUAIS. TRABALHADOR URBANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ARTS. 74 A 79 DA LEI Nº. 8.213/91. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO.

1 - (...).

3 - Companheiro do segurado, que teve por comprovada a vida em comum, tem a sua dependência econômica presumida em relação a ele, por lhe serem assegurados, face ao princípio da igualdade, os mesmos direitos previdenciários atribuídos aos heterossexuais e a mesma prerrogativa de concorrência em relação aos demais dependentes elencados no inciso I do art. 16 da Lei de Benefícios.

4 - O direito de acesso dos homossexuais aos benefícios previdenciários em face de seus companheiros segurados é questão já decidida em sede da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0/RS, de abrangência nacional, conforme decisão proferida pelo mesmo TRF4 (Ag nº 2000.04.01.044144-0).

5 - Diversas correspondências particulares, postadas e enviadas ao mesmo endereço, não deixam dúvidas de que ali coabitavam o autor e o de cujus. Além disso, as provas carreadas aos autos demonstram que ambos frequentavam os mesmos clubes sociais, com relação de dependência.

6 - Comprovada a existência de relação homoafetiva por mais de 25 anos, da qual decorre a união estável entre o autor e o de cujus até a data do óbito, através do conjunto probatório acostado aos autos, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, I, §4º, da Lei de Benefícios.

7 - Comprovada a qualidade de segurado e demonstrada a condição de dependência, é de se conceder o benefício, nos termos do art. 201, V, da Constituição Federal e da Lei nº 8.213/91.

7 - (...).

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApelReex n. 1.263.988, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 14/4/2008)”

Desta feita, o companheiro deve comprovar sua união estável e se assim o fizer, a dependência econômica com relação ao “de cujus” será presumida, exatamente como ocorre entre os casais heteroafetivos.

A petição inicial não foi instruída com documentos aptos a constituírem início de prova material da união estável que se pretende comprovar, havendo apenas declaração assinada pelo médico Nelson Hamerschlak atestando que durante toda a doença, tratamento e internações de MYRIAM no Hospital Israelita Albert Einstein (primeira internação ocorrida em 29 de março de 2006 e segunda internação de 11 de maio a 07 de outubro de 2006 – data do óbito)

testemunhou que a paciente esteve acompanhada de EDNA MARIA CONRADO VEIGA, companheira de MYRIAM e que sempre foi presente e a auxiliou em todo seu processo de doença. No entanto, devido à declaração ser extemporânea aos fatos, equipara-se à prova testemunhal, não podendo ser considerada como início de prova material.

Quanto à necessidade de início de prova material para comprovação da existência de união estável, diferentemente do exigido na via administrativa pela autarquia previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o “tempo de serviço” é a única circunstância de fato que reclama a apresentação de prova material, podendo a união estável ser comprovada por qualquer meio de prova, inclusive a prova exclusivamente testemunhal. Vejamos:

1. A decisão rescindenda entendeu que a legislação previdenciária não faz qualquer restrição quanto à admissibilidade da prova testemunhal, para comprovação da união estável, com vista à obtenção de benefício previdenciário. 2. Quanto à violação literal de dispositivo legal, constata-se a impossibilidade de rescisão do julgado, uma vez que o relator decidiu a matéria baseado em posicionamento firme deste Tribunal Superior, de que a prova testemunhal é sempre admissível, se a legislação não dispuser em sentido contrário, e que a Lei nº 8.213/91 somente exige prova documental quando se tratar de comprovação do tempo de serviço. (AR 3.905/PE, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Terceira Seção, j. 26/06/2013, DJe 01/08/2013)

No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula 63: “A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.”

Desse modo, conforme observa Sérgio Murilo Wanderley Queiroga no Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016), diferentemente da esfera administrativa,

(...) a jurisdição pressupõe prerrogativa de se ditar soluções de caráter definitivo a determinados conflitos expostos à sua cognição, de modo que os órgãos jurisdicionais devem se cercar de todos os elementos necessários a uma ampla e justa cognição do fato, assegurando o exaurimento das garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso inclui a ideia da liberdade de produção das provas, exposta no art. 332 do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 369 do CPC de 2015.

