

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXII - N. 150 - JULHO/SETEMBRO DE 2021 - ISSN 1982-1506

Código do Consumidor: alguns porquês e senões

José Geraldo Brito Filomeno



Instrumentos jurídicos de prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico: gestão integrada de acordo com o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil (Lei nº 14.026/2020)

Alexandre Levin

O valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes no processo previdenciário: uma abordagem valorativa.

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho



A teoria da quarta instância no processo internacional de apuração às violações de direitos humanos

André Luiz Valim Vieira

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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 XXXII	n. 150	p. 1-503	Jul./Set.2021

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: 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⁾

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente⁽²⁾

CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente⁽³⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedora-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

Otávio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98

NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99

Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002

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

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 ⁽⁵⁾

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014

GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014

HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 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

José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020

João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 25/08/2021.

⁽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
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
SOUZA RIBEIRO
PAULO DOMINGUES

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA
MARCELO GUERRA - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
BATISTA GONÇALVES
LEILA PAIVA - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

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 URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- Código do Consumidor: alguns porquês e senões*
José Geraldo Brito Filomeno 15
- Instrumentos jurídicos de prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico: gestão integrada de acordo com o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil (Lei nº 14.026/2020)*
Alexandre Levin 39
- O valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes no processo previdenciário: uma abordagem valorativa*
Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho 53
- A teoria da quarta instância no processo internacional de apuração às violações de direitos humanos*
André Luiz Valim Vieira 71

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Revalidação de diploma estrangeiro. Atuação no Programa Mais Médicos. Argumentos que não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão vergastada.*
Ag ApCiv 5002000-21.2018.4.03.6115
Desembargador Federal Johansom Di Salvo 87
- Usucapião extraordinária. Imóvel situado parcialmente em terreno de marinha. Imóvel sem aforamento.*
ApCiv 5003907-64.2018.4.03.6104
Desembargador Federal Valdeci Dos Santos 90

Mandado de Segurança. Processo administrativo. Decorrido o prazo legal para análise. Direito líquido e certo violado. Via adequada.

RemNecCiv 5008587-79.2019.4.03.6000

Desembargador Federal Nery Júnior..... 98

Conselho Regional de Administração de São Paulo. Empresa que atua na administração de condomínios, intermediação de mão de obra, venda e locação de imóveis. Registro. Desnecessidade. Precedentes do C. STJ e desta Corte.

ApCiv 5014887-48.2019.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 102

INFRAERO. Contrato de concessão de uso de área em aeroporto. Hora Park. Sistema de estacionamento rotativo. Covid-19. Suspensão e prorrogação contratuais.

AI 5026755-53.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 109

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Dano ambiental. Ampliação da Rodovia Transbrasiliana. Implantação de sistema de drenagem. Pedido recursal. Ausência de plausibilidade jurídica.

AI 5025722-28.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 115

DIREITO CIVIL

CEF. Relação de consumo. Abertura de conta mediante fraude. Responsabilidade civil objetiva. Dano material. Honorários advocatícios. Causalidade.

ApCiv 0018676-19.2014.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Francisco 133

DIREITO PENAL

Importação de medicamentos sem registro no MAPA e de produtos de uso proscrito no Brasil. Desclassificação. Contrabando. Condenação artigos 334, “caput”, do CP (redação anterior) e 334-A do CP. Continuidade delitiva. Súmula 711 do STF. Elevação do percentual de aumento de pena.

ApCrim 0012418-02.2014.4.03.6000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 147

Crime de preconceito. Racismo. Nazismo. Lei nº 7.716/1989. Concurso formal. Continuidade delitiva. Dosimetria da pena.

ApCrim 0004491-27.2015.4.03.6104

Desembargador Federal Nino Toldo 156

Uso de formulário de identificação do condutor e cópia da CNH falsa perante a Polícia Rodoviária Federal. Atipicidade. Absolvição, de ofício, com fundamento no art. 386, III, do CPP.
ApCrim 0009862-56.2016.4.03.6000
Desembargador Federal José Lunardelli.....160

Artigos 48 e 69 da Lei nº 9.605/1998. Dosimetria. Pena-base. Pena de multa.
ApCrim 0000386-23.2018.4.03.6000
Desembargador Federal Maurício Kato..... 167

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Salário-maternidade. Nulidade da sentença. Atividade rural. Falta de oitiva de testemunhas. Cerceamento de defesa.
ApelRemNec 0000305-84.2014.4.03.6139
Desembargador Federal Luiz Stefanini 183

Desaposentação. Súmula 343 do STF. Questão constitucional. Afastamento. RE 661.256/SC. Repercussão Geral. Embargos de Declaração. Modulação de efeitos. Conservação. Trânsito em julgado. Devolução. Descabimento.
AR 5003096-54.2016.4.03.0000
Juíza Federal Convocada Leila Paiva..... 187

Aposentadoria por idade. Períodos em gozo de auxílio-doença. Cômputo para fins de carência, desde que intercalados com períodos contributivos. Implementação dos requisitos.
ApCiv 5000346-12.2018.4.03.6143
Desembargador Federal Paulo Domingues 197

Pensão por morte. União estável. Observância devida dos artigos 74 e 77, § 2º, V, da Lei nº 8.213/1991.
ApCiv 5001769-24.2018.4.03.6105
Desembargadora Federal Lucia Ursaia.....201

Revisão. Conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Agentes biológicos. Possibilidade. Requisitos preenchidos.
ApCiv 5001970-07.2018.4.03.6108
Desembargador Federal Batista Gonçalves..... 204

Recálculo de renda mensal inicial de benefício. Pedido de pagamento de danos morais diante de demora injustificada na concessão do benefício. Consectários.
ApCiv 5006758-96.2019.4.03.6183
Desembargador Federal Gilberto Jordan 211

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Vigilante. Julgamento do tema 1031 pelo STJ. Prévia fonte de custeio.
Ag ApCiv 5822422-35.2019.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 222

Auxílio doença. Aposentadoria por invalidez. Ausência de incapacidade na data da perícia. Conjunto probatório.

ApCiv 5902425-74.2019.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Giselle França 224

Mandado de Segurança. Liberação de parcelas de seguro-desemprego. Sócio de empresa. Ausência de renda.

ApCiv 5003808-26.2020.4.03.6104
Desembargador Federal Newton De Lucca 230

Aposentadoria por tempo de contribuição. Conversão em aposentadoria especial. Rescisória. Erro de fato. Violação literal à dispositivo de lei. Revisão de benefício. Tempo de atividade especial insuficiente. Determinada revisão da RMI.

AR 5033445-98.2020.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Delgado 233

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução Fiscal. Apelação em Embargos de Terceiro. Aquisição sucessiva de veículo. Fraude à execução não caracterizada.

ApCiv 0007162-52.2008.4.03.6109
Desembargador Federal Souza Ribeiro 245

Restauração de autos. Reprodução parcial dos documentos necessários ao julgamento. Pedido de desistência do Recurso Especial. Procedência.

ApCiv 0002281-42.2011.4.03.6104
Desembargadora Federal Daldice Santana..... 251

Embargos de Terceiro. Honorários advocatícios de sucumbência. Titularidade dos advogados públicos. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei nº 13.327/2016 e determinação de, ao final, conversão em renda em favor da União Federal. Julgamento “extra petita”. Questão atinente à fase de cumprimento de sentença.

ApCiv 0008198-87.2016.4.03.6000
Desembargador Federal Hélio Nogueira 254

Embargos à Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de mútuo. SFH. Cessão de crédito hipotecário. Notificação dos devedores. Prescindibilidade.

ApCiv 0013634-18.2016.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 261

Agravo Interno. Sobrestamento. Artigo 1.030, III, CPC. Repercussão geral reconhecida e ainda não julgada. Tema 118 da Repercussão Geral (RE 592.616), ainda carece de julgamento pela Suprema Corte, a quem compete definir sobre eventual extensão ao ISS do entendimento firmado quanto ao ICMS no julgamento do Tema 69.

AG REsp ApelRemNec 5004365-58.2018.4.03.6144
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 266

Execução Fiscal. Redirecionamento. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000. Aplicação ao caso concreto. Cabimento.

AI 5020076-71.2019.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete..... 269

Conflito de Competência. Juízo Federal da Capital e Juízo Federal do Interior. Declaração de ofício de incompetência territorial e relativa. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 33 do STJ. Reconhecida a competência da Vara Especializada da Capital. Subsistência da Súmula 689 do STF não superada pelo CPC/2015. Interpretação do artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 em conformidade com a Constituição Federal. Proposta de súmula rejeitada.

CCCV 5026141-48.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia..... 276

Requerimento SERASJUD. Cadastro dos inadimplentes. Tema 1026 STJ. Alegação feita diretamente no Tribunal. Supressão de instância.

AI 5029724-41.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 292

Conflito de Competência. Ação em que se postula a concessão do auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020. Prestação pública afeta à seara do direito administrativo. Competência da Vara Federal Cível.

CCCV 5030213-78.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Wilson Zauhy 296

Justiça gratuita. Recebimento de valores brutos superiores a R\$ 3.000,00.

AI 5001649-55.2021.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra..... 302

Cumprimento de sentença. Autora interdita maior e incapaz. Levantamento de parcelas atrasadas pela genitora/curadora. Possibilidade. Prestação de contas.

AI 5001703-21.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Porfírio 306

Conflito Negativo de Competência. Vara Federal e Juizado Especial Federal Adjunto. Carta precatória. Audiência de instrução. Recusa no cumprimento presencial que se tem como correta.

CCCV 5004347-34.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Therezinha Cazerta 309

Sucessão processual. Óbito da parte exequente. Valores vencidos. Cônjuge. Beneficiária de pensão por morte. Artigo 112 da Lei nº 8.213/1991.

AI 5004474-69.2021.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas 331

Conflito Negativo de Competência. Decisão declinatória. Competência para processar e julgar a ação de Mandado de Segurança: sede funcional da autoridade impetrada ou opção de propor a ação mandamental em seu domicílio.

CCCiv 5012178-36.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 335

Ação Civil Pública. Suspensão de Tutela Antecipada. Município de Votuporanga/SP. Covid-19. Suspensão de fiscalizações e atuações administrativas previstas no Decreto Municipal nº 13.409/2021 (art. 16), no que diz respeito às limitações impostas ao direito constitucional de livre locomoção (arts. 2º, “caput”, e 3º, inciso IX). Alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade dos dispositivos citados.

SLAT 5014620-72.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 338

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Agravo Regimental. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). CPP, art. 28-A. Conversão do feito em diligência. Acolhimento de preliminar recursal. Art. 334-A, § 1º, IV, e art. 273, § 1º-B, I c. c. o art. 69, todos do CP.

AgRg ApCrim 0017620-62.2016.4.03.6105

Desembargador Federal André Nekatschalow 349

Mandado de Segurança. Requisição direta à provedora de internet pela autoridade policial de dados referentes ao IP de criação de determinado e-mail e seu período de atividade. Impossibilidade. Enquadramento em disponibilização de registros de conexão e de acesso a aplicações da internet de que trata a Lei nº 12.965/2014. Necessidade de autorização judicial para a devida quebra de sigilo de dados e telemático.

ApCrim 5006726-03.2020.4.03.6104

Desembargador Federal Paulo Fontes 353

DIREITO TRIBUTÁRIO

Mandado de Segurança. Indenização por desapropriação de imóvel. Não incidência de IRPJ e CSLL. REsp 1.116.460/SP e precedentes desta Corte. Compensação. Pagamento de honorários advocatícios. Impossibilidade.

ApelRemNec 0008551-38.2009.4.03.6109

Desembargador Federal Nelson Dos Santos 361

Aduaneiro. Admissão temporária. Garantia. Pedido de prorrogação. Seguro garantia em desconformidade ao artigo 11, § 3º da IN SRF nº 1.361/2013.

ApCiv 0003105-59.2015.4.03.6104

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....370

Execução Fiscal. Inclusão da dívida no PERT. Amortização do saldo devedor com a utilização de prejuízos fiscais. Necessidade de análise da regularidade pela PGFN. Portaria PGFN nº 1.207/2017. Impossibilidade de extinção imediata dos créditos e da Execução Fiscal. Manutenção da garantia.

ApCiv 0005047-42.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Diva Malerbi 374

Mandado de Segurança. PIS/COFINS. Regime da não-cumulatividade. Creditamento. Aluguéis. Previsão que não abarca gastos acessórios alheios ao preço pelo uso e gozo do bem, ressalvadas as “luvas” (artigo 23, III, Lei nº 4.506/1964). Insumos. Prestação de serviços. Fabricação de bens ou produtos destinados à venda. REsp 1.221.170. Temas repetitivos 979 e 980. Essencialidade e relevância. Objeto social. Despesas operacionais.

ApCiv 5027214-25.2019.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 380

Execução Fiscal. Substituição de penhora de dinheiro por seguro garantia. Covid-19. Impossibilidade.

AI 5025570-77.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 395

SENTENÇAS

Ação Penal. Ditadura militar. Preso político. Crime contra a humanidade. Conduta tipificada no artigo 148, § 2º, do CP. Sequestro. Agressões físicas e psicológicas. Regime de incomunicabilidade. Privação permanente da liberdade. Dependências do DOI-CODI, DOPS e, por fim, no presente, em local ignorado.

0011580-69.2012.4.03.6181

Juiz Federal Silvio Gemaque..... 407

Ação de reintegração de posse. Administradora do Aeroporto de Congonhas, titular do direito de posse da área que compreende todo o sítio aeroportuário. Ocupação por mais de 200 famílias, parte delas por mais de uma década. Construção de casas e prédios de três ou mais pavimentos, colocando em risco as operações do aeroporto, sobretudo o tráfego de helicópteros.

0015207-62.2014.4.03.6100

Juíza Federal Silvia Figueiredo Marques 452

Pleito de aposentadoria por invalidez ou restabelecimento de auxílio doença. Indeferimento da prorrogação de benefício anterior. Malformações arteriovenosas (MAV). Doença tipicamente congênita. Crises epiléticas e dores de cabeça. Doença preexistente à filiação do segurado. Incapacidade resultante do agravamento da moléstia.

5001980-78.2019.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 459

*Declaração de inexigibilidade de débito relativo ao FIES. Campanha “UNIESP PAGA”.
Direcionamento da obrigação de pagamento das parcelas do FIES à instituição de ensino.
Compensação de danos morais.*

5002014-78.2019.4.03.6144

Juíza Federal Marilaine Almeida Santos.....463

*Mandado de Segurança. Atividade econômica desempenhada no segmento de transporte
de passageiros na modalidade fretamento. Plataforma tecnológica para contratação de
passageiros. Atividade fiscalizatória ANTT.*

5000870-74.2020.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 473

*Ação Civil Pública. Aliança Nacional LGBTI+. Indenização por danos morais coletivos.
Homotransfobia como crime de racismo. Depoimento de Ministro a jornal com alegado
conteúdo homotransfóbico, notadamente por defender a proibição da discussão da temática
dentro das salas de aula e por relacionar a opção pela homossexualidade, em sua origem,
a contextos familiares “desajustados”.*

5020239-50.2020.4.03.6100

Juíza Federal Denise Avelar 480

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região..... 497

*Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª
Região 501*



Artigos Doutrinários

Código do Consumidor: alguns porquês e senões¹



José Geraldo Brito Filomeno

Advogado, consultor jurídico e professor especialista em direito do consumidor, membro da Academia Paulista de Direito e consultor da Comissão Permanente de Defesa do Consumidor da OAB-SP. Foi Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro membro do Ministério Público do país a exercer as funções de Promotoria Especializada em Defesa do Consumidor, instituidor das Promotorias de Defesa do Consumidor e seu Centro de Apoio Operacional. Foi também vice-presidente e relator-geral da comissão especial de juristas que elaborou o vigente Código de Defesa do Consumidor

“Já que esses mistérios me ultrapassam, finjamos tê-los organizado.”
(COCTEAU, *in* “Os Casados da Torre Eiffel”)

SUMÁRIO: 1 O desafio. 2 A definição de consumidor. 3 Garantias maiores: a garantia legal e a contratual. 4 A publicidade. 5 Sanções administrativas e penais: uma opção. 5.1 Administrativas. 5.2 Penais. 6 “Fogo de encontro”. 7 Manutenção de peças de reposição e convenções coletivas de consumo. 8 A tutela coletiva. 8.1 Interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de origem comum. 8.2 Litisconsórcio entre órgãos do Ministério Público. Referências.

¹ Texto concluído pelo autor em 22 dez. 2020.

1 O desafio

Ao longo do ano de 2020, em razão da nefasta pandemia pelo Covid-19, fomos forçados, assim como outros profissionais, a trabalharmos via eletrônica.

Destarte, no nosso caso, apenas na qualidade de professor universitário de Direito do Consumidor, foram nada menos que 20 aulas, palestras, debates e seminários nessa área.

E, durante alguns desses eventos, percebemos que, para além dos elementos doutrinários formais a respeito dos 30 anos do Código Brasileiro do Consumidor, muitos participantes manifestaram a curiosidade de saber dos *bastidores* da elaboração da referida lei, notadamente fatos curiosos e interessantes.

Desta forma, após algumas reflexões, resolvemos escrever algo a respeito, sobretudo, tendo em vista nossa condição de vice-presidente e relator-geral da comissão elaboradora do então anteprojeto, em 1988.

Ou seja: o *porquê* da definição de consumidor constar também a pessoa jurídica; qual o fundamento da chamada *garantia qualificada* de produtos; *como assim, convenção coletiva de consumo*; qual a razão da previsão de um *litisconsórcio entre Ministérios Públicos*; o *porquê de alguns vetos opostos ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional* etc.

E isto sem falar das grandes novidades constantes do estatuto consumerista, como a *responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto e do serviço*, *possibilidade de revisão de cláusulas contratuais* ou mesmo sua *declaração de nulidade*, *rol de práticas e cláusulas abusivas*, *crimes contra as relações de consumo*, *tutela coletiva em três modalidades*, e vai por aí afora.

É mister que se diga, por outro lado, que o nosso Código de Defesa do Consumidor não foi a primeira lei sobre esse tão palpitante tema. Não tratamos de *reinventar a roda*. Ou

seja, quando nossa comissão se pôs a elaborar seu anteprojeto, em junho de 1988, consultamos 14 leis de países que já contavam com leis de proteção ou defesa do consumidor (dentre eles, Venezuela, México, Espanha, Portugal, Província de Quebec, no Canadá, Alemanha, França, Suécia, alguns Estados Norte-Americanos, Bélgica etc.). Serviu-nos de base, igualmente, a chamada *Lei Tipo* da ONU, ao acolher minuta de uma espécie de *modelo de lei do consumidor*, elaborado ao final da II Conferência Latino-Americana e do Caribe, realizada em Montevideu, no Uruguai, em fevereiro de 1987, de que tivemos a honra de participar. Some-se a essas fontes do direito comparado, ainda, a experiência acumulada da nossa jurisprudência e doutrina, ainda tímidas, à época, mas com profundos fundamentos que certamente foram aproveitados, como se verá nos passos seguintes.

Sem a veleidade de produzirmos uma peça doutrinária ortodoxa, muito pelo contrário, mas sim de trazer à luz alguns esclarecimentos que nos pareceram dignos de nota, é que nos impusemos esta tarefa. Senão, vejamos.

2 A definição de consumidor

De fato, ao analisarmos o disposto no artigo 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor –, deparamos com a seguinte redação:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ora, pela tradição do *direito consumerista* ao redor de todo o mundo – e várias legislações estrangeiras, conforme já salientado, foram fontes preciosas para os trabalhos da comissão –, *a pessoa jurídica jamais havia sido contemplada com tal qualificação de consumidora*. Até porque, por razões até

dialéticas, *ela como fornecedora é exatamente, e a rigor, a outra parte das relações de consumo.*

Veja-se, a título de exemplo, a preocupação da lei sueca, de 1973, a respeito dessa questão, ao definir *consumidor* de maneira tão exaustiva e clara, a saber:

[...] É toda pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privativo, e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante².

Ao tempo da elaboração da anteprojeto do nosso Código do Consumidor (1988), a existência de obras doutrinárias era assaz escassa, limitando-se a alguns artigos, trabalhos acadêmicos e um livro específico, os quais, por isso mesmo, merecem especial registro: a) *Tutela do consumidor na jurisprudência e de “lege ferenda”*, do Professor Waldirio Bulgarelli³; b) *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, do Professor Fábio Konder Comparato⁴; c) *Proteção ao consumidor: seus problemas e dificuldades na área privada oficializada do movimento do governo*, de Jorge Torres de Mello Rollemberg⁵; e d) *Proteção ao consumidor*, do Professor J. M. Othon Sidou⁶.

2 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direito do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21-27.

3 BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. *Revista de Direito Mercantil*, ano XVII, n. 49, p. 41-55, jan./mar. 1983.

4 COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XIII, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

5 ROLLEMBERG, Jorge Torres de Mello. *Proteção ao consumidor: seus problemas e dificuldades na área privada oficializada do movimento do governo*. *Escola superior de guerra*, Trabalho Especial, Rio de Janeiro, TE-87, Tema 21, 1987.

6 SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

No que tange à definição de *consumidor*, a referência expressa é na obra do Professor Othon Sidou que, em seu pioneiríssimo livro sobre essa matéria (1977), esboçou uma possível *lei de defesa do consumidor*, e que trazia a seguinte redação dessa personagem, a saber:

[...] Denomina-se consumidor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade⁷.

Não foi por isso, entretanto, que o artigo 2º do vigente Código do Consumidor traz a *pessoa jurídica* como consumidora, além da pessoa natural ou física.

Imperioso destacar, aliás, que das definições tradicionais escritas nas diversas legislações comparadas, somente a pessoa física é que seria sujeito de direitos especiais, em decorrência de sua manifesta *vulnerabilidade*.

Circunstâncias essas sobejamente demonstradas na doutrina estrangeira e, em especial, no artigo de autoria do Professor Fábio Konder Comparato já citado linhas atrás⁸.

Sucede que, ao tomarem conhecimento da constituição da nossa comissão elaboradora de uma lei específica de defesa do consumidor, não todos, mas alguns setores empresariais, manifestaram seu desagrado e temores no sentido de que isso traria sérios riscos a suas atividades.

E isto a ponto de alguns jornais trazerem editoriais e artigos contra essa ideia, reputada *estapafúrdia*. Um deles chegou mesmo a nos taxar de *terroristas jurídicos*!

Outro jornal, então, estampou artigo intitulado *“Apenas um Código a Mais”*.

7 *Ibidem*, p. 257.

8 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direito do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21-27.

9 Apenas um código a mais. *Jornal “O Globo”*, 16 abr. 1989.

Foi então que a saudosa e operosa Professora Ada Pellegrini Grinover, presidente da nossa comissão, procurou o então presidente da poderosa FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, como ela italiano naturalizado brasileiro, ponderando-lhe que, muito ao contrário do que estava sendo dito pela imprensa e no meio empresarial, a lei então esboçada seria um grande marco legislativo, além de consagrar os princípios éticos que devem reger as atividades negociais.

Além disso, ponderou que a nova lei, longe de toldar os negócios empresariais, premiaria os bons empresários e afastaria os mal intencionados.

Apesar dessas explicações, o dirigente empresarial parecia irredutível, até que sobreveio a ideia salvadora: a pessoa jurídica, por exemplo, *também poderia ser considerada como consumidora, desde que fosse destinada final de produtos e serviços por ela adquiridos*.