Dessa forma, no âmbito judicial, a exigência do chamado “início de prova material” constitui exceção, e não a regra, tendo em vista a liberdade de produção de provas. Sendo exceção, a necessidade de um acervo mínimo de prova documental para a garantia de um direito pela via jurisdicional deve estar expressamente prevista na legislação. (Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, 2016, p. 330-331)

Além do mais, considerando a peculiaridade do caso concreto, por se tratar de união homoafetiva em uma época em que os preconceitos e discriminação de nossa sociedade eram ainda maiores (ou mais explícitos) do que nos dias atuais, situação agravada pela ausência de proteção e reconhecimento do Estado às relações e aos direitos homoafetivos no período em que o relacionamento se desenvolveu, somada ao fato da parte autora ser pessoa pública – pois era jogadora de vôlei da seleção brasileira, podendo ter sua carreira afetada caso o relacionamento fosse divulgado –, entendo que a exigência de prova documental no presente caso

fere o princípio da razoabilidade presente em nosso ordenamento jurídico, não devendo uma questão processual (e que, como exposto, não encontra respaldo na jurisprudência majoritária dos Tribunais) se sobrepor a direitos fundamentais, ainda mais quando esses direitos foram tardiamente oficializados pelo Estado, tendo como marco histórico o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 ocorrido em maio de 2011. Entendimento contrário também constituiria verdadeira prova diabólica, uma vez que o contexto social e os aspectos pessoais da autora tornam a obtenção de qualquer prova documental excessivamente difícil ou até mesmo impossível, o que é vedado por nosso ordenamento processual, como pode se extrair do §2º, art. 373, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, não se pode novamente negar à parte autora uma proteção jurídica que já lhe foi negligenciada por anos, sendo papel do judiciário e do Estado, amparados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e cidadania, bem como no direito fundamental à liberdade, facilitar o reconhecimento e a proteção das relações amorosas que os cidadãos, como indivíduos e a seu juízo, livremente desenvolverem, não sendo função do Estado determinar qual relacionamento afetivo é possível ou não, nem estabelecer regras excessivamente formais e irrazoáveis para sua comprovação.

Desse modo, em sintonia com a liberdade de produção de provas (art. 369 do CPC de 2015) e também com a livre convicção motivada na apreciação e valoração das provas garantida ao julgador, entendo plenamente possível a comprovação da união estável discutida nos presentes autos por meio de prova exclusivamente testemunhal.

Em seu depoimento pessoal, a parte autora afirmou que conheceu sua companheira MYRIAM em 1996 em um chat que acessava na internet durante sua recuperação de cirurgias que sofreu nos joelhos. Na época, MYRIAM morava em Boston e após retornar ao Brasil conheceu pessoalmente a parte autora na cidade de Campinas. Declarou que em 1997 começaram a morar juntas na cidade de Belo Horizonte, onde a autora estava jogando vôlei profissionalmente, tendo o relacionamento durado até a morte de MYRIAM em 2006. A autora esclareceu que como era jogadora profissional de vôlei até o final da década de 90, jogando em clubes e na seleção brasileira, o que exigia viagens frequentes, durante mencionado período da união estável moraram em várias cidades (a exemplo de Belo Horizonte e Macaé), tendo MYRIAM que viajar frequentemente a São Paulo devido ao seu trabalho de fotógrafa. Alega que também devido ao fato de ser jogadora de vôlei da seleção brasileira, mantinham um relacionamento muito discreto, aberto somente para as famílias e amigos no âmbito da vida privada, pois se a relação homoafetiva viesse a público, além do preconceito e discriminação, poderia prejudicar sua carreira de jogadora, com a perda de contratos e de patrocínios, pois a situação não era bem aceita na época. Informa que após a sua aposentadoria das quadras, ela e sua companheira MYRIAM se mudaram definitivamente para São Paulo e viveram juntas em um apartamento da família de MYRIAM. Durante o período em que o pai da autora esteve doente, também viveram juntas em Maceió, alternando temporadas na capital alagoana e em São Paulo. Declara que MYRIAM a ajudou com o pagamento de sua faculdade e que as rendas se complementavam, sendo que o suporte econômico que MYRIAM fornecia aumentou após o encerramento da carreira de jogadora de vôlei. Informou, ainda, que acompanhou MYRIAM durante toda a doença, desde o primeiro diagnóstico de leucemia, e que estava presente no momento do falecimento, segurando sua mão no hospital.