Dito e feito. Mediante essa ponderação, o até então recalcitrante *capitão de indústria* – como eram chamados os empresários de alto conceito antigamente – rendeu-se aos argumentos da sábia professora e o código passou com esse adendo.

O grande problema, até hoje, entretanto, tem sido a polêmica sobre se saber em que tais circunstâncias efetivas as pessoas jurídicas podem ser consideradas consumidoras.

Bem, mas esse é um outro assunto que poderia ficar para uma outra ocasião.

3 Garantias maiores: a garantia legal e a contratual

Conforme dispõe o artigo 50 do Código do Consumidor:

Art. 50. *A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.*

Parágrafo único – O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produtos em linguagem didática, com ilustrações.

A razão para o enunciado de tais dispositivos deveu-se à existência, à luz do então vigente Código Civil de 1916, de prazo prescricional extremamente curto, ou seja, de apenas 15 dias para a discussão dos vícios redibitórios e ajuizamento da competente ação redibitória ou da *quantum minoris*.

Esses dispositivos, na verdade, deveram-se a uma conquista jurisprudencial incorporada ao estatuto consumerista.

Com efeito, lembramo-nos de quando ainda no curso colegial, hoje ensino médio, nosso pai, advogado, ingressou em juízo em prol de um médico de nossa cidade, no interior do estado de São Paulo, que se havia acidentado com o veículo novo, *dentro do prazo de garantia* oferecido pelo fabricante, mas quando os 15 dias já se haviam escoado.

Apurou-se que o acidente – de que resultaram a perda total do veículo, além de sérios ferimentos no condutor –, conforme perícia levada a cabo pelo prestigiado IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo, fora causado pelo *travamento* do eixo traseiro do carro, em decorrência de fadiga do material e sua *soldadura à roda*, fazendo com que ele girasse sobre esse eixo por duas vezes, capotasse e se imobilizasse numa ribanceira que abrigava ao fundo a linha ferroviária.

Atendendo a uma preliminar – levantada pela empresa fabricante do veículo e pela concessionária-vendedora, em litisconsórcio passivo – de que a ação redibitória estava

prescrita pelo transcurso dos 15 dias, o juízo de primeiro grau julgou a vítima carecedora da ação.



Fonte: www.jaboatao.pe.gov.br

Acabou ela vencendo a demanda no final, todavia, eis que o Tribunal de Justiça do Estado, em sede de apelação – já que, como se sabe, questão de prescrição é de mérito –, entendeu que, como o prazo é bastante curto, e os defeitos ou vícios costumam aparecer dentro de um prazo razoável dentro das expectativas de durabilidade dos produtos, *para efeitos, inclusive prescricionais, somam-se o prazo de 15 dias (legal) ao prazo dado como garantia (1 ano, nesse caso)*.

A única ressalva, todavia, da parte do órgão judicial de segunda instância, foi com relação à responsabilidade pelo vício constatado. Ou seja, afastou da lide a concessionária revendedora, mantendo apenas a montadora do veículo acidentado.

Cumpra salientar, outrossim, que as *garantias* são outorgadas em razão de os próprios fornecedores, de modo geral, estatisticamente calcularem a probabilidade da ocorrência de vícios ou defeitos em determinados produtos de uma linha, fabricados em série durante um determinado lapso temporal, procurando, por outro lado, zelar pelo seu nome comercial.

Com efeito, entendeu-se em última análise exatamente no caso concreto relatado que:

[...] Se a coisa foi vendida com garantia, o prazo prescricional da ação começa a correr, não do dia da entrega, mas sim após o transcurso da garantia dada pelo vendedor da proposta de venda.

(Revista dos Tribunais vol. 344, p. 200, referente à Ap. Cível nº 111.729, oriunda da Comarca de Mogi Mirim, SP, julgamento de 12-4-1962, por votação unânime, relator o desembargador Francisco Negrisollo)

No mesmo sentido:

[...] O prazo a que alude o § 2º do art. 178 do Código Civil, nas vendas a contento com prazo de garantia dada pelo vendedor não começa a partir da tradição e sim depois das experiências e depois de verificado o termo de garantia.

(Revista dos Tribunais, v. 158, p. 324)

[...] O prazo prescricional para a recusa ou abatimento do preço de coisa móvel recebida com vício ou defeito oculto, começa a correr não do dia da entrega e sim após o transcurso do período de garantia dada pelo vendedor na proposta de venda. Este pode renunciar ao prazo da prescrição legal, dilatando-o, segundo assinalam os doutrinadores.

(Revista dos Tribunais, v. 186, p. 100)¹⁰.

Também a doutrina já se havia manifestado a respeito dessa particularidade em que nossa comissão elaboradora do anteprojeto do vigente Código do Consumidor se inspirou com vistas ao enunciado do mencionado artigo 50.

Assim, por exemplo:

[...] A rescisão da venda de maquinismo dependente de experiência ou sob garan-

¹⁰ Cf., no mesmo sentido, RT 195/09 e 448/91.

tia, não está sujeita aos curtos prazos de prescrição ou decadência estabelecidos pelo Código Civil para casos de vício redibitório¹¹.

Ou ainda:

[...] Quando se trata de máquinas ou aparelhos cujo estado de perfeição só pode ser aferido com o decurso de maior tempo, o prazo prescricional não pode ser levado a rigor¹².

Não se confunda essa questão, todavia, com a chamada *garantia estendida*, artifício criado pelos vendedores de produtos de consumo duráveis que nada mais é do que um *seguro*. E quão insistentes são os solertes atendentes no sentido de impingi-lo aos consumidores.

Relevantes medidas saneadoras com vistas a apurar e coibir os abusos daí decorrentes foram adotadas pelo operoso Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Amauri Ártimos da Matta¹³.

Ou seja, além da garantia oferecida pelo próprio fabricante, bem como da chamada *garantia legal* que será analisada no subitem seguinte, os varejistas ainda querem vender um *seguro garantia*. Em princípio, e em última análise, nada contra. Entretanto, os consumidores têm de ser devidamente informados a respeito, como é curial, e não

podem ser pressionados a aceitá-lo, o que constitui manifesta prática abusiva. Ou seja, o consumidor deve ser informado e bem cientificado de que essa assim chamada *garantia estendida*, nada mais é do que um seguro. E assim passou a ser considerada pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, graças às providências adotadas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Ainda no que concerne ao chamado *prazo de garantia legal*, durante as discussões na comissão elaboradora do código, foram trazidos os exemplos da União Europeia, do Reino Unido e dos Estados Unidos.

Na União Europeia, por exemplo, o prazo de *garantia legal* de produtos é de 2 anos, enquanto no Reino Unido é de 6 anos.

No Brasil, todavia, é de apenas 3 meses (*ex vi* do disposto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor).

Optou-se por esse prazo em razão do forte *lobby* dos fabricantes de produtos de consumo duráveis, sob a argumentação – duvidosa – de que a indústria nacional ainda não estaria preparada para uma extensão maior desse prazo de garantia, à época ainda sob a denominação de *prazo prescricional* com vistas a ajuizamentos de ações redibitórias ou *quantum minoris*.

Rendemo-nos àquela argumentação, todavia, sob pena de podermos perder algumas outras conquistas, sobretudo, e o que era mais importante, a chamada *responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço*.

Entretanto, restou-nos, naquele particular, a somatória da *garantia legal* e da *garantia contratual* (i.e., 90 dias + prazos de garantia concedidos unilateralmente pelos fabricantes), conforme historiado no item anterior

4 A publicidade

Integrava o antigo CNDC - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – no âm-

11 AZEVEDO, M. Filadelfo de. *Revista Forense*, v. 101, p. 301.

12 MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, v. VI, p. 98 e 102. *Revista dos Tribunais*, v. 132, p. 572.

13 MATTA, Amauri Ártimos da. PROCON vinculado ao Ministério Público: estrutura e atuação prática. In: FILOMENO, José Geraldo Brito (Org.). *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos PROCON's, legislação, doutrina jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 171- 230.

bito do qual, aliás, foi constituída a comissão de juristas incumbida de elaborar o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor¹⁴ –, o CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, representado pelo seu ilustre Diretor-Executivo, Dr. Edney Narchi.

E impende salientarmos, nesse particular, que a cada mês de trabalho ou até quinze dias, nossa comissão devia prestar contas ao plenário do referido Conselho, no sentido de levar à discussão alguns pontos polêmicos, sobretudo. E no seio do Conselho é que surgiam senões e oposições a alguns aspectos projetados, já que integrado também por representantes da CNI - Confederação Nacional da Indústria, CNC - Confederação Nacional do Comércio e CNA - Confederação Nacional da Agricultura, além de representantes de alguns órgãos públicos¹⁵.

14 Em sessão de junho de 1988, presidida pelo Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, e por solicitação do então Ministro da Justiça Paulo Brossard, foram designados como membros titulares a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, sua presidente, por nós, como vice-presidente e relator-geral, pelo Desembargador Kazuo Watanabe, o Procurador do Estado Zelmo Denari e o então Promotor de Justiça e Diretor-Executivo do PROCON-SP, Daniel Roberto Fink. Posteriormente, integraram-na como assessores especiais, os então Promotores de Justiça Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Nélson Nery Jr.

15 CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, instituído pelo Decreto Federal nº 91.469/1985 e revisto pelo Decreto Federal nº 94.508/1987. Acabou sendo extinto em 1990, tão logo assumiu a Presidência da República o hoje senador Fernando Collor de Mello. Cumpria-lhe, em suma, “assessorar o Presidente da República na formulação e condução da política nacional de defesa do consumidor, bem como zelar pelos direitos e interesses dos consumidores”. Antes dele eram de vital importância, e ainda o são, os “Encontros Nacionais das Entidades (públicas e privadas) de Defesa do Consumidor”, o primeiro deles realizado em na Capital de São Paulo, em novembro de 1983. Tinha a competência de: I – representar aos Ministérios Públicos para providências no âmbito de suas atuações; II – solicitar à Polícia Federal a instauração de inquéritos policiais pertinentes à tutela do consumidor; III – recomendar providências a órgãos públicos que exercem funções de polícia administrativa; IV – pro-

Em princípio, à argumentação de que já havia em nosso país, desde 1978, uma entidade, embora não governamental, integrada por representantes de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação social, e que atuava a contento, a referida entidade era contra a introdução de matéria referente à publicidade no então futuro Código de Defesa do Consumidor.

Em contra argumentação, todavia, os membros da comissão ponderaram que havia dois sistemas que tutelavam a publicidade no mundo: a) o sistema misto, ou seja, composto de entidades privadas de autotutela e órgãos públicos; b) o sistema único com essas entidades privadas, apenas e tão-somente, ou então órgãos públicos.

Além disso, já havia entre nós uma lei específica tratando de regulamentação da profissão de publicitários, qual seja, a Lei Federal nº 4.680/1965, que dispunha, expressamente, “sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda”, e foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 57.690/1966.

Referidos diplomas legais, contudo, são totalmente *desprovidos de sanções em face da violação dos deveres e proibições que preveem*, podendo ser considerados como *provimentos éticos da conduta tanto de agentes publicitários, como de veículos de publicidade*, em nada colidindo, aliás, nem com os estatutos do CONAR, nem com os

por fusão de órgãos e entidades de defesa do consumidor, quando pertinente; V – celebrar convênios com universidades e outros órgãos públicos e entidades privadas visando ao intercâmbio de informações e atuação conjunta; VI – coordenar atividades das entidades de defesa e proteção do consumidor; e VII – emprestar apoio às instituições congêneres e sua manutenção de entidades etc. A composição do antigo CNDC incluía: 5 representantes do governo federal (Ministérios da Justiça, da Fazenda, da Saúde, da Agricultura, da Indústria e Comércio); 1 da OAB; 1 do Ministério Público; 3 de entidades públicas de defesa do consumidor; 3 de entidades civis; 1 do CONAR; 3 das confederações empresariais (CNI, CNC e CNA).

novos preceitos de *cunho civil, administrativo e penal* do Código de Defesa do Consumidor.

Vejam-se, por exemplo, alguns dispositivos da Lei nº 4.680/1965, e de sua regulamentação, o Decreto nº 57.690/1966, que de importante trazem não somente dispositivos de cunho eminentemente éticos, como também distintivos das personagens responsáveis pelas peças e mensagens publicitárias:

Da Lei:

Art. 1º. São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

[...]

Art. 6º. A designação profissional de Publicitário será privativa dos que se enquadram nas disposições da presente lei.

Do Decreto:

Art. 17. A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, *aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais de Propaganda* a que se refere o art. 17, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965.

Observe-se, nesse sentido, que os incisos I e II falam, em última análise, de publicidade abusiva (I), e publicidade enganosa (II), dispondo que:

Art. 17. [...]

I – Não é permitido:

- a) publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes;
- b) divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de Clientes-Anunciantes;
- c) reproduzir temas publicitários, axiomas, marcas, músicas, ilustrações,

enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores;

d) difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos;

e) atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços, concorrentes;

f) contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal;

g) utilizar pressão econômica, com o ânimo de influenciar os Veículos de Divulgação a alterarem tratamento, decisões e condições especiais para propaganda;

II – É dever:

a) fazer divulgar, somente, acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados;

b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros;

c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria;

d) negar comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas direta ou indiretamente com o cliente;

e) comprovar as despesas efetuadas;

f) envidar esforços para conseguir, em benefício do cliente, as melhores condições de eficiência e economia para sua propaganda;

g) representar, perante a autoridade competente, contra os atos infringentes das disposições deste Regulamento.

Por outro lado, *quem promove a publicidade, certamente, é o veículo* (jornais, estações de rádio, emissoras de televisão, *outdoors*, revistas, e quaisquer outros instrumentos de *mass media*). E, evidentemente, com destaque especial a *internet*, inexistente àquela época.

Assim o artigo 2º da referida lei, reza que:

Art. 2º. Consideram-se Agenciadores de Propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.

E o artigo 4º dispõe que:

Art. 4º. São veículos de divulgação para os efeitos desta Lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários.

Desta forma, esses esclarecimentos preliminares são necessários, na medida em que *três* são as personagens de uma mensagem publicitária: *a) ANUNCIANTE* – que é o próprio fornecedor, na extensão em que é definido pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º; *b) O AGENTE PUBLICITÁRIO* – que é o profissional que engendra e produz a publicidade; *c) O VEÍCULO* – qualquer meio de comunicação em massa que leva as mensagens publicitárias até seus destinatários, consumidores ou potenciais consumidores.

Destarte, vencemos com esses argumentos aquela resistência, ainda que sob o ceticismo demonstrado pelo ilustre representante do CONAR.

Ceticismo esse, entretanto, que se demonstrou mais do que justificável, já que, decorridos 30 anos desde a edição do Código do Consumidor, raríssimos são os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, e os que o são, levam anos e anos a fio para sua resolução, como está sendo – eis que ainda não terminou – a ação a que se referem os Embargos de Declaração nº 0035491-68.1989.4.036100-SP. Ação proposta – anote-se o absurdo – nos idos de 1989, à luz da referida Lei nº 4.680/1965, eis que ainda inexistente Código de Defesa do Consumidor.

Enquanto isso, as Câmaras Julgadoras do CONAR apreciam centenas de casos anualmente, constituindo sólida *jurisprudência*¹⁶.

Sim, eis que, muito embora o resultado desses julgamentos sejam de ordem ética e moral – retirada dos anúncios reputados abusivos ou enganosos, ou então recomendações de revisão dos mesmos, censura e outras sanções –, seu resultado é rápido e eficaz, uma vez que, caso não sejam cumpridas, levam os recalcitrantes anunciantes, agências de publicidade ou veículos de comunicação social, a uma temida sanção pública por meio desses mesmos veículos.

De qualquer forma, a publicidade foi contemplada de maneira bastante detalhada no vigente Código de Defesa do Consumidor.

Ou seja: no que diz respeito às ofertas e peças publicitárias, como devem ser e sanções civis (arts. 30 a 38), outra de caráter administrativo (a contrapropaganda – art. 56, XII), e penais (arts. 66 a 69).

E, como não poderia ser diferente em outros aspectos, também nessa questão alguns dispositivos e conceitos foram inspirados no Código Brasileiro de Autorregulação da Publicidade¹⁷.

Exemplo, dentro outros: em matéria da *identificação* da publicidade, o artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, foi claramente inspirada no artigo 28 do Código do CONAR, segundo o qual “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”.

5 Sanções administrativas e penais: uma opção

5.1 Administrativas

Todas as legislações por nós consultadas à época da elaboração do anteprojeto em questão, além das sanções de ordem civil, ou seja, com vistas à tutela do consumidor em termos de

16 Disponível em: www.conar.org.br.

17 *Ibidem*.

prevenção de danos ou sua reparação, tinham previsão igualmente de um rol de *infrações de ordem administrativa e respectivas sanções*.

Apenas a lei de proteção do consumidor da Província de Quebec, no Canadá, previa também *infrações de cunho penal e suas sanções*.

Destarte, com relação às primeiras, dúvida alguma nos restara quanto à sua previsão, procurando seguir a tradição brasileira no sentido de prever sanções de *advertência, censura, multa, interdição de atividades, apreensão e inutilização de produtos nocivos ou perigosos etc.*, apenas com uma novidade, qual seja, a *contrapropaganda*.

E com relação aos órgãos incumbidos de aplicá-las, ficou estabelecido, no artigo 55, que caberia à União, aos Estados e ao Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixar normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

E seu § 1º complementava essa ordem de ideias no sentido de que os mesmos entes referidos no *caput*, mais os Municípios, desta feita *fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, baixando as normas que se fizerem necessárias*.

O § 3º, a seu turno, fala de uma *atualização das normas de cunho administrativo mediante a atuação de comissões*, mas sempre ligadas aos respectivos *órgãos com atribuições de fiscalização e controle*.

Ora, em lugar algum do Código de Defesa do Consumidor *se atribuiu aos PROCON's*, como se tem feito Brasil afora, essa tarefa.

E isto por uma razão muito simples: cada classe de produtos (por ex., alimentos, medicamentos, instituições financeiras, seguros etc.) já tem *órgãos competentes para instituírem normas de cunho administrativo e estabelecer as respectivas sanções, além de sua implementação a atuação*.

Conforme já acentuamos em diversas

oportunidades, sobretudo no artigo intitulado *A tutela administrativa do consumidor – necessidade ou não de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor*¹⁸, em síntese, cada setor da economia já é provido de tutela administrativa, deixando claro os dispositivos linhas atrás citados, apenas e tão-somente, que dali em diante, ou seja, da edição da nova lei específica de tutela do consumidor, *deveriam eles mesmos proverem a atualização dessa tutela*, apenas isso!

Entretanto não foi isso que se fez. Expediram-se, por insistência do governo federal, dois decretos *regulamentadores do Código de Defesa do Consumidor*, o de nº 861/1993 e 2.181/1997, este em vigor que revogou o anterior, estabelecendo rol de infrações e respectivas sanções, mas atribuindo aos PROCON's essa tarefa.

Em 1997, na qualidade de professor especialista na então novel disciplina, Direito do Consumidor e Coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo, por solicitação do Ministério da Fazenda, demos curso de duas semanas para todos os então servidores públicos da SUNAB - Superintendência Nacional de Abastecimento sobre a mesma, sendo uma semana em São Paulo, Capital, em prédio da Receita Federal, para aqueles lotados nas regiões Sul e Sudeste; e a outra, em Brasília, na ENAP - Escola Nacional de Administração Pública, para aqueles lotados nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

E isto nos pareceu algo lógico, até porque, tendo por décadas concentrado suas atividades no tabelamento de preços e sua fiscalização, além de intervenções no domínio econômico quando verificados abusos de mercado, essas funções deixaram de existir *em razão da implementação do Plano Real, em 1994*.

18 FILOMENO, José Geraldo Brito. A tutela administrativa do consumidor – necessidade ou não de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor. In: FILOMENO, José Geraldo Brito (Org.). *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos PROCON's, legislação, doutrina jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47-84.

Daí a ideia de transformar-se o antigo *xerife de preços em fiscal das relações de consumo no âmbito administrativo*.

Qual não foi nossa surpresa, porém, quando o então Presidente da República, o mesmo que tivera essa ideia, Fernando Henrique Cardoso, pura e simplesmente extinguiu a SUNAB de uma penada.

A partir daí, portanto, incumbiu-se os já atarefados PROCON's, espalhados pelo nosso imenso país, de fiscalizarem essas relações de consumo no âmbito administrativo.

5.2 Penais

No que concerne aos delitos contra as relações de consumo, pareceu à comissão que seria oportuno fossem tipificadas certas condutas, com o principal objetivo de se *desencorajarem* atentados contra os interesses dos consumidores em geral, sobretudo, contrariando as normas dispositivas de caráter civil.

Assim, por exemplo, se o artigo 8º estatui que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”; ou então, conforme disposto no artigo 9º, impõe aos mesmos fornecedores a obrigação de alertas ostensivos sobre a nocividade e periculosidade apresentada pelos mesmos produtos e serviços, não os colocando no mercado se tais vícios forem gritantes (art. 10), ou retirando os mesmos do mercado às suas expensas, alertando as autoridades competentes e consumidores mediante anúncios publicitários (§§ 1º a 3º do citado art. 10), *foram instituídos tipos penais para punir-se os agentes recalcitrantes*.

Assim, por exemplo, os artigos 63, 64 e 65 punem aqueles que omitirem sinais ostensivos sobre aquela nocividade ou periculosidade, ou não fizerem recomendações escritas e igualmente ostensivas sobre aquelas anomalias; ou então deixarem de comunicar

essa circunstâncias às autoridades competentes e aos consumidores; ou ainda, deixarem de retirar do mercado esses mesmos produtos.

Evidentemente não se ignorava, por óbvio, a existência de delitos, seja no Código Penal ainda vigente da década de 40 do século passado, seja na chamada *legislação penal especial ou e extravagante*, com objetividades jurídicas diversas (i.e., proteção do patrimônio, saúde, honra, administração pública e justiça, economia popular etc.), mas que conviveriam perfeitamente com os tipos penais, digamos, *garantistas* das relações de consumo.

Imperioso salientar, outrossim, que a tarefa da instituição dessa tutela penal foi delegada a uma comissão instituída no âmbito do Ministério Público Paulista, pelo então Procurador Geral de Justiça, Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga, e cuja presidência nos coube¹⁹.

A referida comissão ponderou que haveria dois momentos para essa tutela penal especial: a) no âmbito do próprio Código de Defesa do Consumidor; b) no âmbito de um futuro Código Penal que, além desses delitos, englobasse, igualmente, os delitos contra a economia popular (ainda presentes da Lei nº 1.521/1951), os da lei de incorporações de imóveis (Lei nº 4.591/1965, arts. 65 e 66), delitos que depois foram colocados na Lei nº 8.137/1990, e outros que porventura dissessem respeito à tutela das relações de consumo.

E efetivamente isso está prestes a acontecer, já que o projeto do novo Código Penal, ao que se sabe paralisado no Congresso Nacional, faz exatamente isso, conforme procuramos comentar no artigo intitulado *Consumidor e o Novo Código Penal Brasileiro*²⁰.

19 Integrada pelos então Promotores de Justiça Drs. Roberto Durço, Walter Dias Duarte, Marco Antônio Zanellato, Daniel Roberto Fink, Luís Cyrillo Ferreira Jr., Renato Martins Costa, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Nelson Nery Jr., além dos então assessores jurídicos do PROCON-SP, Dr. Marcelo Gomes e Sodrê e Mariângela Sarrubbo.