A testemunha Luciana Antonello Xavier afirmou ter conhecido a autora por intermédio de MYRIAM, que havia conhecido em um chat na internet em 1998. Esse chat deu origem a um grupo de amigas e passaram a se encontrar também presencialmente. Alega que nessa época

MYRIAM já tinha um relacionamento com a autora, que moraram juntas nas cidades em que EDNA jogava vôlei e posteriormente em São Paulo, em um apartamento situado na Avenida Paulista, esquina com a Brigadeiro. A testemunha informa que frequentava o apartamento de MYRIAM e EDNA e que o pai de MYRIAM apoiava o relacionamento da filha com EDNA. Disse que levou um tempo para ser apresentada a EDNA por ela ser uma pessoa conhecida e que não podia se expor por causa de patrocínios, que o relacionamento de EDNA e MYRIAM era mantido em sigilo em público, apesar de todos do grupo de amigos próximos saberem. Afirma que a relação amorosa de EDNA e MYRIAM continuou até o falecimento de MYRIAM. A testemunha declarou que sempre visitava MYRIAM no hospital e que EDNA sempre estava ali acompanhando MYRIAM, que não arredava. Em resposta às perguntas do patrono da autora, disse que MYRIAM e EDNA sempre se apresentaram a ela como um casal, que mesmo após o término da carreira esportiva de EDNA, o relacionamento foi mantido sem alarde, mas que todo o círculo de amizade e a família de MYRIAM sabiam e aceitavam. Afirma que chegou a participar de festas familiares da autora e de MYRIAM e que nessas situações elas sempre se portavam como um casal. Informou ter conhecimento que após o falecimento de MYRIAM a situação econômica de EDNA ficou mais difícil, mudando para pior. Em resposta à Procuradora Federal representante do INSS, a testemunha afirmou que EDNA dependia economicamente de MYRIAM.

A testemunha Cristiane dos Santos Coelho afirma que conheceu MYRIAM há 20 anos em um grupo grande de mulheres que se comunicavam pela internet em uma sala de bate-papo e que ali descobriram afinidades que consolidou uma amizade que saiu do virtual para o presencial. Informa que conheceu EDNA porque a autora namorava MYRIAM, que era o grande vínculo do grupo, uma fotógrafa, pessoa muito articulada e que convivia em muitos grupos. Afirma que quando conheceu EDNA, ela já namorava MYRIAM há algum tempo, antes da testemunha entrar nesse grupo em 1998/1999, bem como que a autora e MYRIAM já moravam juntas em São Paulo e nas cidades que EDNA jogava vôlei. Disse que foi em algumas festas na casa delas, das quais participava a família de MYRIAM que adotou a esposa EDNA e a todas as amigas. Declara que o apartamento era situado na Avenida Paulista em um andar alto e que se lembra de algumas paradas gays em que se reuniam no apartamento e ficavam lá de cima jogando confetes. Afirma que permaneceram juntas até a morte de MYRIAM. Em resposta às perguntas formuladas pelo advogado da parte autora, disse que MYRIAM e EDNA sempre se apresentaram para ela como um casal e que havia um protocolo entre as amigas de total cuidado com o nível de intimidade do casal porque EDNA era uma atleta de performance nacional e naquele momento havia e ainda hoje há inúmeras restrições a qualquer “sair do armário”, então havia entre elas um trato muito cauteloso de preservar a intimidade de EDNA para que ela não fosse prejudicada, a exemplo de perda de patrocínios. Afirma que nas festas que mencionou, EDNA e MYRIAM se comportavam mais do que como casal, se comportavam como uma família. Declara que após o óbito de MYRIAM, EDNA teve uma grande perda financeira e que, apesar de serem muito discretas, era óbvio que o sustento de EDNA dependia da composição de rendas com MYRIAM, pois a renda de EDNA não era suficiente para o seu sustento durante grande parte do período em que permaneceram juntas. Em resposta à Procuradora Federal representante do INSS, a testemunha disse que não sabe se MYRIAM deixou algum bem para EDNA, mas que provavelmente deixou alguma coisa afetiva, como algum objeto que compraram juntas em uma viagem. Disse manter contato até hoje com EDNA, um contato não muito íntimo, mas fraterno.