20 FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e o Novo

Vejam-se, abaixo no quadro, alguns exemplos de como seria o novo Código Penal em matéria de crimes contra as relações de consumo:

QUADRO COMPARATIVO DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: proposta do novo Código Penal (esquerda) e legislação revogada ou aproveitada (direita)

LEGENDAS ABAIXO

= Art. (...) corresponde a artigo de lei já existente

CDC – Código de Defesa do Consumidor

(?) (...) ? – dispositivo revogado pela nova proposta de Código Penal (na coluna da esquerda) mas que deveria ser aproveitado, conforme proposta nesta coluna da direita

Art. 427 - Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa.

= Art. 63 do CDC – Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade.

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º - Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 428. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos.

= Art. 64 do CDC – Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos, cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado.

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único – Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente, quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Código Penal Brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, J. M., v. III, n. 10, jun. 2013, p. 153-174; também publicado na *Revista da Academia Paulista de Direito*, São Paulo: Fiuza, ano 2, n. 4, jul./dez. 2012, p. 101-126.

Art. 429. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.	= <i>Art. 65 do CDC</i> – Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente. Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte. (Redação dada pela Lei nº 13.425, de 2017) § 2º. A prática do disposto no inciso XIV do art. 39 desta Lei também caracteriza o crime previsto no <i>caput</i> deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.425, de 2017)
Art. 430. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposos: Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa.	= <i>Art. 66 do CDC</i> – Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º - Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º - Se o crime é culposos: Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.
Art. 431. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.	= <i>Art. 67 do CDC</i> – Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Interessante consignar, por outro lado, que quando o Código do Consumidor entrou em vigor, além da Lei nº 8.137/1990, que cuida, além de crimes contra as ordens tributária e econômica, de delitos contra as relações de consumo, passamos a receber, na distribuição do extinto Tribunal de Alçada Criminal, todos os recursos que se relacionavam com esses diplomas legais, além de outros que se relacionavam, ainda que indiretamente, com

as mencionadas relações de consumo, na qualidade de então Procurador de Justiça oficiante perante o mesmo. E isto sem prejuízo de nossa atuação como Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo.

E foi se formando sólida jurisprudência²¹, até 1995, quando, tendo sobrevivendo a Lei

21 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direito do consumidor*.

Federal nº 9.099, daquele ano (*i.e.*, lei dos juizados especiais de pequenas causas e criminais para delitos de reduzido potencial ofensivo), essa jurisprudência praticamente desapareceu, à exceção relativamente aos delitos da Lei nº 8.137/1990, apenados com reclusão, e outros previstos no Código Penal e legislação penal especial, eis que os do Código do Consumidor são todos, sem exceção, entendidos como de reduzido potencial ofensivo. E, por conseguinte, sujeitos a um julgamento mais rápido e informal pelos Juizados Especiais Criminais, junto aos quais predominam as penas alternativas e a suspensão condicional do processo.

6 “Fogo de encontro”

Ou como dizia nosso pai: “*chumbo trocado não dói!*”

Pode parecer curioso esse item. Mas nos apressamos em explicar o porquê.

Se, de um lado, são de extrema utilização os *bancos de dados negativos* dos consumidores inadimplentes (SERASA, SPC, CDJ e outros), por que não igualmente, em contrapartida, organizar um *banco de dados negativos* contendo os maus fornecedores, ou uma *lista negra*.

Foi destarte que surgiu, no seio da comissão, logo após tratar daqueles bancos de dados pró-fornecedores, as *listas negras de fornecedores*.

Com efeito, dispõe o artigo 44 do vigente Código de Defesa do Consumidor, que:

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º - É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º - Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

Por outro lado, ainda dessa obrigação imposta pela lei consumerista, é fato evidente que, hoje em dia, mediante as *redes sociais*, as notícias sobre maus fornecedores circulam de forma instantânea e a milhares e até milhões de participantes.

7 Manutenção de peças de reposição e convenções coletivas de consumo²²



Fonte: www.contabeis.com.br

- ²² Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979
Dispõe sobre a Concessão Comercial entre Produtores e Distribuidores de Veículos Automotores de Via Terrestre. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei: [...]
Art. 17. As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:
I - as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores, cada uma representada pela respectiva entidade civil ou, na falta desta, por outra entidade competente, qualquer delas sempre de âmbito nacional,

Uma especial novidade colocada no Código de

designadas convenções das categorias econômicas;

II - cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.

§ 1º Qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no cartório competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem também contra terceiros em todo o território nacional.

§ 2º Independentemente de convenções, a entidade representativa da categoria econômica ou da rede de distribuição da respectiva marca poderá diligenciar a solução de dúvidas e controvérsias, no que tange às relações entre concedente e concessionário.

Art. 18. Celebrar-se-ão convenções das categorias econômicas para:

I - explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores;

II - declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição;

III - resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição;

IV - disciplinar, por juízo declaratório, assuntos pertinentes às convenções da marca, por solicitação de produtor ou entidade representativa da respectiva rede de distribuição.

Art. 19. Celebrar-se-ão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a:

I - atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão (art. 3º, II);

II - uso gratuito da marca do concedente (art. 3º, III);

III - inclusão na concessão de produtos lançados na sua vigência e modalidades auxiliares de venda (art. 3º, § 2º, a, § 3º);

IV - comercialização de outros bens e prestação de outros serviços (art. 4º, parágrafo único);

V - fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos (art. 5º, I e II, § 4º);

VI - venda de componentes em área demarcada diversa (art. 5º, § 3º);

VII - novas concessões e condições de mercado para sua contratação ou extinção de concessão existente (art. 6º, I e II);

VIII - quota de veículos automotores, reajustes anuais, ajustamentos cabíveis, abrangência quanto a modalidades auxiliares de venda (art. 7º, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º) e incidência de vendas diretas (art. 15, § 2º);

IX - pedidos e fornecimentos de mercadoria (art. 9º);

X - estoques do concessionário (art. 10 e parágrafos 1º e 2º);

XI - alteração de época de pagamento (art. 11);

Defesa do Consumidor, em seu artigo 107, foi a chamada *convenção coletiva de consumo*.

Sempre que tocamos nesse assunto ao ensejo de aulas e palestras, ou seja, por que razão peças de reposição para veículos automotores devem ser mantidas em estoque por 10 anos, reportamo-nos ao teor desse dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, combinado com seu artigo 32.

Então, começemos por este último. Com efeito, dispõe ele que “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto”. Parece-nos claro, pois, que enquanto os produtos estiverem sendo fabricados ou importados, e colocados à disposição dos consumidores, seus responsáveis deverão manter estoque de peças de reposição suficientes, para que os mesmos cumpram suas funções.

Já o parágrafo único do artigo 32, porém, deixa uma questão no ar, na medida em que diz o seguinte: “cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável, na forma da lei”.

XII - cobrança de encargos sobre o preço da mercadoria (Art. 13, parágrafo único);

XIII - margem de comercialização, inclusive quanto a sua alteração em casos excepcionais (art.14 e parágrafo único), seu percentual atribuído a concessionário de domicílio do comprador (art.5º, § 2º);

XIV - vendas diretas, com especificação de compradores especiais, limites das vendas pelo concedente sem mediação de concessionário, atribuição de faculdade a concessionários para venda à Administração Pública e ao Corpo Diplomático, caracterização de frotista de veículos automotores, valor de margem de comercialização e de contraprestação de revisões, demais regras de procedimento (art.15, § 1º);

XV - regime de penalidades gradativas (art.22, § 1º);

XVI - especificação de outras reparações (art.24, IV);

XVII - contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (art.28);

XVIII - outras matérias previstas nesta Lei e as que as partes julgarem de interesse comum.

Se perguntarmos a alguém qual é o prazo durante o qual um fabricante de veículos deve manter peças de reposição em estoque, logo virá a resposta: 10 anos, claro!

Mas onde está isso na lei? Não está na lei, mas sim em convenção das poucas montadoras instaladas no Brasil na década de 60 do século passado, antes mesmos da edição da Lei nº 6.729/1979, conhecida como a *Lei Ferrari* ou *lei das concessionárias de automóveis*. Ou seja, reunidas com seus respectivos concessionários/representantes/agentes vendedores, as montadoras deliberaram que os veículos então produzidos, quando cessasse sua colocação no mercado, ainda mereceriam reparos mediante peças de reposição que deveriam permanecer à disposição por 10 anos, a partir dessa interrupção.

Temos aqui, entretanto, o seguinte dilema: determinando o parágrafo único do artigo 32 do Código do Consumidor que as empresas fabricantes de bens de consumo duráveis e importadores devem manter peças de reposição em estoque por *um prazo razoável*, de acordo com a lei, trata-se aqui de uma lei efetiva, ou seja, produzida pelo órgão legislativo competente, apenas e tão-somente?

Evidentemente que não. Até porque há uma infinidade de produtos que podem se encontrar nessa situação até para evitar-se a chamada *obsolescência programada*.

Por isso mesmo é que, por lei, *haverá de se entender, no caso, uma convenção de uma determinada marca – por exemplo, entre uma montadora de veículos e sua rede de concessionárias, conforme assinalamos acima, estabelecendo-se condições de comercialização, estandes de vendas, condições de compras de veículos e todo e qualquer aspecto que envolve o contrato complexo de concessão, conforme estatuído pelo artigo 17 da referida Lei Ferrari*.

Por isso mesmo é que, ao cuidarmos do anteprojeto do Código do Consumidor, o então Secretário Estadual de Defesa do

Consumidor e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Paulo Salvador Frontini, sugeriu que se estabelecesse um instrumento semelhante na ainda nascitura lei consumerista.

Daí o enunciado do artigo 107, segundo o qual:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

Seus três parágrafos, a seu turno, dispõem sobre as condições e requisitos para que isto se dê:

- § 1º. A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos;
- § 2º. A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias;
- § 3º. Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar em data posterior ao registro do instrumento.

Sem embargo da enorme importância desse dispositivo, no sentido de conciliarem-se os interesses de fornecedores e consumidores, pouco tem sido aplicado.

Chegaram-nos exemplos tendo como protagonistas, de um lado, a Associação Mineira de Supermercados e, do outro, a Associação das Donas de Casa de Belo Horizonte, no sentido de fixarem normas, ainda que provisórias, para manterem determinados produtos em períodos de entressafra por preços determinados.

8 A tutela coletiva

Ao nosso ver, no campo processual, o ponto de mais alta importância do Código de Defesa do Consumidor é a *tutela coletiva dos direitos e interesses dos consumidores*.

Não pretendendo neste espaço sintético discorrer em detalhes sobre essa questão, pinçamos apenas dois pontos que nos parecem assaz importantes: a) a ampliação desses interesses e direitos, e sua conceituação; b) a invenção de um litisconsórcio entre órgãos diversos dos Ministérios Públicos dos Estados, Distrito Federal e Federal.

8.1 Interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de origem comum: sua evolução

Quando nossa comissão se debruçou sobre essa questão, logo vieram à baila os procedimentos já utilizados em outros países a respeito, notadamente no que dizia respeito às *class actions* do Direito Norte-Americano.

Quando exercíamos as funções de Promotor de Justiça do Consumidor no PROCON-SP (1983-1985), elas se resumiam a mediar conflitos entre consumidores e fornecedores, em casos já tentados pelo setor de atendimento daquele órgão, mas sem sucesso. E, além disso, a requisitar a instauração de inquéritos policiais junto ao DECON – Departamento Estadual de Polícia do Consumidor, quando percebia, pelos expedientes que me eram encaminhados, a comissão, ainda que em tese, de delitos contra o patrimônio, saúde pública, economia popular, incorporação de imóveis, vendas de terrenos, fraudes, etc. Sentíamos, todavia, a falta de um instrumento adequado para cuidar não de casos individuais, apenas, mas também, e principalmente, de *casos de interesse coletivo dos consumidores*.

Com efeito, embora já houvesse, no âmbito do meio ambiente natural (fauna e flora), um instrumento adequado para a sua tutela, ou seja, conferindo-se aos órgãos competentes dos Ministérios Públicos a legitimação

extraordinária para a proteção desses valores²³, e apenas a eles, na área do consumidor contávamos com a, digamos, sensibilidade e boa vontade de alguns órgãos administrativos.

Por exemplo: em uma questão encaminhada pelo setor competente do PROCON-SP, havia a preocupação sobre dois medicamentos (aminofenazona e fenilbutazona), destinados ao tratamento de portadores de artrite e reumatismo. Conforme denúncia de alguns setores médicos, seu *fator risco* (nas bulas *efeitos colaterais*), seria muito superior ao *fator benefício*.

Vimo-nos de mãos amarradas, eis que não havia, como para o meio ambiente, uma tutela judicial específica.

Foi então que tivemos a ideia de oficiarmos – obtendo-se previamente pareceres farmacológico-médicos –, ao então Ministro da Saúde, pelo *telex* (quicá o trisavô da *internet*), para as medidas que entendesse cabíveis. Qual não foi nossa agradável surpresa, ao recebermos informação, meses depois, da DIMED – Divisão de Medicamentos do Ministério da Saúde²⁴, no sentido de que, realmente, um daqueles remédios tinha fatores de risco muito superiores aos benefícios, razão pela qual teve seu registro cancelado e vedada sua fabricação. Já com relação ao outro, também se concluiu contar fatores de risco consideráveis, mas que ainda assim poderia ser utilizado, mas com severa supervisão médica.

E se perguntaria: e se nenhuma providência dessa natureza tivesse sido adotada?

Nada teria ocorrido, já que inexistia, como já acentuamos, um remédio processual com vistas à obtenção de resultados semelhantes, já que estava em risco um dos fatores

23 Cf. Lei Federal nº 6.938/1981.

24 Além dessa divisão, havia também, no âmbito do Ministério da Saúde, a DINAL - Divisão de Alimentos, DISAD - Divisão de Produtos Domissanitários e outras, que acabaram sendo englobadas pela atual ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

mais caros à sociedade, qual seja, a *saúde de seus integrantes*.

Mais ou menos na mesma época – estamos falando de casos ocorridos por volta dos anos 1983-1984 –, surgiu um outro problema, ao qual pudemos dar também uma solução de cunho administrativo. Senão, vejamos.

O Brasil havia importado uma grande quantidade de carne do Uruguai em contêineres frigoríficos, sendo que um deles, porém, teve problema do termostato, e grande parte do carregamento estragou.

No porto de Santos, as autoridades do Ministério da Agricultura (SIF – Serviço de Inspeção Federal), competente legalmente para o desembarque alfandegário, hesitava em fazê-lo, o que levou a protestos populares e críticas pelos órgãos de comunicação social.

Também pressionado, o então Promotor de Justiça do Consumidor local, requisitou o auxílio de fiscais sanitários estaduais da Secretaria de Estado de Saúde, com vistas a resolver a questão.

Os servidores federais, contudo, não queriam permitir a sua entrada no recinto do porto, razão pela qual o colega de Ministério Público me telefonou pedindo uma orientação.

Tive, então, ideia de encaminhar uma outra mensagem via *telex*, desta feita do Ministro da Agricultura, até porque tinha uma filha estagiando na época no PROCON-SP, no sentido de que pudesse adotar as providências cabíveis.

Tomando conhecimento do nosso problema, a resposta foi quase imediata: determinou que se admitisse a entrada no porto dos fiscais sanitários estaduais, desde que acompanhados do Promotor de Justiça e, em conjunto, deliberaram apreender a partida de carne estragada, que acabou sendo incinerada, enquanto que a parte boa ou própria para o consumo, foi liberada. Mais uma vez, entretanto, vimos que se essa providência administrativa não fosse adotada, na quali-

dade de membro do Ministério Público, nada poderia fazer, à falta de instrumento processual adequado.



Fonte: www.procon.sp.gov.br

Eis que, em 24 de julho de 1985, foi editada a *lei da ação civil pública*, Lei Federal nº 7.347 que, dentre outros provimentos, trouxe as seguintes e bem-vindas novidades: a) determinou que, a partir de então, não apenas o meio ambiente natural é que mereceria tutela mediante a ação civil pública, mas também os valores paisagísticos, turísticos, culturais etc. (cfr. seu art. 1º); b) também ampliou o espectro de entes que teriam a legitimação processual extraordinária para essas tutelas como, por exemplo, a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, empresas públicas e de economia mista e entidades constituídas com o fim de tutelá-los (art. 5º); c) criou o *inquérito civil* (arts. 8º a 10º), ou seja, um procedimento presidido por membros do Ministério Público, coletando elementos técnicos e testemunhos, com vistas a instruir eventual ação civil pública; d) instituiu, igualmente, o *fundo de reparação dos interesses difusos*, ou seja, para o recolhimento das indenizações por danos infligidos aos referidos interesses difusos, e cuja finalidade é a reparação, se possível, desses danos ou, então, servir

como *fluid recovery*, isto é, um volume de recursos a serem aplicados na recuperação de outros danos, sempre que possível, não necessariamente, os da ação originária em si, ou então à prevenção de outros danos (art. 13); e) previu, por outro lado, a antecipação da tutela dos fins visados pela ação civil pública, notadamente no que diz respeito à imposição de obrigações de fazer ou não fazer (arts. 11 e 12).

Com base nessa lei, então, ficou mais amplo o nosso campo de atuação.

E o primeiro inquérito civil que instauramos, em setembro de 1985, referia-se a uma infração da legislação relativa a vinhos: o rótulo continha uma informação não verdadeira, ou contrária ao tipo e conteúdo da garrafa. Ou seja, ele não poderia estampar a expressão *adeega regional de vinhos finos*, porquanto a vinícola, no caso, não cultivava as próprias uvas viti-viníferas, utilizava tipos diferentes destas, fazendo o *corte*.

Instauramos o procedimento de investigação civil, pedimos informações à Delegacia do Ministério da Agricultura em São Paulo, e notificamos a empresa.

Tendo comparecido seu representante, acompanhado de advogada de respeitado escritório paulistano, acabamos acordando em que o rótulo precisaria ser revisto, o que foi aceito, efetivamos um *termo de acordo* – o futuro *TAC - Termo de Ajustamento de Conduta* ainda não havia, ao menos com essa terminologia, embora já praticado nos acordos feitos no PROCON, conforme já acentuamos –.

Conforme estatuído pela Lei nº 7.347/1985, como esse acordo implicara no *arquivamento implícito do inquérito civil instaurado*, submetemo-lo à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que homologou esse arquivamento.

Caso não o fizesse, poderia deliberar, por exemplo, pela conversão em novas diligências ou, então, propor a designação de outro membro do Ministério Público, por analogia

com o que determina o artigo 28 do Código de Processo Penal²⁵.

E num outro caso célebre, que será comentado linhas adiante, do inquérito civil instaurado resultou uma ação civil pública.

Mas, retomando nossa marcha evolutiva, diríamos que, muito embora a referida *lei da ação civil pública* houvesse trazido novas luzes à tutela coletiva do consumidor, fê-lo, a nosso ver, entretanto, apenas no que tange aos chamados *interesses* ou *direitos difusos*, à semelhança da tutela ambiental

O próximo passo veio em 1988, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, cujo artigo 129, ao definir as funções institucionais do Ministério Público, em seu inciso III, dispôs que dentre elas está a de “promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ou seja, além dos *interesses difusos*, aqueles que pertencem a um número indeterminado de pessoas e são indivisíveis, na medida em que se algo for feito em seu benefício todos a ele ligados serão beneficiados ou, contrariamente, prejudicados se não for feito, existe a classe de *interesses coletivos*.

Estes, assim como os difusos, têm em comum o fato de serem indivisíveis, ou seja, caso algo seja empreendido para protegê-los, todos a ele conectados são beneficiados; caso contrário, não.

Com relação aos primeiros, tomamos como exemplo os dois casos já citados: dos

25 “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender” (redação original).

medicamentos com fator risco maior que o fator benefício e o da importação de carne que se estragou. Ora, a *saúde* dos consumidores em geral, em ambos os casos, seria o valor a ser protegido mediante uma ação civil pública: retirando ou regulamentando sua permanência no mercado.

No caso dos *interesses coletivos propriamente ditos*, veja-se o exemplo de um contrato de adesão propagado aos milhares ou quiçá milhões, tendo por objeto planos de saúde, circunscrito a um determinado número e tipo de cláusulas, dentre as quais figura alguma ou algumas abusivas.

Ora, na medida em que algum órgão legitimado assume a defesa dos interesses desses consumidores aderentes, no sentido de verem declaradas nulas de pleno direito tais cláusulas abusivas, e obtém sucesso, *todos esses consumidores aderentes, mas a um tipo específico de contrato*, acabam por se beneficiar.

A terceira classe de interesses e direitos coletivos *lato sensu*, consiste nos chamados *interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum*, desta feita instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III.

Nesse caso, semelhante aos demais interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, deles se distingue pelos seguintes motivos: cuida-se da tutela de interesses *manifestamente individuais*, na medida em que podem ser perfeitamente distinguidos e tratados individualmente em casos de lesão e danos mas que, por *terem sofrido essa lesão ou danos em decorrência de uma causa comum*, justifica-se o fato se serem tratados coletivamente, ou seja, mediante também uma ação civil pública, segundo alguns, ou coletiva, segundo outros. Tanto faz a designação.

Tome-se o exemplo dos acidentes, infelizmente, ocorridos na realidade, da queda de uma aeronave da empresa TAM, na Capital de São Paulo, e da explosão num shopping center

na cidade de Osasco também nesse Estado, ambos em outubro de 1996.

No primeiro caso, 104 pessoas faleceram (99 passageiros e tripulantes e 5 circunstantes em solo), pela queda do avião sobre casas no Bairro do Jabaquara. Causa: mau funcionamento do freio hidráulico da turbina que se abriu em plena decolagem, fazendo o avião estolar e cair.

No segundo, 42 pessoas pereceram, e outras dezenas ficaram feridas, algumas, inclusive, com mutilações, veículos e estabelecimentos comerciais foram destruídos etc. Causa: instalação defeituosa do encanamento de gás utilizado no shopping que, acumulando-se vagorosamente durante cerca de três meses, provocou a explosão.

Ora, no primeiro caso, tem-se que *a causa comum* foi a queda do avião por um defeito no freio de empuxe; e no segundo o referido defeito no encanamento de gás. Em ambos os casos, entretanto, restou evidente a responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa, pelo *fato dos serviços prestados* (i.e., de transporte aéreo e de serviços comerciais proporcionados aos frequentadores).

Destarte, como os danos foram individualizáveis e, por conseguinte, *divisíveis*, caberia às famílias das vítimas intentarem ações individuais no sentido de haverem perdas e danos. Ou então, *em razão da ordem comum dos danos causados*, poderia caber a titularidade extraordinária para ações de cunho coletivo, a qualquer um dos entes previstos pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 ou artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso da queda do avião, as famílias das vítimas, tão logo ficou claro que a empresa não iria tratar de maneira espontânea de indenizações, cotizaram-se em grupos, inclusive, mediante a constituição de uma entidade associativa civil, cujos advogados, então, ajuizaram as competentes ações ordinárias de indenização. Sem embargo, como

Coordenador das Promotorias de Justiça do Estado de São Paulo, nessa época, solicitamos a dois estagiários do hoje extinto CENACON - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado, a elaboração de um estudo de como poderiam ser formulados os respectivos pedidos de indenização. Esse estudo foi primorosamente elaborado pelos estagiários e serviu de base para a propositura daquelas ações individuais.

Já no segundo, foi proposta ação civil pública pela diligente Dra. Promotora de Justiça do Consumidor, Ana Lúcia Cardoso da Silva Arrochela Lobo, que obteve pleno sucesso, decretando-se a responsabilidade das rés (*i.e.*, a sociedade civil proprietária do centro de compras e sua administradora)²⁶ pelo pagamento das indenizações a todas as vítimas. Como os danos foram variáveis, de pessoa a pessoa, as liquidações foram feitas por artigos e individualmente (cfr. arts. 95²⁷ e 97²⁸ do Código de Defesa do Consumidor).

8.2 Litisconsórcio entre órgãos do Ministério Público

Logo que ocorreu o tristemente célebre acidente nuclear na antiga República Soviética da Ucrânia, em outubro de 1986, os jornais e outros meios de comunicação davam a notícia em detalhes e, inclusive, da fatal *contaminação dos solos de vastas regiões de toda a Europa*.

Nessa época do desastrado *Plano Cruzado*, que havia determinado o *congelamento* de todos os preços vigentes até 28 de fevereiro

daquele ano, houve clara desobediência civil da parte dos produtores, sobretudo rurais, o que levou à necessidade, por exemplo, da importação de diversos produtos, inclusive *toneladas de leite em pó*.

Denunciava-se, mediante depoimentos de médicos e cientistas, que esse leite estava contaminado por altas doses de radioatividade e que, se consumido, poderia causar sérios prejuízos à saúde dos consumidores.

Instado pelo então Procurador Geral de Justiça do Estado, contactamos o Procurador da República Chefe em São Paulo já que, se algo tivesse de ser feito, seria em face da União Federal, já que a coordenação e responsabilidade pela importação desse produto era da CO-NAB - Companhia Nacional de Abastecimento, do Ministério da Agricultura, hoje COBAL.

Disse-me ele, todavia, que lamentava não ter estrutura nem pessoal especializado nesses assuntos então novos, mesmo porque eram poucos os integrantes do Ministério Público Federal que, além de exercerem tal mister, também eram os defensores dos interesses da União, à falta ainda de uma Advocacia Especial que somente viria a ser instituída com a promulgação da Constituição, dois anos depois.

A ideia, então, foi de que, para que não se discutisse a legitimação do Ministério Público do Estado de São Paulo, à época já aparelhado para tanto (as Promotorias do Consumidor já existiam desde 1983), seria designado um membro do Ministério Público Federal para atuar em conjunto.

E assim foi feito, instituindo-se o *litisconsórcio entre Ministérios Públicos*. Designada a então Procuradora da República Dra. Alice Kanaan, instauramos em conjunto a competente portaria de abertura de inquérito civil e, com base nele, ajuizamos a ação civil pública, distribuída ao Juízo da 4ª Vara Cível Federal de São Paulo.

Em resumo: obtida a liminar, com vistas à proibição da comercialização do leite importado, porque contaminado por radioa-

26 Cf. inteiro teor da petição inicial da ação proposta perante a 6ª Vara Cível da Comarca de Osasco, SP. In: *Melhor arrazoado forense*: trabalhos premiados no ano de 1996. São Paulo: Edições APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 1999, p. 13-57.

27 “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

28 “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

tividade, ela acabou sendo cassada no extinto Tribunal Federal de Recursos, mediante agravo de instrumento, mas revertida a situação mediante nosso agravo regimental.

Eis, portanto, a origem do disposto no artigo 113, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor²⁹.

²⁹ Para melhores informações, cf. o inteiro teor da portaria de inquérito civil instaurado à época, petição inicial, recursos e decisões em nosso *Manual de direitos do consumidor*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 523-548.

Referências

- APENAS um código a mais. *Jornal “O Globo”*, 16 abr. 1989.
- AZEVEDO, M. Filadelfo de. *Revista Forense*, v. 101.
- BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, São Paulo, ano XVII, n. 49, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XIII, n. 15/16, p. 89-105, 1974.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. A tutela administrativa do consumidor – necessidade ou não de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor. In: FILOMENO, José Geraldo Brito (Org.). *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos PROCON’s, legislação, doutrina jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47-84.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e o Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, J. M., v. III, n. 10, jun. 2013, p. 153-174; também publicado na *Revista da Academia Paulista de Direito*, São Paulo: Fiuza, ano 2, n. 4, jul./dez. 2012, p. 101-126.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direito do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MATTA, Amauri Ártimos da. PROCON vinculado ao Ministério Público: estrutura e atuação prática. In: FILOMENO, José Geraldo Brito (Org.). *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos PROCON’s, legislação, doutrina jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 171- 230.
- MELHOR arrazoado forense: trabalhos premiados no ano de 1996. São Paulo: Edições APMP, 1999, p. 13-57.
- MENDONÇA, Carvalho de. *Revista dos Tribunais*, v. 132.
- MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito comercial*, v. VI.
- ROLLEMBERG, Jorge Torres de Mello. Proteção ao consumidor: seus problemas e dificuldades na área privada oficializada do movimento do governo. *Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial*, Rio de Janeiro, TE-87, Tema 21, 1987.
- SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Instrumentos jurídicos de prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico: gestão integrada de acordo com o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil (Lei nº 14.026/2020)



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito do Estado (área de concentração Direito Urbanístico) pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo e Ambiental do Curso de Graduação em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo.

SUMÁRIO. 1 Notas introdutórias. 2 Tipologias para a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico. 3 Criação e gestão das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. 4 Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015). 5 Região metropolitana e aglomeração urbana. 6 Microrregião. 7 Competência da unidade territorial para a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico e governança interfederativa. 8 Unidade regional de saneamento básico como forma de prestação regionalizada do serviço de saneamento básico. 9 Prestação regionalizada por meio de blocos de referência. 10 Considerações finais. Referências.

1 Notas introdutórias

A Lei nº 14.026/2020 introduziu significativas alterações na Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico no Brasil.

Destacar-se-ão, no presente estudo, as alterações relativas à prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico.

O artigo 3º, inciso VI, do Marco do Saneamento Básico brasileiro, com a redação conferida pela Lei nº 14.026/2020, define *prestação regionalizada* como:

[...] modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município.

Os serviços de saneamento básico são: a) abastecimento de água potável; b) esgotamento sanitário; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. A lei torna possível a prestação desses serviços de maneira regionalizada, ou seja, Municípios podem unir esforços técnicos e financeiros para que um ou mais dos componentes do serviço de saneamento sejam prestados de forma conjunta às suas respectivas populações.

A finalidade da lei é afastar o risco de má prestação desses serviços, ou mesmo de que não sejam prestados por motivos financeiros e/ou técnicos. São de todos conhecidas a delicada situação fiscal de grande parte dos Municípios brasileiros e a falta de recursos técnicos para fazer frente à necessária expansão dos serviços de saneamento básico, com os quais parte significativa da população brasileira ainda não pode contar.

A legislação busca suprir tais dificuldades, por meio da união de forças das diversas administrações municipais interessadas na

prestação associada desses serviços, a possibilitar compartilhamento de recursos e diminuição dos custos, já que a ampliação do universo de usuários dos serviços gera ganhos decorrentes da economia de escala por parte do(s) prestador(es).

2 Tipologias para a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico

A Lei nº 11.445/2007, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020, prevê, em seu artigo 3º, inciso VI, que a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico pode ser estrutura de três formas:

[...]

a) *região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião*: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole);

b) *unidade regional de saneamento básico*: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) *bloco de referência*: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares

Por outro lado, o mesmo diploma estabelece o conceito de serviços públicos de saneamento básico de interesse comum, em seu artigo 3º, inciso XIV, como:

[...]

Serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais.

Isso quer dizer que a lei complementar estadual que cria a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião (CF, art. 25, § 3º) pode definir que o serviço de saneamento básico será prestado em conjunto pelos Municípios que compõem a unidade territorial; a lei complementar pode, inclusive, fundamentar a criação da unidade territorial na execução conjunta desse serviço.

É muito comum que os Municípios que integram a unidade territorial compartilhem instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário; o fenômeno da *conurbação*¹, que serve de fundamento para criar a unidade territorial, impede que o serviço de saneamento básico seja prestado de forma isolada. Os mananciais são os mesmos para os diversos Municípios e as redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário são comuns, o que os obriga a gerir os serviços de forma conjunta.

1 Françoise Choay explica que o termo *conurbação* foi criado por Patrick Geddes, urbanista de origem escocesa, para designar as aglomerações urbanas que invadem uma região toda, pela influência atrativa de uma grande cidade. O autor usou esse neologismo para designar a grande Londres e as regiões que a cercam, especialmente, Manchester e Birmingham. (CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades – uma antologia*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 2).

Antes de abordar especificamente as regras da Lei nº 11.445/2007 sobre a prestação do serviço de saneamento básico por meio de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, façamos um breve resumo sobre como são criadas e sobre como essas unidades territoriais executam suas funções.

3 Criação e gestão das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

A criação legal das regiões metropolitanas, fundada no artigo 25, § 3º, da Constituição, é fundamentada em um fenômeno bastante conhecido dos urbanistas e geógrafos – a *conurbação*.

Os tecidos urbanificados de Municípios vizinhos passam a se confrontar uns aos outros, ligados pelos respectivos sistemas viários, em um processo que promove a ligação imediata entre zonas urbanas, sem a interposição das zonas rurais de qualquer um dos envolvidos².

No Brasil, a conurbação é fenômeno socioeconômico que se intensificou, em especial, a partir dos anos sessenta do século passado³,

2 Regina Maria Macedo Nery Ferrari afirma que a “região metropolitana advém de áreas urbanas que se vão aglomerando em torno de um Município, eliminando as áreas rurais, fazendo surgir uma área urbana única, o que vem a exigir a integração da organização, planejamento e execução de função de interesse comum entre todas as unidades componentes”. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90).

3 Milton Santos demonstra que a população das Regiões Metropolitanas criadas na década de setenta do século passado (Lei Complementar nº 14/1973) quase dobra seus percentuais em relação à população total entre 1940 e 1980. Em 1980, o percentual de população residente em áreas metropolitanas é de 38,93%, ou seja, quase 40% do contingente populacional brasileiro a residir em apenas nove áreas metropolitanas. (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1993, p. 76).

não obstante o crescimento populacional e espacial das urbes seja fenômeno verificável no país desde a primeira metade daquele século, período em que as cidades brasileiras cresceram espacial e economicamente e passaram a absorver, em curto espaço de tempo, um enorme contingente populacional vindo das zonas rurais⁴.



Fonte: www.senado.leg.br

As zonas urbanas das grandes Capitais cresceram tanto, e tão rapidamente, que se aproximaram das zonas urbanas dos Municípios vizinhos, a promover um processo de continuidade territorial que não leva em consideração os perímetros de cada localidade⁵.

Essas áreas metropolitanas apresentam uma uniformidade urbana que dificulta

a quem transita por seus limites saber onde termina um Município e onde começa o outro. As *cidades*⁶ aderem umas às outras, a ignorar os limites geográficos municipais.

A conurbação faz com que surja o chamado *interesse metropolitano*⁷. O agrupamento urbano observado faz surgir necessidades até então desconhecidas das autoridades locais, competentes para o exercício da função administrativa nos limites geográficos de seus Municípios⁸.

Não é mais adequado se preocupar somente com o transporte público e os sistemas viários e de saneamento básico locais – a interligação entre as cidades é tão intensa, que medidas tomadas pelo Executivo de um Município repercutem diretamente no cotidiano de moradores de cidades vizinhas. O incremento de um corredor de ônibus em uma das cidades da área metropolitana facilita a locomoção de morado-

4 Ainda de acordo com Milton Santos, se o índice de urbanização brasileiro “pouco se alterou entre o fim do período colonial até o final do século 19 e cresceu menos de quatro pontos nos trinta anos entre 1890 e 1920 (passando de 6,8% a 10,7%), foram necessários apenas vinte anos, entre 1920 e 1940, para que essa taxa triplicasse, passando a 31,24%”. (*Ibidem*, p. 22). E o crescimento do índice de urbanização não cessou, até atingir o percentual de 77,13% em 1991. (*Ibidem*, p. 29).

5 Nas palavras de José Nilo de Castro, “o fenômeno regional é realidade incontestável. A metrópole, com seus problemas, invade as áreas vizinhas, [...] com conurbação policêntrica, revelando-se a região metropolitana grande região urbana”. (CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 371).

6 Segue-se o conceito de *cidade* de José Afonso da Silva, para quem cidade é o “núcleo urbano básico, principal, do Município, porque é sua sede e lhe dá o nome”. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160).

7 Para Eros Roberto Grau, os “interesses metropolitanos correspondem a necessidades públicas cujos efeitos extravasam, com intensidade comum, os limites territoriais de competência institucional de várias autoridades e unidades administrativas dentro da metrópole, exigindo, dessa forma, soluções coordenadas e integradas de parte daquelas mesmas autoridades e unidades”. (GRAU, Eros Roberto. *Regiões metropolitanas, sete anos depois*. In: PESSOA, Álvaro (Coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 94.).

8 Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica a conurbação como o processo em que “várias unidades urbanas, cada uma com sua administração própria, formam um aglomerado único que desenvolve uma cópia de problemas comuns, sem estrutura administrativa para solucioná-los”. De acordo com o autor, esse processo explica o surgimento das megalópoles. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 118).

res de Municípios vizinhos que se deslocam diariamente de um local para outro; a melhoria do sistema de distribuição de água potável e coleta de esgoto em uma cidade induz ao incremento dos sistemas de Municípios vizinhos, já que as redes, em razão da conurbação, são interligadas; a Administração Municipal que exerce de forma eficiente seu poder de polícia ambiental protege mananciais que abastecem toda área metropolitana; a política habitacional de uma cidade influi em cidades vizinhas, já que pode provocar migração de contingentes populacionais entre as localidades, em busca de melhores condições de moradia e de maior proximidade com os locais de trabalho; os processos de regularização fundiária levados a cabo em um Município beneficiam os distritos de cidades localizados nas proximidades da área regularizada; o correto tratamento que o lixo produzido em uma cidade recebe pode beneficiar os Municípios limítrofes, já que tende a evitar que resíduos sejam despejados em rios e córregos que atravessam o aglomerado metropolitano; o mesmo aterro sanitário pode servir de destinação final de resíduos provenientes de mais de uma cidade da área metropolitana, o que torna imprescindível o trabalho conjunto de manutenção do equipamento.

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 prevê que os Estados podem criar regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, para executar as funções públicas de interesse comum, surgidas a partir da conurbação (art. 25, § 3º).

Note-se, portanto, que a conurbação faz nascer o interesse metropolitano e este, por sua vez, serve de fundamento para a criação da região metropolitana, da aglomeração urbana e da microrregião.

4 Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015)

Com o intuito de uniformizar a instituição e a gestão das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas em todo o território

nacional, a União, com base na sua competência para prescrever normas gerais de direito urbanístico (CF, art. 24, inc. I) e para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (CF, art. 21, inc. XX), editou a Lei nº 13.089/2015, autodenominada *Estatuto da Metrópole*.

O diploma estabelece “diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados”, bem como “normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa” (Lei nº 13.089/2015, art. 1º).

5 Região metropolitana e aglomeração urbana

O Estatuto da Metrópole define, no seu artigo 2º, o conceito de aglomeração urbana (inc. I) e de região metropolitana (inc. VII).

Para a lei, *aglomeração urbana* é a:

[...] unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas;

Já a *região metropolitana* é a:

[...] unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (Redação dada pela Lei nº 13.683, de 2018)

Vê-se que o legislador federal buscou definir com exatidão conceitos que já vinham sendo tratados amiúde pela doutrina⁹, por

9 José Afonso da Silva define região metropolitana como

leis complementares e até por Constituições Estaduais¹⁰.



Fonte: www.vilavelha.es.gov.br

“um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município”. A existência de um Município central seria a principal diferença entre a região metropolitana e a aglomeração urbana, já que esta não conta com uma cidade núcleo. Já as *microrregiões*, para o autor, são formadas por “grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana”. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 156). Para Milton Santos, um dos elementos essenciais da região metropolitana é a existência de um Município núcleo, que lhe dá o nome, dotado de uma área bem maior que as dos demais Municípios. (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1993, p. 75).

- 10 A Constituição do Estado de São Paulo define *região metropolitana* como o “agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração socioeconômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes” (art. 153, § 1º). Já a *aglomeração urbana* é, para a Carta Paulista, o “agrupamento de Municípios limítrofes que apresente relação de integração funcional de natureza econômico-social e urbanização contínua entre dois ou mais Municípios ou manifesta tendência nesse sentido, que exija planejamento integrado e recomende ação coordenada dos entes públicos nela atuantes” (art. 153, § 2º). A *microrregião* é definida como o “agrupamento de Municípios limítrofes que apresente, entre si, relações de interação funcional

Faz-se necessário, porém, uma leitura atenta dos demais conceitos legais trazidos pelo artigo 2º do Estatuto para traçar um diferencial mais claro entre as duas espécies. De fato, o dispositivo prevê, também, os conceitos de *metrópole* e de *área metropolitana*.

Metrópole, para a Lei nº 13.089/2015, é o:

[...] espaço urbano com continuidade territorial que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme os critérios adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (inc. V)

E *área metropolitana* é a:

[...] representação da expansão contínua da malha urbana da metrópole, conurbada pela integração dos sistemas viários, abrangendo, especialmente, áreas habitacionais, de serviços e industriais com a presença de deslocamentos pendulares no território. (inc. VIII)

de natureza físico-territorial, econômico-social e administrativa, exigindo planejamento integrado com vistas a criar condições adequadas para o desenvolvimento e integração regional” (art. 153, § 3º). Nota-se que a região metropolitana se diferencia das demais pela destacada expressão nacional, pela elevada densidade demográfica e pela significativa conurbação, mas a integração socioeconômica entre os Municípios integrantes está presente também na aglomeração urbana e na microrregião. Essa integração faz nascer a necessidade de planejar ações conjuntas, com vistas à execução de funções públicas de interesse comum. Nas palavras de Nelson Nery Costa, as dimensões dos grandes centros urbanos “ultrapassam as fronteiras municipais, abarcando vários locais limítrofes. Sem que seja de direito, há uma verdadeira anexação dos Municípios menores e circunvizinhos ao maior e mais rico”. (COSTA, Nelson Nery. *Curso de direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 93).

Entende-se desses preceitos que a diferença entre região metropolitana e aglomeração urbana é a existência de uma metrópole¹¹, que constitui um espaço urbano com elevada densidade populacional, intensa conurbação, presença de deslocamentos pendulares no seu território – ou seja, trabalhadores que moram em uma cidade e trabalham na outra, e vice-versa – e significativa influência nacional, do ponto de vista político e econômico. As cidades limítrofes e conurbadas, caso constituam uma metrópole, dão ensejo à criação de uma *região metropolitana*.

Já as cidades limítrofes que não constituem metrópole, mas que mantêm entre si forte integração socioeconômica, a ponto de fazer surgir a necessidade de realizar funções públicas de interesse comum, dão margem à criação de uma *aglomeração urbana*.

Não obstante o esforço hermenêutico, o fato é que a diferenciação entre os conceitos perde importância em razão do tratamento equivalente que o Estatuto da Metrópole confere às duas espécies de unidades territoriais. As regras de governança interfederativa são comuns (Lei nº 13.089/2015, art. 6º a 8º); os instrumentos de desenvolvimento urbano integrado são os mesmos (art. 9º); e tanto a região metropolitana quanto a aglomeração urbana devem contar com um plano de desenvolvimento urbano integrado, aprovado mediante lei estadual (art. 10).

6 Microrregião

O conceito de *microrregião*, por sua vez, não consta da Lei nº 13.089/2015; trata-se de omissão injustificável por parte do legislador, já que a Constituição Federal a ela se refere expressamente (CF, art. 25, § 3º). Perceba que o Texto Constitucional trata a re-

gião metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião como agrupamentos de Municípios limítrofes, que devem planejar e executar funções públicas de interesse comum. Qual seria, então, a diferença entre elas?

O Estatuto da Metrópole faz pouquíssimas referências à microrregião. Em primeiro lugar, a lei prevê que, “além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas”, suas disposições são aplicáveis às microrregiões “no que couber” (Lei nº 13.089/2015, art. 1º, § 1º, inc. I). O texto leva a crer que há diferenças entre, de um lado, região metropolitana e aglomeração urbana e, de outro, microrregiões, a ponto de ser diverso o regime jurídico a elas aplicável.

Por outro lado, a lei federal estabelece que cabe ao colegiado da microrregião “decidir sobre a adoção do Plano de Desenvolvimento Urbano ou quaisquer matérias de impacto” (Lei nº 13.089/2015, art. 2º, parágrafo único). Isto é, o plano de desenvolvimento integrado não é obrigatório para as microrregiões, como é para as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 10).

Há, no entanto, equivalência quanto à criação: a necessidade de estudos técnicos prévios e de audiências públicas que envolvam todos os Municípios pertencentes à unidade territorial é exigência comum às três espécies (Lei nº 13.089/2015, art. 3º, § 2º).

Vê-se que a Lei nº 13.089/2015 tratou as microrregiões como uma categoria à parte de unidade territorial. Dentre as espécies indicadas no artigo 25, § 3º, da Constituição, a microrregião é aquela que não possui uma integração socioeconômica tão significativa entre os Municípios, a ponto de ser dispensável a edição do plano de desenvolvimento integrado.

Ou seja, algumas funções públicas podem e devem ser executadas em conjunto – inclusive os serviços de saneamento básico –, com vistas ao desenvolvimento das cidades integrantes da microrregião, mas a execução

11 A metrópole recebe o nome da cidade principal: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Porto Alegre etc.

isolada de serviços públicos por cada uma das localidades não provoca os mesmos impactos que seriam causados caso se tratasse de uma região metropolitana ou de uma aglomeração urbana.

Não há, entre os Municípios que compõem a microrregião, a intensa continuidade urbana encontrável na região metropolitana e na aglomeração urbana, daí a desnecessidade de previsão de um plano urbanístico integrado. As microrregiões também são formadas por Municípios limítrofes (CF, art. 25, § 3º), mas não há o mesmo fenômeno conurbatório encontrável nas áreas metropolitanas.

7 Competência da unidade territorial para a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico e governança interfederativa

Vê-se, portanto, que a necessidade de prestar o serviço de saneamento básico de forma conjunta faz nascer o interesse metropolitano, a justificar a criação da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião.

Na hipótese de prestação do serviço de saneamento básico de interesse comum, a titularidade dos serviços será conjunta, isto é, será compartilhada entre o Estado criador da unidade territorial e os Municípios que a integram (Lei nº 11.445/2007, art. 8º, inc. II). O dispositivo está de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIn 1842/RJ¹², de acordo com o qual o Estado que cria a região metropolitana ou a aglomeração urbana não é o titular exclusivo do serviço de saneamento; a titularidade deve ser exercida pelo ente criado pela lei complementar, nos termos do artigo 25, § 3º, da Constituição Federal.

Em outras palavras, a competência deve ser executada pelo ente criado para exercê-la (região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião), que conta com instâncias executivas e colegiadas para tanto, compostas por representantes de todos os entes federados integrantes (Lei nº 13.089/2015, art. 7º-A e 8º)¹³.