A testemunha Maria Alzira Marzagão Monfré disse que conhece EDNA desde 1998 ou 1999 e que já era casada com MYRIAM. Conheceu primeiro MYRIAM através do chat e

posteriormente conheceu EDNA. Declara que EDNA e MYRIAM viviam em vários lugares, pois EDNA viajava bastante por conta dos jogos, mas que especialmente depois que EDNA parou de jogar, estabeleceram residência em São Paulo, na Avenida Paulista. A testemunha afirma que frequentava a casa do casal, que EDNA e MYRIAM sempre estavam juntas, com a presença da família de MYRIAM, com quem conviviam bastante. Informa que EDNA permaneceu junto de MYRIAM até o falecimento dessa, sendo que EDNA foi uma grande companheira no período da doença de MYRIAM, dando suporte. Em resposta ao advogado da parte autora, afirmou que a situação financeira de EDNA se agravou após o óbito de MYRIAM, que a renda das duas eram compartilhadas e que certamente EDNA teve uma perda significativa, até mesmo porque as viagens de EDNA diminuíram. Em resposta à Procuradora do INSS, respondeu que mantém contato ocasional com EDNA, que sempre se encontram quando possível e que acredita que a situação financeira atual de EDNA é a mesma de depois da morte de MYRIAM, uma situação de poucos recursos, diferente de como havia antes.

Verifico que as declarações das testemunhas esclareceram de maneira contundente que de fato a de cujus e a autora viveram em união estável desde 1998 até 07/10/2006, data do falecimento de MYRIAM FOGAÇA DA SILVA.

Conclui-se, assim, que a prova testemunhal colhida em juízo permite comprovar e reconhecer a união estável entre EDNA MARIA CONRADO VEIGA e MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, dando direito, conseqüentemente, ao benefício previdenciário de pensão por morte pleiteado pela parte autora.

DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO – DIB

Com relação à data de início do benefício, o artigo 74 da Lei n.º 8.213/91, em sua redação original previa o seguinte:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Somente com o advento da Lei n.º 9.528, de 10/12/97, o legislador ordinário alterou a disciplina da matéria, passando o artigo 74 da Lei 8.213/91 a ostentar a seguinte redação:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I - do óbito, quando requerida *até trinta dias* depois deste;
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

No caso dos autos, o óbito ocorreu em 07/10/2006 e o requerimento administrativo foi formalizado em 13/03/2015.

Desta feita, tendo em vista que o requerimento administrativo foi apresentado mais de 30 dias após o óbito e que o INSS não promoveu a devida justificação administrativa necessária para o reconhecimento da união estável, a autora tem direito ao recebimento do benefício da pensão por morte (NB 173.206.811-6) desde a DER em 13/03/2015.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, para con-

denar a ré a conceder à parte autora, de forma vitalícia, o benefício de pensão por morte NB 173.206.811-6, com DER/DIB em 13/03/2015, nos termos acima expostos.

Condeno, ainda, o INSS a pagar os valores devidos desde a DIB, em 13/03/2015, devidamente atualizados e corrigidos monetariamente, na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal vigente e normas posteriores do Conselho da Justiça Federal.

As prestações em atraso devem ser corrigidas monetariamente, desde quando devida cada parcela e os juros de mora devem incidir a partir da citação, nos termos da lei.

Considerando-se o caráter alimentar do benefício, nos termos do artigo 497 do NCPC, concedo a tutela específica da obrigação de fazer, para que o benefício seja concedido no prazo de 45 (quarenta e cinco dias).

Condeno também o INSS a arcar com os honorários advocatícios, os quais, sopesados os critérios legais (incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), arbitro no percentual legal mínimo (cf. artigo 85, § 3º), incidente sobre a diferença do valor das parcelas vencidas, apuradas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça. A especificação do percentual terá lugar quando liquidado o julgado (cf. artigo 85, § 4º, inciso II, da lei adjetiva).

Sem custas para a autarquia, em face da isenção de que goza.

Deixo de determinar a remessa necessária, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, visto que, no presente caso, é patente que o proveito econômico certamente não atingirá, nesta data, o limite legal indicado no inciso I, do § 3º, do artigo mencionado. Além disso, trata-se de medida que prestigia os princípios da economia e da celeridade processual.

Comunique-se a AADJ.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Juiz Federal OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT

Tópico síntese do julgado:

- Beneficiário(a): EDNA MARIA CONRADO VEIGA
- CPF: 814.832.367-49
- Benefício concedido: pensão por morte em razão do falecimento de sua companheira, Sra. MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, falecida em 07/10/2006. NB 173.206.811-6, com DER e DIB em 13/03/2015;
- Renda mensal: a calcular, pelo INSS;
- Tutela: Sim.



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de $\frac{1}{2}$ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região