Não há transferência de titularidade para o Estado: as licitações e concessões necessárias à execução dos serviços de saneamento, por exemplo, devem ser realizadas pelo ente metropolitano, e não pelo Poder Público estadual. O poder concedente será o ente metropolitano (região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião) e não o Estado que o criou por meio de lei complementar. Essa gestão conjunta é denominada pelo Estatuto da Metrópole de *governança interfederativa* (Lei nº 13.089/2015, art. 3º, § 1º, e arts. 6º a 8º).

As decisões são tomadas por uma ins-

13 Nada impede que essas instâncias administrativas do ente metropolitano sejam assessoradas tecnicamente por uma entidade autárquica, criada por lei para essa finalidade, como é o caso da Região Metropolitana de Belo Horizonte, cuja gestão compete: I – à Assembleia Metropolitana; II – ao Conselho Deliberativo de Desenvolvimento Metropolitano; e III – à Agência de Desenvolvimento Metropolitano (Lei Complementar nº 89/2006 do Estado de Minas Gerais, art. 4º). O importante é que as deliberações sobre as diretrizes da política metropolitana sejam tomadas por órgão colegiado, composto por representantes de todos os entes federados que integram a unidade territorial, como quer o Estatuto da Metrópole (art. 8º). Da mesma forma, a Lei Complementar nº 184/2018 do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, cria o *Instituto Rio Metrópole*, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administração Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico, com a função de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribuições, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo Conselho Deliberativo (art. 13).

12 Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, DJe 13/09/2013.

tância executiva, composta por representantes do Estado e dos Municípios que compõem a unidade territorial (Lei nº 13.089/2015, art. 8º, inc. I), ainda que a representação nesse órgão não precise ser paritária, conforme decidido pelo STF no julgamento da ADIn 1842/RJ. Ou seja, o voto do Estado criador da unidade territorial e/ou dos Municípios com maior população podem ter um peso maior do que as localidades com menores recursos¹⁴.

A alocação de recursos pelos Municípios integrantes da região metropolitana também pode ser desigual, tendo em vista a disponibilidade financeira de cada um, mas todos devem ter participação nas instâncias decisórias. Nesse sentido, o Estatuto da Metrópole determina que a tomada de decisões e as responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesses comum devem ser compartilhadas entre o Estado e os Municípios que compõem o ente metropolitano (Lei nº 13.089/2015, art. 7º-A).

Por outro lado, como bem observam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o STF já assentou que a participação dos Municípios, indicados pela lei complementar estadual como integrantes do ente metropolitano (CF, art. 25, § 3º), é compulsória e independe de manifestação de vontade de cada qual ou de consulta plebiscitária às suas respectivas populações¹⁵.

Não há, de fato, invasão à autonomia municipal pela lei complementar estadual que impõe a participação de Municípios em regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, já que tal possibilidade decorre de mandamento constitucional (CF, art. 25, § 3º), desde que esteja presente o interesse metropolitano que justifique sua criação, como é caso da necessidade de prestação regionalizada do serviço de saneamento básico¹⁶.

Nesse sentido, o artigo 8º-A da Lei nº 11.445/2007, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14.026/2020, deve ser interpretado nos seus devidos termos. O dispositivo prevê ser facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação obrigatória. Isso significa que os Municípios e o Distrito Federal – competentes para o exercício da titularidade em âmbito local (Lei nº 11.445/2007, art. 8º, inc. I) – podem ou não aderir à prestação regionalizada nas formas de *unidade regional de saneamento básico* ou de *bloco de referência* (Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. VI, *b* e *c*), mas sua inclusão em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião é obrigatória, e decorre de sua inserção na unidade territorial, por meio da lei complementar estadual criadora (CF, art. 25, § 3º).

14 Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 1842/RJ, decidiu que a participação dos entes federativos nos colegiados das regiões metropolitanas não precisa ser paritária, “desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente”. Ou seja, “a participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”. (ADIn 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, DJe 13/09/2013).

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 833.

16 Nesse sentido, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 796/ES, que julgou inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual do Espírito Santo que prevê consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas, para criação de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (STF, ADIn 796/ES, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 02/02/1998, DJ 17/12/1999), e o acórdão proferido na ADIn 1841/RJ, que julgou inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que prevê que a participação de qualquer Município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião depende de prévia aprovação pela respectiva Câmara Municipal (STF, ADIn 1841/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 01/08/2002, DJ 20/09/2002).

A governança interfederativa das unidades territoriais compreende, ainda, órgão colegiado com função deliberativa, que conta com representação da sociedade civil (Lei nº 13.089/2015, art. 8º, inc. II). Assim, fica garantida a participação da sociedade civil na definição das diretrizes que regem a prestação serviços públicos de saneamento básico de interesse comum. Os órgãos deliberativos contam com o apoio de órgão técnico-consultivo (Lei nº 13.089/2015, art. 8º, inc. III) e de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas (art. 8º, inc. IV), essencial para controlar a aplicação dos recursos provenientes de cada um dos entes que compõem a unidade territorial urbana.

Cabe ressaltar que a amplitude dos serviços a serem prestados de forma integrada depende da lei complementar estadual que cria a região metropolitana ou a aglomeração urbana: é a lei que cria a unidade territorial que prevê qual ou quais dos serviços indicados no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007¹⁷ será ou serão objeto de execução conjunta pelos Municípios integrantes.

8 Unidade regional de saneamento básico como forma de prestação regionalizada do serviço de saneamento básico

A prestação regionalizada de um ou mais componentes dos serviços de saneamento básico pode ser estruturada mediante a criação de *unidade regional de saneamento básico*, criada pelos Estados mediante lei ordinária (Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. VI, b, incluído pela Lei nº 14.026/2020). Ou seja, lei estadual pode criar agrupamento de Municípios – não necessariamente limítrofes –, a fim de que um ou mais serviços de saneamento básico sejam prestados de forma integrada.

Note que, para a criação de unidade regional de saneamento básico, não se faz necessária a existência do interesse metropolitano, que justifica a criação das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, mesmo porque não se exige que os Municípios sejam limítrofes (Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. VI, b). Por isso, a adesão dos Municípios à prestação integrada é facultativa (Lei nº 11.445/2007, art. 8º-A). Não há a necessidade de compartilhar instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário – o que justificaria a inclusão obrigatória do Município em região metropolitana ou aglomeração urbana (CF, art. 25, § 3, e Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. XIV).

Ou seja, o Município pode aceitar sua inclusão na unidade regional de prestação integrada: essa decisão decorre de sua competência discricionária e será fundamentada, portanto, em critérios de conveniência e oportunidade. Caso o Município, por exemplo, precise tornar a prestação do serviço por empresa concessionária técnica e economicamente viável em seu território, ele pode aderir à unidade regional (Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. VI, b). O aumento da escala pode tornar a execução do serviço atraente para a iniciativa privada, o que, muitas vezes, não ocorre na hipótese de prestação individualizada. A concessão pode não ser viável economicamente para uma localidade, mas se tornar interessante no caso de agrupamento de Municípios.



17 Abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Cabe destacar que a Lei nº 11.445/2007 exige que as unidades regionais de saneamento básico apresentem sustentabilidade econômico-financeira e contemplem, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana (art. 8º, § 2º, com redação pela Lei nº 14.026/2020). A Lei Geral do Saneamento Básico, portanto, estimula a participação de pelo menos uma região metropolitana na unidade territorial, com vistas a aumentar as vantagens decorrentes da economia de escala.

O mesmo dispositivo dispõe ser facultada a integração de titulares dos serviços de saneamento à unidade regional, ou seja, Municípios que não foram incluídos na unidade pela lei estadual ordinária podem fazê-lo, com o intuito de gozar das vantagens decorrentes da integração (Lei nº 11.445/2007, art. 8º, § 2º, *in fine*).

Por último, destaca-se que, nos termos do que prescreve o artigo 8º, § 3º, da Lei nº 11.445/2007, a estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico segue as mesmas regras da Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole, arts. 6º a 8º), aplicáveis às regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, que já foram objeto de análise neste trabalho.

9 Prestação regionalizada por meio de blocos de referência

A prestação regionalizada de um ou mais dos componentes dos serviços públicos de saneamento básico também pode ser realizada por intermédio dos *blocos de referência* (Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inc. VI, c).

Trata-se de agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos moldes do disposto no artigo 52, § 3º, da Lei nº 11.445/2007. Esse dispositivo permite à União estabelecer blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, de forma subsidiária aos Estados.

Isso significa que, se os Estados não criarem, por lei ordinária, as unidades regionais de saneamento básico, pode a União criar os blocos de referência, a permitir que os serviços de saneamento sejam prestados de forma integrada por diferentes Municípios, o que aumenta a escala do serviço e permite que localidades carentes de recursos técnicos e financeiros se associem com urbes maiores, a viabilizar o acesso de toda a população ao saneamento de qualidade.

Aqui também inexistente o interesse metropolitano, a justificar a criação de região metropolitana e/ou aglomeração urbana e a consequente inclusão obrigatória da urbe à unidade territorial. Mas a Lei nº 11.445/2007, ao fornecer aos Municípios a oportunidade de integrar bloco de referência criado pela União, estimula a prestação integrada dos serviços de saneamento básico, em respeito à diretriz prevista no artigo 49, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007, com texto incluído pela Lei nº 14.026/2020, que prevê, como um dos objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, “a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco”.

E, assim como na unidade regional de saneamento básico, o ingresso do Município no bloco de referência é facultativo (Lei nº 11.445/2007, art. 8º-A), em respeito à autonomia administrativa municipal, prevista constitucionalmente (CF, art. 18), e à regra que prevê a competência municipal para prestar serviços públicos de interesse local (CF, art. 30, inc. V, e Lei nº 11.445/2007, art. 8º, inc. I).

10 Considerações finais

A Lei nº 14.026/2020 introduziu importantes mudanças no texto da Lei nº 11.445/2007. Dentre elas, estão as regras que estimulam a prestação integrada dos serviços de saneamento básico.

Não há dúvida de que o legislador pretendeu fomentar a execução conjunta desses serviços, tendo em vista que um dos princípios fundamentais da Lei nº 11.445/2007 é, justamente, o estímulo à “prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços” (art. 2º, inc. XIV, com redação pela Lei nº 14.026/2020).

A prestação individualizada pode impedir que Municípios com menor capacidade financeira obtenham sucesso nas suas metas de universalização, já que, muitas vezes, não constituem polos de atração para empresas ou consórcios de empresas interessados na prestação indireta do serviço via contratos de concessão. Sua integração a Municípios maiores e com maior capacidade técnico-financeira tende a fazer com que os benefícios da delegação alcancem também suas populações.

A Lei nº 11.445/2007, portanto, prevê, ao lado de instrumentos jurídicos existentes há tempos no direito brasileiro, como a gestão associada via consórcio público ou via convênio de cooperação (art. 3º, inc. II, e art. 8º, § 1º) e as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (CF, art. 25, § 3º), a possibilida-

de de aplicação de novos mecanismos, como a *unidade regional de saneamento básico* e o *bloco de referência*, com vistas à prestação integrada e à universalização do serviço de saneamento básico no Brasil.

Nesse sentido, vale destacar a regra constante do artigo 50, § 1º, da Lei nº 11.445/2007, com redação incluída pela Lei nº 14.026/2020, que estabelece prioridade para os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, nas situações em que a sustentabilidade econômico-financeira do bloco não for alcançada apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após o agrupamento com outros Municípios do Estado. Busca-se, assim, garantir o atendimento às urbes com maiores déficits de saneamento, cujas populações não tenham capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.

A união de esforços por intermédio dos instrumentos jurídicos integrativos incluídos no Marco Legal do Saneamento pela Lei nº 14.026/2020 contribui para viabilizar a expansão dos serviços e ajuda a suprir as carências financeiras de grande parte dos Municípios brasileiros.

Referências

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

COSTA, Nelson Nery. *Curso de direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Regiões metropolitanas, sete anos depois. In: PESSOA, Álvaro (Coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981.

LEVIN, Alexandre. Estatuto da metrópole (Lei nº 13.089/2015) e plano de desenvolvimento integrado: instrumentos para a execução das políticas públicas metropolitanas. *Revista Brasileira de Infraestrutura- RBINF*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 73-99, jan./jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1993.

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

O valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes no processo previdenciário: uma abordagem valorativa



Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela USP. Especialista em Relações Internacionais pela UCAM-RJ. Professor universitário. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Procurador do Trabalho do Ministério Público da União. Membro Associado ao Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR). Titular da Cadeira nº 20 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social.

RESUMO: O estudo tem como premissa a importância da prova pericial na relação processual previdenciária no âmbito da Justiça Federal como meio de demonstração de direitos sociais dos jurisdicionados. Ao mesmo tempo em que se debruça sobre o valor probante do laudo pericial elaborado pelo perito do Juízo, busca-se reforçar a necessidade de valorização do parecer do assistente técnico das partes. O contributo esperado com a presente abordagem é a construção de uma relação processual colaborativa entre as partes, com a valorização do diálogo entre os profissionais técnicos que buscam lançar luz sobre as questões submetidas à apreciação do magistrado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Questões preliminares sobre a perícia técnica no processo previdenciário. 3 Contributo para o debate sobre o valor probante do laudo pericial do perito do Juízo e do parecer do assistente técnico das partes. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Os conflitos são inerentes a uma sociedade dinâmica. A forma de solução desses conflitos intersubjetivos, por outro lado, revela o grau de amadurecimento dessa sociedade.

Abandonando o uso da força como meio legítimo de fazer prevalecer o interesse de alguém, o Estado estabeleceu mecanismos para a solução dos conflitos intersubjetivos, sendo a jurisdição o mais difundido. Por intermédio do exercício da função típica de julgar, o Estado “resolve” os conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida, no conceito clássico “carneluttiano” de lide¹.

No Brasil, onde os métodos de solução consensual de conflitos vêm sendo implementados gradativamente, a jurisdição ainda permanece como a forma usual de resolução dos conflitos. A cultura adversarial, que tem no processo jurisdicional a sua manifestação mais evidente, ainda prevalece sobre os métodos autocompositivos.

No processo jurisdicional, as partes integram entre si em uma dinâmica dialética para demonstrar ao juiz quem possui a posição de vantagem conforme o ordenamento jurídico positivado. Essa busca por influenciar o magistrado ocorre em momentos singulares do processo, sobretudo nas fases postulatória e probatória.

O recorte aqui adotado é a ação previdenciária que demanda a realização de prova pericial, notadamente a perícia médica, típica nas demandas envolvendo os benefícios por incapacidade. Ademais, o artigo não tem como objeto de investigação a teoria geral da prova, nem a análise do procedimento de elaboração da prova pericial no processo previdenciário.

O objetivo do presente estudo não é analisar a dinâmica da prova pericial nas

ações previdenciárias. Pretende-se discutir o valor probante do laudo pericial elaborado pelo perito do Juízo, bem como do parecer do assistente técnico das partes.

Ao final, espera-se contribuir para a dialética processual, ressaltando o diálogo necessário entre as conclusões do perito do Juízo e as considerações dos assistentes técnicos das partes.

2 Questões preliminares sobre a perícia técnica no processo previdenciário

O processo é caracterizado por uma dinâmica dialógica formada a partir da postulação do requerente e da resposta do requerido, podendo ser de natureza contenciosa ou não contenciosa. Não se utilizou as expressões consagradas do processo civil “autor” e “réu”, “petição inicial” e “contestação” ou “defesa”, porque o processo jurisdicional é apenas uma das espécies do gênero processo estatal.

A vantagem dessa primeira abordagem é permitir uma visão mais ampla do caminho probatório percorrido pelo segurado da Previdência Social para a demonstração, ou não, de seu direito perante a Autarquia Previdenciária, quer na via administrativa, quer na via jurisdicional.

Antes de passar ao objeto central do presente estudo, qual seja, o debate sobre a valoração dos pareceres técnicos dos assistentes das partes no processo jurisdicional previdenciário, cabem algumas considerações sobre o processo administrativo previdenciário.

Em relação ao processo administrativo, é importante destacar que o mesmo não é, necessariamente, contencioso, na medida em que a atuação da Administração Pública pode ser de aferição dos requisitos fáticos para o enquadramento da pretensão do administrado ao dispositivo de vantagem que regula a relação administrativa. Ou seja, o processo

¹ Para Francesco Carnelutti, a lide poderia ser definida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

administrativo previdenciário, considerado como o conjunto de atos administrativos praticados nos canais de atendimento da Previdência Social, não se configura como uma relação contenciosa.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) não atua em oposição dialógica com o administrado, cabendo ao agente público apenas a verificação do preenchimento dos requisitos para a concessão dos benefícios previstos no antecedente da norma protetiva. Aliás, o servidor do INSS deve analisar o requerimento administrativo de forma não vinculativa, na medida em que a Administração Previdenciária deve sempre conceder ao requerente o melhor benefício.

Nesse sentido, nos processos administrativos previdenciários serão observados, entre outros, os seguintes princípios: a presunção de boa-fé dos atos praticados pelos interessados; a atuação conforme a lei e o Direito; a condução do processo com a finalidade de resguardar os direitos subjetivos dos segurados, dependentes e demais interessados da Previdência Social, esclarecendo-se os requisitos necessários ao benefício ou serviço mais vantajoso; o dever de prestar ao interessado, em todas as fases do processo, os esclarecimentos necessários para o exercício dos seus direitos, tais como documentação indispensável ao requerimento administrativo, prazos para a prática de atos, abrangência e limite dos recursos, não sendo necessária, para tanto, a intermediação de terceiros; a fundamentação das decisões administrativas, indicando os documentos e os elementos que levaram à concessão ou ao indeferimento do benefício ou serviço².

O processo administrativo previdenciário se converterá em contencioso no caso de o administrado interpor recurso da decisão do INSS para o Conselho de Recursos da

Previdência Social (CRPS). Mesmo nessa fase contenciosa, o INSS, embora defendendo a legalidade e a veracidade do ato administrativo editado no bojo do processo não contencioso, continua devendo deferência aos objetivos da Administração Pública, submetendo-se integralmente aos princípios constitucionais prescritos no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988³.

O processo previdenciário, tanto na esfera administrativa quanto judicial, apresenta questões que demandam conhecimento técnico ou científico que podem não integrar a expertise daquele que tomará a decisão.

Jorge Augusto Pais de Amaral⁴ ressalta que carece de prova toda a matéria de fato que tenha interesse para a decisão da causa e que deva considerar-se controvertida em decorrência de várias soluções plausíveis.

O caso mais evidente é a perícia médica para avaliação das condições de incapacidade do segurado que permitem o reconhecimento de direito aos benefícios por incapacidade.

Assim, para a concessão do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), da aposentadoria por incapacidade permanente⁵

² Esses princípios estão enumerados no artigo 659 da Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015, do INSS.

³ É por essa razão que, ao final da decisão administrativa tomada pelo CRPS contrária ao entendimento do INSS, a Administração Pública tem o dever de acatar integralmente o *decisum*, ficando impedida de adotar condutas contrárias à implementação da decisão. Trata-se de verdadeira coisa julgada administrativa impeditiva de questionamento jurisdicional da decisão prolatada pelo CRPS.

⁴ PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 243.

⁵ A Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, modificou a redação do inciso I do artigo 201 da Constituição da República de 1988, passando a considerar como riscos sociais, no lugar da doença e da invalidez, a incapacidade temporária ou permanente para o trabalho. O Constituinte Derivado da Reforma de 2019, ao se referir à incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, certamente não teve a cautela de observar que os benefícios previdenciários por incapacidade não se restringem à incapacidade laboral. Na verdade, são concedidos também quando a incapacidade atinge as ativi-

(aposentadoria por invalidez) e do auxílio-acidente faz-se necessária a realização de perícia técnica, quer pelo perito médico do Poder Executivo, no caso do processo administrativo, quer pelo perito de confiança do Juízo, no caso do processo judicial.

A prova pericial também poderá ser realizada para determinar se o interessado é detentor de alguma das doenças que permitem o saque dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como para a isenção da incidência do imposto de renda da pessoa física (IRPF).

A prova pericial é uma das espécies de provas possíveis no processo, servindo para integrar o conjunto probatório quando há necessidade de conhecimentos técnicos e/ou científicos especializados para a elucidação dos fatos apresentados ao magistrado para decidir.

A ideia da prova está relacionada à busca da verdade dos fatos e, nessa perspectiva, “tem papel fundamental para legitimar a própria decisão judicial”⁶.

O magistrado nem sempre terá todas as informações necessárias para decidir o caso concreto a partir dos elementos trazidos nas peças postulatórias, quais sejam, a petição inicial e a defesa. A fase probatória ou instrutória do processo, portanto, tem como pressuposto a necessidade de suprir as provas trazidas pelas partes na fase postulatória.

Se a atividade probatória principal recai sobre as partes, autor e réu, conforme a distribuição do ônus probante, também deve

ser ressaltado que o juiz não é um espectador plenamente inerte. Na medida em que compete ao magistrado decidir sobre a demanda, dialeticamente construída no bojo da relação processual, não há dúvidas de que o destinatário principal da prova é o juiz.

Vicente Greco Filho aponta que a prova não tem um fim em si mesma ou um moral ou filosófico sendo que a sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Assim, para o eminente processualista:

[...] não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado⁷.

Como a certeza sobre determinados fatos é relativa, sobretudo em áreas do conhecimento em que a avaliação de um terceiro repousa em sua experiência profissional, o diálogo empreendido pelas partes sobre a prova contribui para a formação da convicção do magistrado.

A partir dessa dinâmica, cabe ao magistrado a atuação intelectual sobre a prova produzida no bojo do processo. Examinando e analisando o conteúdo da prova, formará a sua convicção sobre a verdade dos fatos e, assim, terá condições de proferir a sua decisão.

O juiz conhece o Direito (*iura novit curia*), fazendo a subsunção dos fatos ao antecedente normativo. O magistrado, como *expert* em Direito, não tem a obrigação legal de conhecer outras esferas do conhecimento humano que são necessárias para entregar ao jurisdicionado a decisão do caso que lhe é submetido.

Para que o magistrado possa fazer esta operação lógico-jurídica, de subsunção dos fatos ao antecedente normativo (ou de incidência da norma ao fato), deve conhe-

dades habituais dos segurados, justamente em virtude da existência da figura do segurado facultativo, que é aquele que não exerce atividade laborativa de filiação obrigatória.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 253.

7 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196.

cer os aspectos centrais da relação jurídica da maneira como ocorrem no plano fenomênico, inclusive no que tange a questões eminentemente técnicas ou científicas. Não necessita, por óbvio, ter conhecimentos acadêmicos e experiência técnico-profissional sobre tais questões para decidir. Contudo, deve ter consciência da dinâmica para a demonstração da realidade fática que requer a prova técnica.

Em matérias técnicas e científicas, a prova pericial se faz necessária para integrar o conjunto probatório constante do processo quando insuficientes os elementos apresentados pelas partes.

Como bem explicam Eduardo Alvim, Daniel Granado e Eduardo Ferreira, a prova pericial é a modalidade de prova que:

[...] se faz necessária quando o juiz necessita de pessoas munidas de conhecimentos especiais [...] que possam informar ao Juízo a ocorrência de determinados fatos, bem como acerca do significado desses mesmos fatos⁸.

Segundo Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito:

[...] especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos⁹.

O Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em seu artigo 156, dispõe que:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

Misael Montenegro Filho diz que o perito auxilia o magistrado na produção da prova, por ser dotado de conhecimentos técnicos, sendo um auxiliar de relevante apoio:

[...] podendo decidir o resultado da ação, em decorrência do domínio da matéria discutida nos autos¹⁰.

Embora o perito seja um auxiliar eventual do juiz, as partes podem nomear os seus próprios assistentes técnicos, que poderão participar dos atos praticados pelo perito do Juízo¹¹.

O artigo 474 do CPC/2015, expressamente, dispõe que:

Art. 474. As partes terão ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova pericial.

Assim, permitindo-lhes acompanhar as diligências realizadas pelo perito do Juízo.

Por sua vez, o artigo 477 do diploma processual civil estabelece que:

Art. 477. O perito deverá protocolar o laudo em Juízo, no prazo fixado pelo juiz,

8 ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 649.

9 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. Salvador: JusPodium, 2013, p. 231.

10 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 232.

11 Importante observar que, no âmbito do processo administrativo previdenciário, o segurado também poderá se fazer acompanhar, às suas expensas, de médico de sua confiança nas perícias para concessão de benefícios por incapacidade (art. 42, § 1º, da Lei nº 8.213/1991).

pelo menos 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º. As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do Juízo no prazo comum de 15 dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer.

Essa possibilidade é relevante sob dois aspectos. O primeiro está relacionado ao princípio da cooperação extraído do artigo 6º do CPC/2015. Segundo esse dispositivo:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Desta forma, a apresentação de quesitos para serem respondidos pelo perito, o acompanhamento da prova pericial pelos assistentes técnicos e a manifestação sobre o laudo apresentado ao Juízo formam uma dinâmica dialógica construtiva do resultado da prova pericial.

O segundo aspecto, mais tradicional, repousa na vigilância das partes sobre a atuação do perito, sob os aspectos éticos e técnicos. Trata-se de verdadeiro controle sobre a produção da prova.

Portanto, os assistentes técnicos das partes não atuam no processo como meros espectadores. Pelo contrário, atuam ativamente produzindo os seus próprios pareceres técnicos, bem como criticando¹² o laudo pericial elaborado pelo perito do Juízo, além de participarem das diligências que venham a ser realizadas no bojo do processo.

Também é possível, segundo os princípios da boa-fé, em sentido amplo, e da cooperação, concordar com o laudo pericial,

mesmo que favoreça a parte contrária. Em diversas ações previdenciárias versando sobre benefícios por incapacidade, por exemplo, quando o assistente técnico do INSS concorda com o perito do Juízo, a conciliação se impõe, desde que presentes os demais pressupostos de concessão da prestação. Assim, cabe ao Procurador Federal celebrar o acordo judicial promovendo a implantação do benefício prontamente e a satisfação do direito da parte.

Essa é uma realidade recorrente no bojo dos processos previdenciários que tramitam perante os Juizados Especiais Federais, que é informado pelo princípio da busca da conciliação ou da transação (art. 1º da Lei nº 10.259/2001, c/c o art. 2º da Lei nº 9.099/1995).

Desta forma, e com base nos novos princípios que regem o processo civil, parece não haver fundamentos técnicos e/ou científicos para o desprestígio das conclusões a que venham chegar os assistentes técnicos das partes. Mesmo que se argumente que esses profissionais são remunerados pelas partes, também é verdade que tais profissionais se encontram submetidos à ética do exercício de suas profissões. Voltaremos a aprofundar essa questão mais adiante.

O processo, como estruturado em nosso ordenamento jurídico, é subjetivamente bilateral e dinamicamente dialético. Essa conformação processual está fundada no princípio do contraditório, uma das expressões do devido processo legal.

Nessa concepção, a produção da prova pericial ganha relevo quando cotejada com a atividade dos assistentes técnicos das partes. Embora a prova pericial tenha a finalidade de suprir a ausência de conhecimento técnico ou científico do magistrado, portanto dirigida ao decisor, as partes não devem permanecer inertes na produção dessa prova.

O ordenamento jurídico permite que as partes, por intermédio de terceiros, que são os seus assistentes técnicos, “dialoguem” com o

12 Criticar no sentido de analisar o documento, avaliando e comentando o laudo pericial, não significando censura ou depreciação do trabalho exercido pelo perito.

magistrado no sentido de influenciarem o seu entendimento acerca do objeto da prova. Esse diálogo tem como parâmetro o laudo pericial elaborado pelo perito nomeado para atuar no processo pelo Juízo.

Mesmo que os assistentes técnicos sejam “auxiliares” das partes e, portanto, não isentos em sua plenitude em decorrência dos evidentes interesses no processo de quem os contrata, não se pode desconsiderar que eles mesmos possuem formação técnica e/ou científica sobre a questão objeto da perícia, às vezes com maior profundidade e experiência do que o próprio perito do Juízo.

No caso do INSS, o assistente técnico da Autarquia Previdenciária é, normalmente, um servidor público concursado, ocupante de cargo público no âmbito da União Federal. Assim, a sua remuneração se dá pelos cofres públicos, pois são servidores públicos concursados, ou seja, inexistente pagamento específico pelo trabalho técnico realizado no bojo de processo específico.

Como afirmado anteriormente, as relações previdenciárias são férteis em hipóteses que exigem a realização de prova técnica no curso de um processo previdenciário.

Como exemplos, podem ser citados os seguintes casos: verificação da capacidade laborativa do segurado da Previdência Social em demanda envolvendo a concessão de benefício por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente); presença de sequelas após o término do auxílio por incapacidade temporária que resulte redução da capacidade laborativa para o reconhecimento do direito à percepção do auxílio-acidente; reconhecimento da condição de invalidez de filho ou irmão para concessão da pensão por morte.

As ações envolvendo o benefício assistencial de prestação continuada disciplinado na Lei nº 8.742/1993 (LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social) também podem demandar

a realização de prova pericial, sobretudo para verificação da condição de pessoa com deficiência do autor, além da perícia social para aferição da condição de hipossuficiência.

Também podem ocorrer perícias contábeis e exames grafotécnicos e outras avaliações.

Dessa forma, podem ser objeto de prova pericial as pessoas ou coisas. Assim, em um processo em que se torna necessária a realização de uma perícia técnica, a depender do objeto da ação, pode-se ter uma perícia médica, ou uma perícia de engenharia ou, ainda, uma perícia contábil ou grafotécnica, entre outras.

Seguindo o critério da necessidade e o princípio do devido processo legal, quando o fato a ser demonstrado exigir conhecimento especializado que falte ao juiz, será determinada a realização de perícia, com a nomeação de perito pelo Juízo.

Oportuno, no presente momento, destacar o disposto no artigo 472 do CPC/2015, segundo o qual:

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Esse dispositivo do diploma processual civil leva ao tema central do presente estudo, qual seja, dialogar acerca do valor probante do laudo pericial em cotejo com os pareceres técnicos dos assistentes das partes.

3 Contributo para o debate sobre o valor probante do laudo pericial do perito do Juízo e do parecer do assistente técnico das partes

A prova pericial funciona como meio de auxílio para que o juiz solucione a lide. Como auxílio para a decisão, a conclusão do perito

constante no laudo apresentado não vincula o magistrado.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla a prova tarifada, com valor abso-luto. Pelo contrário, o juiz aprecia as provas, com atenção aos fatos e circunstâncias cons-tantes dos autos. Uma consequência advém desse sistema que é o dever de indicar, em sua sentença, os motivos que levaram à formação de seu convencimento.

Como visto antes, o perito é um auxi-liar do juiz, sendo a sua nomeação feita pelo próprio magistrado. Embora as partes possam sugerir nomes ao magistrado, na ideia da cooperação que rege o processo civil, cabe ao juiz a escolha final do perito que irá atuar no processo. Sendo o juiz quem nomeia o perito, é lógico que a escolha recaia sobre alguém de sua confiança.

Deve-se entender esta confiança não sob o aspecto subjetivo. A confiança está fun-dada no conhecimento técnico ou científico do perito, em sua formação acadêmica, na experiência na realização das perícias. Nesse sentido, a escolha do perito deve ser fundada, preferencialmente, em aspectos objetivos.

O Código de Processo Civil vigente trouxe parâmetros para a nomeação do peri-to, retirando parte da discricionariedade do magistrado na escolha desse auxiliar.

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de co-nhecimento técnico ou científico.

§ 1º. Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos de-vidamente inscritos em cadastro man-tido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

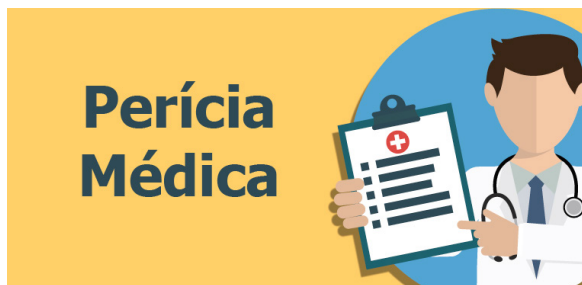
§ 2º. Para formação do cadastro, os tri-bunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de gran-de circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Públi-

ca e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados

§ 3º. Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manu-tenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peri-tos interessados.

§ 4º. Para verificação de eventual im-pedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técni-co ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissio-nais que participarão da atividade.

§ 5º. Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.



Fonte: www.tjce.jus.br

Portanto, devem ser evitadas escolhas de cunho subjetivista, sem suporte na ca-pacidade profissional do perito, sobretudo diante dos princípios da moralidade e da impessoalidade que devem reger a atuação do Estado (art. 37, *caput*, da CRFB/1988). Com o Código de Processo Civil de 2015, a transparência na escolha dos peritos ficou mais evidente, permitindo, portanto, maior controle por parte da sociedade e das pró-prias partes.

No sistema do Juizado Especial Federal, o artigo 12 da Lei nº 10.259/2001, estabelece que:

Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

Por sua vez, o § 2º desse dispositivo da Lei dos JEFs prescreve que:

Art. 12. [...]

§ 2º. Nas ações previdenciárias e relativas à assistência social, havendo designação de exame, serão as partes intimadas para, em dez dias, apresentar quesitos e indicar assistentes.

Embora a decisão de nomeação do perito não seja submetida a recurso, as partes possuem importante tarefa de controlar a parcialidade do perito. O CPC/2015 dispõe expressamente, em seu artigo 148, inciso II, que se aplicam aos auxiliares da justiça, o que inclui o perito, os motivos de impedimento e suspeição aplicáveis ao magistrado. Para tornar esse controle mais evidente, o artigo 156 do diploma processual civil estabelece regra para manutenção de cadastro com dados de qualificação dos profissionais que poderão ser nomeados como peritos.

Configurado algum motivo de suspeição ou impedimento que atinja algum auxiliar da justiça, a parte interessada deverá arguir em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos (art. 148, § 1º, do CPC/2015).

No caso específico dos peritos, incumbe às partes, dentro de 15 dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito, arguir o impedimento ou a suspeição, se for o caso (art. 465, § 1º, do CPC/2015).

O CPC de 2015, ressaltando o dever de colaboração das partes para o deslinde da controvérsia submetida ao Poder Judiciário, permitiu aos litigantes escolherem, de comum acordo, o perito. Cássio Scarpinella Bueno

destaca essa novidade, que tem fundamento no artigo 471 do CPC/2015.

Novidade trazida pelo CPC de 2015 está na possibilidade de as partes, de comum acordo, escolherem o perito quando elas forem plenamente capazes e quando o objeto do litígio admitir autocomposição (art. 471, *caput*). Esta escolha – que o próprio CPC de 2015 chama de “perícia consensual” – substitui, para todos os fins, a prova pericial que seria realizada por perito nomeado pelo magistrado na forma “tradicional” (art. 471, § 3º). Também cabe às partes, neste caso, indicar desde logo, concomitantemente à escolha do perito, seus assistentes técnicos, que acompanharão a perícia a ser realizada na data e no local previamente anunciados (art. 471, § 1º). [...] Trata-se de mais um caso em que o CPC de 2015 inova ao admitir, na prática dos atos processuais, ampla participação (e mais que isto, inegável protagonismo) das partes como verdadeiros condutores dos rumos do processo, aplicando, assim, a diretriz ampla do art. 190. Esse protagonismo não impede, de qualquer sorte, o necessário (irrenunciável e inafastável) controle judicial sobre a regularidade da prática dos atos, a começar pela observância das exigências da hipótese de incidência do dispositivo: capacidade das partes e se tratar de causa que admita a autocomposição (inciso I e II do *caput* do art. 471)¹³.

Contudo, essa possibilidade de escolha do perito de forma consensual pelas partes parece remota diante da vulnerabilidade do autor da ação previdenciária ou assistencial. Nesse sentido, a perícia nas demandas envolvendo o INSS deverá ser feita pelo perito que atua no Juízo.

Ao contrário do perito do Juízo, os assistentes técnicos são auxiliares das partes e a

13 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 437.

relação que possuem no processo é com a parte que os escolheu. A indicação de assistente técnico é uma faculdade da parte assegurada pelo Código de Processo Civil (art. 465, § 1º, inciso II). O artigo 466, § 1º, do CPC dispõe expressamente que:

Art. 466. [...]

§ 1º. Os assistentes técnicos são de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição.

Nesse sentido, a parte pode se valer da assistência de um profissional habilitado na controvérsia objeto da perícia.

Em relação ao INSS, o assistente técnico pode ser um médico integrante da carreira de Perito Médico Federal. Cabe destacar que a reestruturação da carreira dos peritos da Previdência Social se deu pela Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, fruto da conversão da MP nº 871/2019, passando os mesmos a integrar o quadro de pessoal do Ministério da Economia.

Quanto ao autor da ação previdenciária, normalmente segurado da Previdência Social, a indicação do assistente técnico é mais remota diante dos custos envolvidos com o pagamento dos honorários do profissional. Contudo, a possibilidade de indicação de assistente está assegurada na legislação processual e pode ser suprida, por exemplo, pela entidade sindical representativa da categoria profissional do segurado ou, até mesmo, pela empresa.

Uma questão fundamental acerca dos assistentes técnicos é a sua vinculação, ou não, ao pedido da parte a quem ele dá assistência técnica. Assim, parece relevante saber se o assistente técnico está vinculado à tese do seu “cliente” ou tem a sua atuação vinculada aos aspectos técnicos.

Não deve haver dúvidas quanto à necessidade de o assistente técnico, indicado pelas partes, atuar com isenção técnica, conforme

a deontologia profissional, em colaboração com o perito do Juízo. A sua conduta deve ser cooperativa, buscando elucidar a realidade dos fatos.

Portanto, a atuação do assistente técnico não pode ser desviada da busca da verdade dos fatos, dentro de sua competência técnico-profissional. Neste sentido, não pode manipular dados e informações com a intenção de denegrir o trabalho pericial e confundir o magistrado¹⁴.

Feitas estas considerações, passa-se à discussão central sobre o valor probante do laudo pericial e do parecer técnico do assistente da parte.

Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral, chama-se perito:

[...] uma pessoa que, em razão dos seus conhecimentos ou da sua perícia em qualquer ciência, arte ou ofício, ou simplesmente da sua provada experiência, é nomeada para, sob juramento, elucidar determinados factos, para boa aplicação das leis.

[...]

Embora o relatório pericial esteja fundamentado em conhecimentos especiais que o juiz não possui, é este que tem o ônus de decidir sobre a realidade dos factos a que deve aplicar o direito. Em termos valorativos, os exames periciais configuram elementos meramente informativos, de modo que, do ponto de vista da jurisdição, cabe sempre ao julgador a valoração definitiva dos factos pericialmente apreciados, conjuntamente com as demais provas¹⁵.

No sistema de valoração das provas adotado pelo ordenamento brasileiro, conforme o

14 MENEZES, João Salvador Reis; PAULINO, Naray Jesimar Aparecida. *Sobre acidente do trabalho, incapacidade e invalidez*. São Paulo: LTr, 2002, p. 47.

15 PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 290.

princípio da persuasão racional, o magistrado não está vinculado às conclusões do perito nomeado.

A doutrina é pacífica ao dispor que o magistrado não está adstrito às conclusões do perito constantes do laudo, sobretudo porque a legislação assim estabelece. Pensar de forma diferente, equivaleria a:

[...] transferir a função jurisdicional, que é indelegável, para o perito, que é apenas auxiliar do Juízo¹⁶.

Contudo, não se confere uma liberdade plena ao magistrado para desconsiderar a prova pericial juntada aos autos. Ao magistrado não é autorizado julgar ao arrepio das conclusões periciais, seguindo as suas convicções pessoais.

O artigo 479 do CPC/2015 expressamente dispõe que:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no artigo 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

O artigo 371 do CPC/2015, por sua vez, prescreve que:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Sendo assim, releva destacar que:

Apesar de relativa liberdade do juiz na valoração da prova, é inegável que,

produzido um laudo pericial – o que só deve ocorrer quando for necessário um conhecimento técnico específico –, a fundamentação do juiz que não considera suas conclusões se afasta do que se costuma esperar da conduta do juiz. Justamente em razão da relevância da prova pericial, cabe ao juiz na aplicação do art. 479 do CPC expressamente indicar na fundamentação os motivos pelos quais não adotou as conclusões periciais, com a indicação das outras provas que entendeu suficientes à formação de seu convencimento¹⁷.

Contudo, a regra é que o magistrado decida a questão conforme as conclusões constantes do laudo elaborado pelo perito nomeado pelo Juízo.

Para que o magistrado não acate as conclusões do laudo pericial, como consignado acima, deve indicar, com precisão, quais elementos constantes dos autos que o levaram à decisão ou, na sua ausência desses elementos, determinar a realização de nova perícia.

Vejamos a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OFENSA AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 480 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. Deve ser rejeitada a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos

16 BERNARDES, Felipe. *Manual de processo do trabalho*. Salvador: JusPodium, 2018, p. 512-513.

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2021, p. 804.

regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

2. A indicada afronta ao artigo 480 do CPC/2015, em que pese à oposição de Embargos de Declaração, não pode ser analisada, pois os referidos dispositivos não foram analisados pelo órgão julgador. Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. O STJ tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, mediante a existência nos autos de elementos bastantes para a formação de seu convencimento.

4. Sabe-se que, no sistema da livre persuasão racional, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe decidir quais elementos são necessários para o julgamento, ante sua discricionariedade de indeferir pedido de produção de provas ou desconsiderar provas inúteis, consoante o teor dos artigos 130 e 131 do CPC/73 (artigos 370 e 371 do CPC/2015).

5. Hipótese em que o acórdão recorrido concluiu ser “desnecessária a produção de prova, tanto pericial quanto oral, pois suficiente ao julgamento da lide a perícia constante dos autos” (fl. 779, e-STJ).

6. Ademais, aferir eventual necessidade de produção de prova demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-

-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.”

Brasília, 1º de março de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator¹⁸.

De qualquer forma, o juiz pode determinar a realização de nova perícia, conforme o estabelecido no artigo 480 do CPC/2015.

Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Assim, nos termos do diploma processual civil, o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. Frederico Amado aponta duas hipóteses em que isso pode ocorrer: a primeira seria quando o primeiro perito indica a necessidade de outro profissional com especialidade diversa, o que é muito comum em perícias médicas, ou quando o primeiro laudo possuir deficiência insanável, não conferindo o mínimo de

18 STJ, REsp 1.721.231/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 01/03/2018, DJe 02/08/2018. Disponível em: <<https://corpus927.enfam.jus.br/inteiro-teor/jz76ek2gxy6w>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

elementos para a prolação da sentença pelo julgador¹⁹.



Fonte: www.acperitos.com.br

Contudo, podem existir nos autos outros elementos de prova que permitam ao magistrado formar o seu convencimento sobre o objeto da perícia. Com isso, seria desnecessária a realização de nova perícia para suplementar a deficiência da perícia anterior. Na verdade, com a evidência de já constarem nos autos elementos suficientes para formar o entendimento do juiz sobre a causa, o princípio da celeridade, uma das manifestações da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/1988), estaria sendo privilegiado.

A Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, julgando o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 0501265-35.2016.4.05.8312/PE, deixou consignado o seguinte:

[...] tanto para a verificação da existência do direito ao benefício por incapacidade quanto para a apreciação do tempo a partir do qual tal direito deve ser exercido (DIB), o julgador não está adstrito às

informações do laudo pericial. Existem outras provas nos autos diretamente relacionadas ao direito postulado (caso de atestados médicos, formulários de internações, comprovantes de licenças, exames realizados anteriormente pelo próprio órgão previdenciário, dentre outros), estas devem ser apreciadas e valoradas, podendo causar impressão suficiente no julgador de modo a resultar em convicção, parcial ou integralmente, divergente do exposto pelo médico perito²⁰.

Essa decisão proferida pela TNU é importante sobretudo no caso da aposentadoria por incapacidade permanente pois, além das condições clínicas do periciando, o magistrado deverá considerar outros aspectos tais como a idade e a condição social do segurado.

[...] a concessão da aposentadoria por incapacidade permanente pressupõe a *incapacidade permanente* do segurado para *qualquer atividade que lhe garanta a subsistência*. Ressalte-se que, segundo a jurisprudência majoritária, a aferição da incapacidade permanente deve levar em consideração as condições pessoais do trabalhador, como a idade, o grau de instrução e o meio onde ele está inserido. Nesse sentido, foi editada a *Súmula 47 da TNU*: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”. Essa também é a posição atual do *STJ* (AgRg no AREsp 283029/SP, DJe 15-4-2013)²¹.

Destarte, para não acatar o entendimento do perito nomeado pelo Juízo e julgar em

19 AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 953.

20 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05012653520164058312.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

21 LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

sentido contrário à prova pericial, o magistrado tem o dever constitucional de fundamentar adequadamente a sua decisão, revelando as razões, de fato e/ou de direito, que o levaram à posição divergente.

A fundamentação, neste caso, deve ser robusta e adequada, com suporte em outros elementos constantes dos autos, pois desconsidera as conclusões de perito do próprio Juízo.

Também deve ser ponderado que, se foi determinada a realização de perícia, é porque se entendeu, em algum momento, ser ela necessária para a solução do caso concreto, o que conduziria, em regra, à elaboração de outra perícia. Inclusive há entendimentos no sentido de obrigatoriedade de realização de nova perícia, sob o argumento de que o juiz estaria adstrito a um laudo para decidir o caso concreto, já que determinada a realização da perícia para esclarecimentos sobre questões técnicas e/ou científicas.

Nesse sentido, há possibilidade de interpretação diversa. Para o juiz desconsiderar as conclusões do laudo pericial e decidir a questão sem a realização de nova perícia, deve haver elementos nos autos suficientes para os esclarecimentos técnicos e/ou científicos que levaram à determinação da realização da prova pericial. Estes esclarecimentos podem estar presentes, por exemplo, nos pareceres dos assistentes técnicos das partes.

Danilo Knijnik ressalta que o modelo do juiz guardião da prova (“gatekeeper”) “comete expressamente ao julgador a eminente e delicada função de avaliar, ele próprio, o método utilizado pelo perito”²², e com a valorização das ponderações trazidas pelos assistentes técnicos das partes, permite-se um enriquecimento do debate pericial com esse diálogo.

Como a apresentação dos pareceres dos assistentes técnicos das partes pode se dar em momento posterior ao da juntada do laudo pericial, eles podem trazer informações relevantes sobre o objeto da perícia, levando o juiz a entender desnecessária a realização de novo ato pericial.

Importante destacar, ainda, que os pareceres técnicos apresentados pelas partes podem e devem ser levados em consideração pelo magistrado na medida em que também foram elaborados por profissionais com conhecimentos na área da perícia. Como referido em passagem anterior, o CPC de 2015 permite, inclusive, que o juiz dispense a realização de prova pericial nos casos de comparecimento aos autos, pelas partes, de pareceres técnicos e documentos aptos a elucidarem a questão objeto de eventual prova pericial²³.

Em relação aos “considerandos” e às conclusões dos assistentes técnicos das partes, parece haver menor atenção de alguns magistrados sobre os documentos apresentados.

Se o laudo oficial do perito nomeado pelo Juízo não vincula o magistrado sentenciante, ainda com mais razão a relativização do valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes.

Talvez haja uma explicação lógica para a posição secundária atribuída aos documentos técnicos juntados pelas partes. Como os assistentes técnicos são indicados pelas partes, que os remuneram diretamente, não atuam livremente na elaboração de suas conclusões diante do interesse de seus contratantes no resultado da “perícia”. Assim, segundo essa visão, não teriam a mesma liberdade de avaliar os fatos submetidos à prova que teria o perito do Juízo.

22 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

23 Art. 472 do CPC/2015. “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Parece-nos, contudo, que essa posição conferida aos pareceres dos assistentes técnicos deve ser mais bem analisada e avaliada pela doutrina e pela jurisprudência. O fato de o assistente técnico ser “contratado” pela parte não lhe retira o dever de colaboração com o Poder Judiciário, expressamente previsto no Código de Processo Civil.

Também deve ser destacado que os assistentes técnicos das partes devem integral respeito às normas éticas do exercício da profissão.

Assim, caso violem deveres de conduta no bojo do processo, podem ser responsabilizados por danos que venham a causar às partes e à própria Administração da Justiça, independente do reconhecimento de condutas ilícitas, além das penalidades impostas pelos conselhos de fiscalização do exercício das profissões regulamentadas.

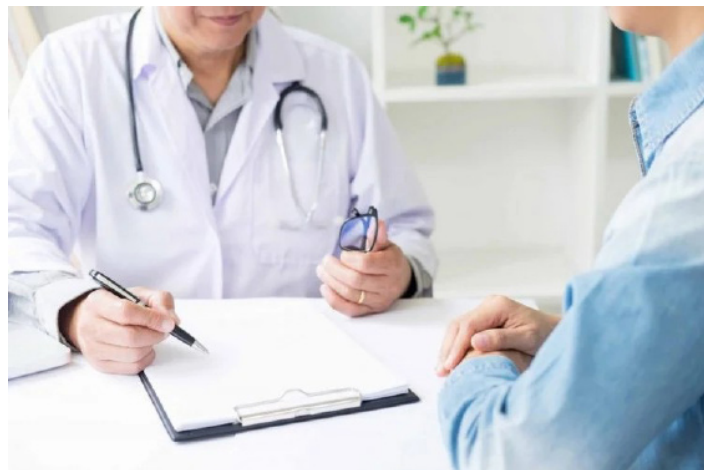
Inclusive, o CPC de 2015 prescreve, de forma expressa, que:

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Ademais, no caso do INSS, o assistente técnico é, em regra, servidor público ocupante de cargo público efetivo, aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos. Pela vinculação aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – art. 37, *caput*, da CRFB/88), os pareceres técnicos, bem como os laudos elaborados, configuram-se como atos administrativos e, portanto, albergados pelas presunções de legalidade e veracidade.

Para finalizar o raciocínio construído no presente estudo, pode-se formular a seguinte síntese: nem o laudo do perito do Juízo é absoluto, na medida em que pode conter fragilidades, deficiências técnicas, e vícios em sua elaboração, nem o parecer técnico do

assistente da parte pode ser negligenciado, pois pode ter sido elaborado por profissional habilitado consagrado, revelar a realidade dos fatos com maior rigor ou ser elaborado por servidor público no exercício regular de suas funções.



Fonte: www.fdr.com.br

4 Conclusão

A Justiça Federal exerce um importante papel no reconhecimento de direitos dos segurados e dependentes da Previdência Social. A criação do Sistema dos Juizados Especiais Federais, em 2002, representou, para a sociedade, maior acesso à justiça, contribuindo para a entrega da proteção social não conseguida na via administrativa.

No processo judicial previdenciário é recorrente a realização de exames periciais para demonstração do direito do autor da ação, sobretudo nos casos envolvendo os benefícios por incapacidade.

Como a análise da incapacidade laboral, ou para as atividades habituais, dos jurisdicionados requer conhecimentos técnicos específicos, os quais o magistrado em regra não possui, faz-se necessária a produção de prova pericial, até porque o ato administrativo que se pretende questionar em Juízo é albergado pela presunção de legalidade e veracidade.

Em nosso sistema processual, a legislação permite que as partes indiquem assistentes técnicos que poderão acompanhar a realização da perícia, apresentar quesitos para serem respondidos pelo perito do Juízo, bem como elaborar parecer técnico sobre o objeto da prova pericial.

O presente estudo teve como objetivo fazer algumas considerações sobre o valor probante do laudo pericial elaborado pelo perito nomeado pelo Juízo e dos pareceres dos assistentes técnicos indicados pelas partes.

Ao longo do texto, destacou-se que, embora o magistrado não esteja adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, a regra é que o magistrado decida a questão conforme as conclusões constantes do documento elaborado pelo perito nomeado pelo Juízo.

Como destinatário da prova, caso entenda que o resultado da perícia foi insuficiente para a formação de seu convencimento, o juiz pode determinar a realização de outra perícia, que comporá o conjunto probatório constante dos autos, ao lado da perícia anterior.

Contudo, havendo elementos suficientes nos autos para a decisão, a determinação da realização de nova perícia colide com o princípio da duração razoável do processo, quando evidenciada a desnecessidade de novo exame.

O contributo pretendido com as reflexões expostas é a construção de uma visão voltada para a valorização dos documentos técnicos juntados pelas partes, reconhecendo a importância dialógica dessas peças com o laudo pericial.

A partir dessa perspectiva, os pareceres dos assistentes técnicos das partes ganham relevo.

Concluindo, formula-se a seguinte síntese: nem o laudo do perito do Juízo é absoluto, diante de eventuais fragilidades, deficiências técnicas ou vícios em sua elaboração, nem o parecer técnico do assistente técnico nomeado pela parte deve ser desprestigiado, pois elaborado por profissional capacitado.

Com essas considerações espera-se contribuir para que o processo previdenciário se apresente mais colaborativo, no espírito trazido pelo Código de Processo Civil de 2015. Afinal, o objeto da ação previdenciária é uma prestação social diretamente afeta à dignidade da pessoa humana.

Referências

- ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. Salvador: JusPodium, 2015.
- BERNARDES, Felipe. *Manual de processo do trabalho*. Salvador: JusPodium, 2018.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. Salvador: JusPodium, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MENEZES, João Salvador Reis; PAULINO, Naray Jesimar Aparecida. *Sobre acidente do trabalho, incapacidade e invalidez*. São Paulo: LTr, 2002.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2021.
- PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2006.

A teoria da quarta instância no processo internacional de apuração às violações de direitos humanos



André Luiz Valim Vieira

Advogado. Mestre em Direito pela UNESP. Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais e Desenvolvimento) pela UNESP.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto de pesquisa a chamada fórmula da quarta instância no âmbito dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nosso objetivo é demonstrar que a teoria da quarta instância – adotada pelos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos – revela-se como limite reservado às análises e apurações de violações de direitos humanos por Estados, servindo de condição procedimental e mesmo como requisito de admissibilidade para o processamento e investigação de supostas violações. Fazendo um breve estudo sobre as condições necessárias para se buscar os mecanismos coletivos ou institucionais de aferição das violações de direitos humanos, pretendemos demonstrar que, embora se apresente como restrição ou limite, a teoria da quarta instância denota-se como um relevante meio de insurgência contra ilegalidades ou arbitrariedades praticadas no devido processo legal, invocável não como um procedimento recursal, mas sim como um meio processual legitimado e reconhecido internacionalmente contra violações a direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da quarta instância. Responsabilidade internacional. Direitos humanos. Esgotamento dos recursos internos.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to research the so-called fourth instance formula within the scope of international mechanisms for the protection of human rights. Our objective is to demonstrate that the theory of the fourth instance – adopted by the European and American regional systems for the protection of human rights – reveals itself as limit reserved for the analysis and investigation of human rights violations by States, serving as a procedural condition and even as a requirement of admissibility for processing and investigating alleged violations. By making a brief study of the conditions necessary to seek the collective or institutional mechanisms for measuring human rights violations, we intend to demonstrate that, although it presents itself as a restriction or limit, the theory of the fourth instance is a relevant means of insurgency against illegalities or arbitrariness practiced in due legal process, invocable not as an appeals procedure but as a legitimate and internationally recognized procedural means against violations of human rights.

KEYWORDS: Theory of the fourth instance. International responsibility. Human rights. Exhaustion of domestic remedies.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Violação de direitos humanos na ordem internacional: o pensamento universalista. 3 Mecanismos internacionais de responsabilização. 4 A teoria da quarta instância e os limites reservados. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Embora o ser humano seja o agente do processo histórico e personagem dos acontecimentos mundiais desde tempos remotos, nem sempre esteve no centro da órbita protetiva de direitos. Os diversos conflitos entre nações têm demonstrado que, em tempos de conflitos e de guerras, a esteira da proteção dos interesses nacionais suplanta a tutela protetiva individual, ocasionando desde violações a direitos individuais (como a liberdade e a propriedade) e alcançando até amplo desrespeito aos direitos humanos, ou seja, aqueles fundamentais à existência da vida e à proteção de todas as pessoas.

Somente quando encerrada a segunda grande guerra mundial, finalmente foi possível conhecer as ações e violências sem limites, que significaram a destruição dos direitos humanos em favor da racionalidade dominadora.

No ideal de reconstrução do mundo, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com a meta principal de manter a paz e promover as relações internacionais, especialmente garantindo o respeito das nações pelos direitos humanos, tanto de seus cidadãos, como das demais pessoas do planeta.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal de Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU. A partir de sua natureza resolutiva, determina àqueles que dela partilharem o respeito universal e irrestrito aos direitos de todas as pessoas em seus diversos matizes: direitos civis e políticos e, posteriormente, outros direitos como os de natureza econômica, social e cultural.

Entretanto, além de uma carta ou uma declaração de direitos, é preciso a previsão de meios internacionais capazes de fazer valer estes direitos e dar efetividade a essas normas internacionais de garantias. Em razão disso,

foram criados os chamados mecanismos regionais e universais de proteção dos direitos humanos através dos tribunais de jurisdição internacional.



Fonte: <https://social.mg.gov.br>

Se antes a soberania representava elemento essencial e primordial da estrutura do Estado-nação, com a construção normativa dos tribunais internacionais – enquanto órgãos transnacionais de jurisdição, processo e julgamento de casos envolvendo violação a direitos humanos dos países-partes –, a previsão de meios de imposição de limites e sanções às nações violadoras surgiu como novo paradigma internacional.

Todavia, imperava a necessidade de balizamento da competência e das hipóteses de atuação dos tribunais de direitos humanos, algo possível a partir da previsão da teoria da quarta instância.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, fundado em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1979, são duas das mais importantes instâncias judiciais internacionais que utilizam a *fórmula da quarta instância* como um critério de análise para considerar uma causa como passível de conhecimento por seus juízes, para assim não se transformarem unicamente em órgãos revisores ordinários ou extraordinários de causas decididas no âmbito da jurisdição interna dos países.

Dessa forma, neste artigo, pretendemos compreender a relevância dos tribunais internacionais na garantia e proteção do direito internacional dos direitos humanos, não apenas como tribunais revisores ou apelativos das decisões locais, senão como instâncias independentes e autônomas, passíveis de provocação quando não respeitados direitos fundamentais e garantias processuais e constitucionais no âmbito da jurisdição intranacional.

2 Violação de direitos humanos na ordem internacional: o pensamento universalista

Falar sobre direitos humanos envolve – ainda hoje, na segunda década do século XXI – caminhar por uma zona de indiscernibilidade e um amálgama de fatores, locais, pessoas e épocas que se misturam em relações complexas e nem sempre simples de explicar ou analisar.

O discurso acerca da universalidade dos direitos humanos, embora tenha por desiderato assegurar determinados sistemas de proteção e garantias mínimos a todo ser humano, ao mesmo tempo, tem uma falha estrutural de pretender encaixar em modelos e molduras, sob uma visão eurocêntrica-ocidental, as diversas categorias de sociedades mundialmente e regionalmente diversas.

Nesse aspecto, Samuel Huntington propõe que os conflitos e as relações mundiais poderiam ser analisados a partir de três perspectivas categoriais de universalismo: a do islamismo, a do confucionismo e a do judeu-cristianismo-capitalista¹. Logo, percebe-se nesse autor – como em diversos outros – a intenção de emoldurar e classificar as sociedades modernas em paradigmas estanques e modelizados. Sendo assim consideradas – do

¹ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1996.

ponto de vista civilizatório e comportamental –, inexoravelmente, a esses grupos poderiam ser atribuídos determinados conjuntos de direitos fundamentais: os direitos humanos.

Entretanto, ainda que se possa considerar sob uma perspectiva inocente e otimista a intenção de previsão de direitos humanos ditos universais, há de se ter por perspectiva que esses direitos apenas consideram a sociedade ocidental e de influência romano-germânica: Europa e Américas, ou seja, aquilo que Joaquim Herrera Flores denomina de “centro colonial difusor”².

Quando se fala em direitos humanos, portanto, faz-se necessário identificar qual o paradigma fundante do agir comunicativo: se da universalização dos direitos humanos ou da teoria crítica dos direitos humanos, bem como as teses mais recentes sobre decolonialismo, pós-colonialismo, entre outros. Ao conceber então os direitos humanos em todo o mundo como homogêneos e semelhantes, nada mais estamos a considerar do que todas as sociedades e civilizações como influenciadas pela globalização³. À visão universal dos direitos está inerente e imbricada, portanto, uma visão de dominação, ou seja, de direitos humanos globais.

Assim, embora consideremos mais do que necessária, até mesmo urgente e contemporânea, a introdução de novos paradigmas e pontos de conexão na teorização dos direitos humanos – especialmente contemplando

outras sociedades e civilizações –, quando tratamos de alguns temas – como os tribunais internacionais de direitos humanos, em particular os localizados na Europa e América – devemos ter em mente que ambos tribunais e respectivos juristas trabalham com o paradigma da universalização dos direitos humanos.

Logo, neste artigo, a construção dos direitos humanos prevista normativamente será apresentada a partir dos tratados internacionais firmados pelos países da Europa e Américas, indicando como essa pretensa visão universalista considera a proteção aos direitos humanos na ordem internacional.

Pela perspectiva universalista ou de universalização dos direitos humanos em toda sociedade mundial e em cada uma das civilizações sob o planeta, haveria conteúdos básicos inerentes à própria existência do ser humano. Nessa perspectiva que:

A proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos consiste no reconhecimento da existência de núcleo permanente composto por determinadas condutas abarcadas pelo âmbito normativo de um direito específico, que não pode ser afetado de forma alguma pela intervenção do Estado. Esse núcleo é intocável, constituindo-se em um “limite do limite” para o legislador e aplicador dos direitos humanos. A parte do direito que pode ser regulada ou limitada é somente aquela que não faz parte desse núcleo inexpugnável⁴.

Desse modo, a proposta de universalização dos direitos humanos e a construção de um núcleo duro de determinados direitos inerentes à própria existência humana como paradigma de eticidade kantiano possibilitaram que as previsões normativas internacionais – tratados, declarações e resoluções – alcançassem reconhecimento jurídico supraestatal,

2 FLORES, Joaquim Herrera. Colonialismo y violencia. Bases para una reflexión pos-colonial desde los derechos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, out. 2006, p. 21-40.

3 Para Boaventura de Souza Santos, “[...] globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.” (SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, jun. 1997).

4 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 99.

o que ensejou a criação dos tribunais internacionais.

Afinal, sendo os direitos humanos uma categoria que merece atenção e garantias para além dos limites de soberania, inclusive como forma de limitação do poder estatal, poder-se-ia cogitar da existência de tribunais transnacionais, os quais possibilitariam a defesa processual e judicial desses direitos fundamentais. Tem-se, então, a lógica da proteção internacional dos direitos humanos: uma das faces dos tribunais internacionais. Sendo imprescindível lembrar que:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea⁵.



Fonte: <https://appsindicato.org.br>

Tendo papel fundamental a concepção de tribunais internacionais justamente para a proteção de direitos humanos em um âmbito para além dos Estados-partes, incluindo a previsão de mecanismos processuais para assegurar o devido processo legal, o direito de ação, o contraditório e a ampla defesa, bem como a criação de mecanismos de responsabilização internacional contra violações de direitos e imposição das decisões dos tribunais de direitos humanos.

3 Mecanismos internacionais de responsabilização

O chamado *regime objetivo das normas de direitos humanos* se liga diretamente ao direito internacional dos direitos humanos. Este regime objetivo se refere a um conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, por significar uma obrigação de proteção – assumida a partir do tratado ou pela ratificação da convenção – aos indivíduos sob sua jurisdição, independente da nacionalidade da pessoa envolvida, contrariamente a uma obrigação com outro Estado em nível das relações internacionais.

O direito internacional dos direitos humanos é a condição atual do conjunto de direitos, regras, princípios, valores e possibilidades normativas internacionais de garantia à dignidade pela natureza humana de toda pessoa, inclusive com a previsão de meios de ação e de defesa internacionais, institucionalizados para a proteção e o resguardo destes direitos supranacionais. Por essa razão que:

[...] os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações cujo objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Seu objetivo é a proteção dos direitos humanos, independentemente da nacionalidade, gerando para isso uma ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo⁶.

5 PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

6 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de*

Todo tratado internacional de direitos humanos, ao contrário de tratados que versem sobre relações comerciais, caracteriza-se pela natureza objetiva de suas normas⁷. Quando constatada a violação de qualquer direito humano, é possível, portanto, obter-se a responsabilização internacional através dos mecanismos internacionais cogentes e indiretamente coercitivos.

Estes meios se encontram, atualmente, repartidos em: mecanismos regionais, no caso do Brasil, parte integrante da Organização dos Estados Americanos e sujeita à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou a Corte Europeia, relativa ao velho continente; e, os mecanismos universais ou mundiais, acessíveis através da Corte Internacional de Justiça junto à ONU. Cada Corte ou órgão de julgamento possui suas normas para processamento de reclamações ou representações contra atitudes de Estados-membros visando à responsabilização internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos conjuga, na atualidade, inúmeras normas internacionais, de convenções universais e regionais, sendo que algumas delas contam ainda com órgãos próprios de supervisão e controle, os chamados *treaties bodies*⁸.

Considera-se, então, que:

[...] a responsabilidade do Estado surgia, em princípio, somente quando o estrangeiro não pudesse obter reparação no Estado onde sofrera o dano, isto é, em caso de denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos⁹.

direitos humanos: análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28-29.

7 *Ibidem*, p. 32.

8 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

9 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fun-

De um modo geral, como estabelecido nas convenções e regulamentos das comissões de cada setor de provocação – regional ou universal –, a queixa ou representação deve ser apresentada por petição inicial em algum dos idiomas reconhecidos pela Corte processante como idiomas de trabalho e, o mais importante, deve se referir a uma provável ou efetiva violação de direitos humanos por parte de um Estado-parte ou membro¹⁰.

Imprescindível o preenchimento de determinados requisitos formais: como apresentação por escrito, em idioma aceito pelo órgão, exposição dos fatos realizados pelo Estado ou seus agentes, indicando os direitos violados e as pessoas atingidas. Isto sem contar a previsão de requisitos considerados substanciais, os quais se ligam diretamente à teoria da quarta instância no âmbito do direito internacional. Isto porque, é exigida, para o processamento e seguimento da representação, a demonstração do esgotamento dos recursos e meios processuais e administrativos da jurisdição interna do Estado.

Inconteste que o conceito de responsabilização do Estado por atos e feitos praticados contra outros Estados já encontra reconhecimento e proteção nas relações internacionais há vários séculos. Nesse sentido, Valério Mazzuoli sustenta que:

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar uma potência soberana pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao direito internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu¹¹.

dação Alexandre Gusmão, 2017, p. 276.

10 PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

11 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 27.

Logo, percebe-se que os mecanismos jurisdicionais internacionais – regionais e universais – exigem que o alcance às suas instâncias reclamatórias e decisórias necessitam do esgotamento dos recursos internos no juízo de origem. Isso porque os tribunais internacionais não configuram instâncias ordinárias processuais e recursais; senão, constituem-se como tribunais com competência limitada e reservada às hipóteses de violação ou desrespeito a direitos humanos cujo Estado-nacional fez adesão. Ainda assim, acessível de modo extraordinário, somente em hipóteses de violação a direitos humanos e casos em que a jurisdição nacional e interna esgota sua competência jurisdicional ou esta se mostra deficiente e sem obediência ao processo legal.

4 A teoria da quarta instância e os limites reservados

O esgotamento dos recursos e meios disponíveis internamente, na estrutura normativa e processual das leis do Estado, constitui requisito essencial para a análise perante órgãos internacionais de possíveis violações a direitos humanos. Esta regra surgiu no âmbito do Direito Internacional e desde então tem sido aplicada como garantia a um eventual conflito entre Estados, principalmente quando as partes litigantes se apresentam como um Estado nacional e um estrangeiro, evitando-se assim um possível confronto entre nações na defesa do interesse de seus cidadãos.

Sendo assim, o esgotamento dos recursos internos disponíveis e previstos na estrutura normativa ou no conjunto de leis processuais é medida imprescindível para a reclamação perante os mecanismos coletivos de julgamento internacional do Estado. Tal regra é aplicada desde o contencioso diplomático até mesmo aos conflitos judiciais entre Estados ou entre estes e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

Reconhecida como regra de direito internacional (*jus cogens*), a partir de sua

legitimação pelo tempo e pelo uso, o requisito de esgotamento dos recursos internos é o primeiro elemento para se demandar perante os mecanismos internacionais. Constitui, assim, condição *sine qua non* para acesso à jurisdição internacional na apuração de punição de eventuais violações a direitos humanos reconhecidos internacionalmente¹².

Para Valério Mazzuoli é justa a exigência de esgotamento dos recursos internos por três motivos: a) porque se brinda o Estado com a oportunidade de reparar a questão dentro do seu ordenamento jurídico; b) se impede seja deflagrada uma demanda em nível internacional; e, c) se evitam os pedidos de proteção diplomática abusivos¹³.

Embora haja divergência sobre este esgotamento ser requisito substantivo ou processual para se buscar a responsabilidade internacional, é sedimentado o entendimento de que o esgotamento dos requisitos internos, recursos e meios judiciais ou administrativos, representa condição essencial para se almejar a reparação perante os órgãos internacionais.

Consiste, pois, na teoria ou “tese substantiva da regra do esgotamento dos recursos internos”¹⁴. Essa teoria, surgida na Itália, teve em Dionísio Anzilotti¹⁵ seu maior representante, sustentando o entendimento dessa corrente doutrinária no sentido de que não sendo possível obter reparação do Estado internamente, após o esgotamento dos recursos internos, seria possível buscar a reparação e responsabilização internacional.

12 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos*. 2. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 119.

13 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 513.

14 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017, p. 274.

15 ANZILOTTI, Dionísio. *Cours de droit international*. Paris: Rec. Strey, 1929, p. 520.

Cançado Trindade afirma que mesmo a teoria processual – contraposta à teoria substancial – tem encontrado respaldo na jurisprudência internacional da regra de esgotamento dos recursos internos¹⁶. Assim, independente da teoria adotada, resta a regra do *épuisement préalable des recours internes*, ou seja, do prévio esgotamento dos recursos internos para acesso aos órgãos jurisdicionais internacionais, como forma de controle para o alcance às alçadas jurisdicionais supranacionais. Justamente para que um mero inconformismo com determinada decisão judicial interna não seja suficiente para deflagrar um conflito jurisdicional internacional, colocando em confronto a soberania do Judiciário do Estado, questionada perante Cortes estrangeiras, e do outro lado os sujeitos ou jurisdicionados nacionais insatisfeitos.

Logo, para haver a responsabilização internacional, é preciso primeiro a ocorrência de violação a um direito humano de uma pessoa, nacional ou estrangeira. Ademais, esta lesão deve derivar de um ato imputável ao Estado ou seus agentes. E, finalmente, se este Estado possui meios aptos e eficazes a garantir a adequada reparação, há a necessidade de esgotamento destes meios – recursos processuais ou ações administrativas ou judiciais – sem, todavia, ter havido efetivamente a responsabilização ou reparação.

Por isso, perante uma pluralidade de convenções e pactos componentes de um direito internacional dos direitos humanos, o esgotamento dos mecanismos internos representa medida de segurança e garantia de paz e de não interferência, evitando sobrepujar desmedidamente a soberania, desde que pelo Estado sejam previstos meios internos capazes de cessar qualquer ato atentatório aos direitos humanos e sejam passíveis de

reivindicação suas formas de reparação.

Os recursos e ações devem ser adequados, úteis, eficazes, caracterizadores de uma tutela eficiente e justa e não apenas a mera aparência de institutos formais, porém, não suficientes a se lutar contra a ilegalidade. Justamente por isso a prática internacional tem aceitado a existência de um direito a recursos úteis, internamente, passíveis de confrontarem a objeção ou a negação de direitos humanos reconhecidos internacionalmente.



Fonte: www.anamatra.org.br

Sendo a jurisdição internacional uma jurisdição subsidiária, utilizável quando a jurisdição interna não for suficientemente capaz de resolver a lide em matéria de direitos humanos, mostra-se suficiente a ser invocada quando, além do desrespeito aos direitos previstos nos documentos internacionais, houver também a inacessibilidade ou não previsão de mecanismos jurídico-processuais internos condizentes a uma medida de reparação.

Quando não se possibilita à pessoa o acesso livre e nas condições legais aos recursos e previsões capazes de confrontar o arbítrio, é possível sim a busca da tutela internacional, se negado o direito de demandar até o esgotamento dos meios internos ou se,

16 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017, p. 277.

acessível tal medida, apenas representou uma aparente ordem processual legal, sem porém cumprir sua função primordial de tutela efetiva, discutindo o mérito para conceder ou denegar a pretensão jurídica almejada.

Nesse sentido, o artigo 31 do Regulamento da Comissão de Interamericana de Direitos Humanos estabelece a possibilidade de apresentação de petições sobre presumidas violações de direitos humanos quando preenchidos requisitos previstos nas normativas internacionais da Convenção, do Estatuto e do próprio Regulamento. Sobre isso afirma da necessidade de:

Artigo 31. Esgotamento dos recursos internos

1. Com a finalidade de decidir quanto à admissibilidade do assunto, a Comissão verificará se foram interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.
2. As disposições do parágrafo anterior não se aplicarão quando:
 - a. não exista na legislação interna do Estado de que se trate o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados;
 - b. não se tenha permitido ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou haja sido impedido de esgotá-los; ou
 - c. haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.

Para Cançado Trindade, professor brasileiro e ex-juiz da *International Court of Justice*, a obrigatoriedade dos tribunais internacionais contemporâneos dependeria do *jus naecessarium*, ou seja, de jurisdições necessárias para existência da sociedade internacional. Nesse sentido, o professor brasileiro e ex-juiz das Cortes Internacionais Americanas e da Corte Internacional de Justiça proclama que:

[...] busquei concentrar minhas reflexões *inter alia* nas inter-relações da

preservação da integridade das bases de jurisdição dos tribunais internacionais contemporâneos e do acesso direto da pessoa humana à justiça internacional, essenciais à realização desta última¹⁷.

Assim, tão importante quanto o Judiciário no âmbito interno, seria também a justiça internacional com acesso a todo sujeito.

Nesse aspecto, vale ressaltar que:

Os tribunais internacionais contemporâneos, ao atender a uma real necessidade da comunidade internacional (de assegurar a proteção dos que a necessitam, dos mais vulneráveis), têm fomentado o alentador processo histórico que testemunhamos e para o qual contribuímos, que me tenho permitido denominar de humanização do direito internacional contemporâneo¹⁸.

Contudo, o acesso às Cortes internacionais interamericana e europeia, embora possível a qualquer pessoa, encontra limitação com a previsão da teoria da quarta instância, enquanto critério balizador para acesso aos tribunais transnacionais.

Certamente, as Cortes internacionais, embora tenham surgido há poucas décadas, ganharam relevante destaque na sociedade internacional tendo se tornado importantes tribunais de acesso à justiça internacional e garantia de direitos humanos previstos em normas e tratados multilaterais. O acesso a esses tribunais, todavia, exige requisitos de admissibilidade dessas petições e reclamações, consistente no esgotamento dos recursos internos ou na impossibilidade de concessão dessa prerrogativa processual. Nesses casos, então, é facultado o acesso às Cortes transnacionais desde que respeitada a regra de que as

17 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013, p. 41.

18 *Ibidem*, p. 49.

Cortes internacionais não representem instância extraordinária ou uma quarta instância, acima da jurisdição interna.

5 Conclusão

A fórmula ou teoria da quarta instância – hoje praticada pelo sistema interamericano e europeu como mecanismos regionais – fixa que estas Cortes não são instâncias ou tribunais de apelação dos processos internos. Não se prestam a servir de uma quarta instância, extraordinária, cuja função seria unicamente revisar ou modificar as decisões e julga-

mentos proferidos nas instâncias judiciárias internas do Estado. Pensar deste modo seria retirar a fundamentalidade e essencialidade, construída historicamente, dos mecanismos internacionais de responsabilização dos Estados por violações de direitos humanos.

Ao contrário, são Cortes e meios independentes que, em respeito aos processos pretéritos de sua criação e conquista de atuação, possibilitam um julgamento e uma futura responsabilização além dos limites do mero inconformismo da parte pela negação de sua pretensão no âmbito da jurisdição interna do Estado.

Referências

ANZILOTTI, Dionísio. *Cours de droit international*. Paris: Rec. Strey, 1929.

FLORES, Joaquim Herrera. Colonialismo y violencia. Bases para una reflexión pos-colonial desde los derechos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, out. 2006.

HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, jun. 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos*. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.



Jurisprudência

Direito Administrativo



AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5002000-21.2018.4.03.6115

Agravante: CAMILA VARGAS AGLIO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: CAMILA VARGAS AGLIO

Apelado: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/07/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. ATUAÇÃO NO PROGRAMA MAIS MÉDICOS. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por CAMILA VARGAS AGLIO, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 23/3/2020 que negou provimento à sua apelação, mantendo a sentença que julgou improcedente ação promovida em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com vistas ao registro em seus quadros, sem a exigência de revalidação do diploma obtido junto à Universidade Nacional Ecológica, em Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia.

2. A agravante não faz *jus* à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista que a alegação da hipossuficiência econômica é relativa, restando infirmada, na hipótese dos autos, em decorrência do fato de a recorrente ter integrado por um longo período o Programa Mais Médicos, o qual, certamente, lhe assegurou rendimentos suficientes para fazer frente às custas processuais e honorários advocatícios, acaso sucumbente. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1674965/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 22/03/2021.

3. A r. decisão impugnada apreciou com clareza a questão debatida nos autos e foi devidamente fundamentada no entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (AgInt no Ag 1433738/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 26/11/2019; AgInt no AREsp 475.946/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 26/10/2018; AgRg no REsp 1267900/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 17/11/2017) e desta Egrégia Corte Federal (TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001113-53.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 06/06/2018, Intimação via sistema DATA: 08/06/2018), no sentido de que o exercício da medicina pelo médico portador de diploma estrangeiro, participante do “Programa Mais Médicos”, não lhe garante a revalidação automática do seu diploma, nem a inscrição definitiva no conselho de classe, sendo necessária a submissão ao procedimento administrativo de revalidação, nos termos do artigo 48, § 2º da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por CAMILA VARGAS AGLIO, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 23/3/2020 que negou provimento à sua apelação, mantendo a sentença que julgou improcedente ação promovida em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com vistas ao registro em seus quadros, sem a exigência de revalidação do diploma obtido junto à Universidade Nacional Ecológica, em Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia.

Alega, em síntese, a falta de apreciação dos fundamentos legais e princípios constitucionais invocados na apelação. Pleiteia o benefício da assistência judiciária gratuita.

A contraminuta foi apresentada.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Primeiramente, consigno que a agravante não faz *jus* à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista que a alegação da hipossuficiência econômica é relativa, restando infirmada, na hipótese dos autos, em decorrência do fato de a recorrente ter integrado por um longo período o Programa Mais Médicos, o qual, certamente, lhe assegurou rendimentos suficientes para fazer frente às custas processuais e honorários advocatícios, acaso sucumbente.

Destaca-se julgado do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. OBJETO DA AÇÃO INCOMPATÍVEL COM SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO RELEVANTE DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tratando-se de pessoa física, há presunção *juris tantum* de que quem pleiteia o benefício da assistência judiciária gratuita não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família.
2. Sendo tal presunção relativa, pode o pedido ser indeferido, quando o magistrado identificar nos autos elementos infirmativos da hipossuficiência do requerente, como é o caso de ter a demanda por objeto bem incompatível com a alegada miserabilidade. Precedentes.
3. A ausência de impugnação específica, na petição de agravo em recurso especial, de fundamento relevante da decisão que não admite o apelo especial atrai a aplicação do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDeI no AREsp 1674965/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 22/03/2021)

No que diz respeito ao mérito recursal, o presente Agravo Interno reitera os argumentos expostos em sede de embargos de declaração, devidamente rechaçados através de decisão proferida em 12/8/2020, sob o argumento de que do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte.

De fato. A r. decisão impugnada apreciou com clareza a questão debatida nos autos e foi devidamente fundamentada no entendimento do *Colendo Superior Tribunal de Justiça* (AgInt no Ag 1433738/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 26/11/2019; AgInt no AREsp 475.946/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 26/10/2018; AgRg no REsp 1267900/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 17/11/2017) e *desta Egrégia Corte Federal* (TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001113-53.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 06/06/2018, Intimação via sistema DATA: 08/06/2018), no sentido de que o exercício da medicina pelo médico portador de diploma estrangeiro, participante do “Programa Mais Médicos”, não lhe garante a revalidação automática do seu diploma, nem a inscrição definitiva no conselho de classe, sendo necessária a submissão ao procedimento administrativo de revalidação, nos termos do artigo 48, § 2º da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Dessa forma, vislumbra-se claramente que os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão impugnada.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5003907-64.2018.4.03.6104

Apelante: ALEXANDRE HUANG

Apelados: UNIÃO FEDERAL, CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ILHAMARES, CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GARDEN BEACH E OUTROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/07/2021

EMENTA

APELAÇÃO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL SITUADO PARCIALMENTE EM TERRENO DE MARINHA. IMÓVEL SEM AFORAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

I. A ação de usucapião extraordinária foi ajuizada por Alexandre Huang visando à declaração de seu domínio sobre um imóvel situado no Município de Guarujá/SP, sob o argumento de que detinha a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel, há mais de 20 (vinte) anos.

II. Em suas razões recursais, a parte autora alega, entre outras coisas, que não possui interesse em usucapir o domínio direito do imóvel, mas apenas o domínio útil, e que restou comprovada a sua posse mansa e pacífica pelo período de 30 (trinta) anos.

III. Neste contexto, assevero que a usucapião extraordinária é uma forma de aquisição do bem imóvel, prevista, no artigo 1.238 do Código Civil.

IV. Tal norma apresenta como requisitos a essa modalidade de usucapião o exercício da posse sobre o imóvel por 15 (quinze) anos, de forma ininterrupta e sem oposição, sem a necessidade de comprovação de título ou boa-fé.

V. Noutro giro, observo que o inciso VII do artigo 20 da CF inclui entre os bens da União os terrenos de marinha e seus acrescidos, sendo estes definidos pelo Decreto-Lei nº 9.760/46 da seguinte forma:

VI. Ademais, nos termos dos artigos 183, §3º, da CF, os bens públicos não são passíveis de usucapião.

VII. Ocorre que, em se tratando de imóvel público foreiro, admite-se a possibilidade de aquisição do domínio útil desse bem por usucapião, desde que o bem não esteja sob o domínio direto da União.

VIII. No presente caso, verifica-se que a área usucapienda não é objeto de aforamento, razão pela qual não é permitida a prescrição aquisitiva dos terrenos de domínio público.

IX. Por sua vez, a alegação de que o imóvel se encontra em área alodial do terreno de marinha não foi comprovada pela parte autora, que se absteve de pleitear a realização de perícia técnica.

X. Ora, cumpre ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, todavia, o que se observa é que os registros de demarcação indicam que a área total do terreno é de 2.280,00 m², sendo que a área total da União representa 2.151,80 m², o que afasta a tese apresentada pela parte autora de que o imóvel se situa em sua maior parte em área alodial.

XI. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto do relator senhor Desembargador Federal Valdeci dos Santos, acompanhado pelos votos dos senhores Desembargadores Federais Helio Nogueira e Peixoto Junior e da senhora Juíza Federal Giselle França, vencido o senhor Desembargador Federal Wilson Zauhy, que lhe dava provimento para o fim de, reformando a sentença vergastada, reconhecer a usucapião do domínio útil do imóvel objeto dos autos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Huang em face da sentença que julgou improcedente o pedido de usucapião extraordinária do domínio do imóvel situado na Avenida Marechal Floriano Peixoto nº 203, apartamento 201, no Município de Guarujá/SP.

A demanda foi ajuizada por Alexandre Huang e tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Guarujá/SP, visando à declaração de seu domínio sobre o referido imóvel, situada no endereço supracitado no Município de Guarujá/SP, sob o argumento de que detinha a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel há mais de 20 anos.

Devidamente citados, os réus, confrontantes e demais interessados não se opuseram ao pedido de usucapião formulado pelo autor.

O Ministério Público Estadual declarou que não possui interesse em intervir no feito.

A União Federal apresentou contestação, sustentando que o imóvel se encontra em área de seu domínio, razão pela qual requereu o deslocamento do feito para a Justiça Federal.

Os autos foram remetidos à 1ª Vara Federal de Santos/SP.

Sobreveio sentença, julgando improcedente a demanda, nos termos acima descritos.

Irresignada, a parte autora interpôs recurso de apelação, alegando que não possui interesse em usucapir o domínio direito do imóvel, mas apenas o domínio útil, e que restou comprovada a sua posse mansa e pacífica pelo período de 30 (trinta) anos.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

A ação de usucapião extraordinária foi ajuizada por Alexandre Huang visando à declaração de seu domínio sobre um imóvel situado no Município de Guarujá/SP, sob o argumento de que detinha a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel, há mais de 20 (vinte) anos.

A União Federal manifestou interesse no feito, alegando ser área de domínio público.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Em suas razões recursais, a parte autora alega, entre outras coisas, que não possui interesse em usucapir o domínio direito do imóvel, mas apenas o domínio útil, e que restou comprovada a sua posse mansa e pacífica pelo período de 30 (trinta) anos.

Neste contexto, assevero que a usucapião extraordinária é uma forma de aquisição do bem imóvel, prevista, no artigo 1.238 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Tal norma apresenta como requisitos a essa modalidade de usucapião o exercício da posse sobre o imóvel por 15 (quinze) anos, de forma ininterrupta e sem oposição, sem a necessidade de comprovação de título ou boa-fé.

Noutro giro, observo que o inciso VII do artigo 20 da CF inclui entre os bens da União os terrenos de marinha e seus acrescidos, sendo estes definidos pelo Decreto-Lei nº 9.760/46 da seguinte forma:

“Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.”

Ademais, nos termos dos artigos 183, §3º, da CF, os bens públicos não são passíveis de usucapião.

Ocorre que, em se tratando de imóvel público foreiro, admite-se a possibilidade de aquisição do domínio útil desse bem por usucapião, desde que o bem não esteja sob o domínio direto da União. Tal questão encontra-se pacificada na jurisprudência pátria (g.n.):

“AGRAVO REGIMENTAL. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DE BEM PÚBLICO (TERRENO DE MARINHA). VIOLAÇÃO AO ART. 183, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

O ajuizamento de ação contra o foreiro, na qual se pretende usucapião do domínio útil do bem, não viola a regra de que os bens públicos não se adquirem por usucapião. Precedente: RE 82.106, RTJ 87/505. Agravo a que se nega provimento.”

(RE 218324 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-04 PP-01228 RT v. 99, n. 899, 2010, p. 103-105)

“CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CARACTERIZADO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. AÇÃO INTENTADA CONTRA A TITULAR DO DOMÍNIO ÚTIL E A UNIÃO. IMÓVEL FOREIRO.

MATÉRIA DE FATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO À UNIÃO, POR INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO BEM PÚBLICO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL QUANTO AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA SOBRE O DOMÍNIO ÚTIL.

I. Não padece de nulidade o acórdão que enfrenta, suficientemente, as questões essenciais ao julgamento da lide, apenas que guardando conclusão contrária ao interesse da parte.

II. Postulado na inicial o usucapião da propriedade plena do imóvel, o deferimento, pelo Tribunal Regional, da prescrição aquisitiva apenas sobre o domínio útil não constitui julgamento extra petita, por haver deferido apenas menos do que o pedido.

III. Movida a ação de usucapião contra a União e a titular do domínio útil, e sendo impossível usucapir-se bem público, mas apenas o domínio útil do imóvel foreiro, a demanda há de ser extinta contra a recorrente, e procedente, unicamente, em relação à 2ª ré.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para extinguir o feito em relação à União.”

(STJ, Quarta Turma, REsp 2003.00.06094-2, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ DATA:03/05/2004)

“CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. POSSIBILIDADE.

I - O fato de o autor ter postulado o domínio pleno não afasta a possibilidade de reconhecimento da usucapião do domínio útil se este pedido puder ser extraído da petição inicial e dos documentos constantes dos autos do processo, observado o contraditório.

II - A possibilidade de usucapião de domínio útil é admitida em nosso ordenamento, desde que o imóvel já seja foreiro à época da transferência, como é o caso dos autos.

III - Apelação provida. Pedido procedente.”

(TRF 3ª Região - AC 00057307620094036104, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, , e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/11/2016)

“AÇÃO DE USUCAPIÃO - CONSTITUCIONAL - POSSIBILIDADE DE O DOMÍNIO ÚTIL SER USUCAPIDO - ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA - PROVIMENTO À APELAÇÃO

1. A certidão do Cartório de Registro de Imóveis acostada a fls. 41/45 demonstra que o imóvel está situado em terreno de marinha, tanto que coligiu a União certidão de aforamento, a qual em nome de Santa Cecília Investimentos S/A.

2. Referidos documentos apontam para alienação de unidades autônomas por referida pessoa jurídica, indicando os instrumentos de fls. 17/24 sucessivas alienações no tempo, dentre eles a assunção de posse pelos autores.

3. *Não deseja o autor usucapir o domínio direto do bem, que incontestavelmente pertence à União, mas pretende figurar na titularidade do domínio útil da coisa, o que plenamente legítimo, conforme pacífica orientação jurisprudencial a respeito, desde a Suprema Corte. Precedentes.*

4. *O que deseja a parte apelante é figurar como foreira/enfiteuta do imóvel em questão (substituindo a originária Companhia Agrícola Santa Cecília), cuja dominialidade permanecerá com a União, que manterá os direitos atinentes à cobrança de taxa de ocupação e laudêmio, operação onde não experimentará nenhum prejuízo, como se extrai.*

5. Sobrevindo a r. sentença anteriormente à publicação de edital para citação de réus ausentes e terceiros interessados, fls. 175/178, de rigor a anulação da r. sentença, volvendo o feito à Origem, em regular trâmite de processamento.

6. Provimento à apelação, a fim de anular a r. sentença, na forma aqui estatuída, ausente sujeição sucumbencial, ao presente momento processual.”

(TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC nº 0001431-22.2010.4.03, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2017)

No presente caso, verifica-se que a área usucapienda não é objeto de aforamento, razão pela qual não é permitida a prescrição aquisitiva dos terrenos de domínio público.

Por sua vez, a alegação de que o imóvel se encontra em área alodial do terreno de marinha não foi comprovada pela parte autora, que se absteve de pleitear a realização de perícia técnica.

Ora, cumpre ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, todavia, o que se observa é que os registros de demarcação indicam que a área total do terreno é de 2.280,00 m², sendo que a área total da União representa 2.151,80 m², o que afasta a tese apresentada pela parte autora de que o imóvel se situa em sua maior parte em área alodial.

Por fim, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios recursais que fixo em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Isto posto, *nego provimento à apelação da parte autora*, mantendo, na íntegra, a douta sentença recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

Peço vênias ao eminente Relator para dele divergir quanto ao deslinde da causa.

Cuida-se, na origem, de ação de usucapião proposta por Alexandre Huang em que se objetivava a declaração de seu domínio sobre o imóvel situado na Avenida Marechal Floriano Peixoto, n. 203, apartamento 201, no Município de Guarujá/SP, sob o argumento de que estaria na posse mansa, pacífica e ininterrupta do referido bem há mais de vinte anos. Após o processamento da causa pelo juízo de primeira instância, sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido de usucapião, resolvendo o mérito com espeque no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015. Não houve condenação da parte autora em honorários advocatícios.

Em face da mencionada sentença, o autor interpôs seu recurso de apelação, afirmando que, se não havia mais a possibilidade de se usucapir o domínio pleno do imóvel objeto do litígio, já que a área estaria situada em terreno de marinha, ao menos deveria ser concedido em seu favor o domínio útil, visto que teria exercido posse mansa e pacífica por considerável período. Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte Regional, tendo sido distribuídos para a relatoria do eminente Desembargador Federal Valdeci dos Santos.

Na presente sessão de julgamento, o eminente Relator votou pelo desprovisionamento ao recurso de apelação interposto. Compreendeu Sua Excelência que o imóvel usucapiendo estaria parcialmente situado em terreno de marinha, com o que, na condição de bem público, não admitiria aquisição pela via da usucapião (imprescritibilidade aquisitiva prevista pelo art. 183, §3º, da Constituição Federal de 1988). Apontou o eminente Relator, ainda, que o imóvel em questão não admitiria sequer a usucapião do domínio útil, porquanto a área usucapienda não teria sido objeto de aforamento, estando sujeita a regime de mera ocupação.

Traçado o contexto subjacente à lide, é o momento de expor as razões pelas quais divirjo, com todas as vênias, do eminente Relator. Em seu voto, o eminente Relator sustentou que os imóveis aforados admitem a usucapião do domínio útil, ao passo que os imóveis sob o regime de mera ocupação não admitiriam a usucapião nem mesmo do domínio útil, valendo-se de entendimento jurisprudencial consolidado nesse sentido, inclusive desta Egrégia Corte Regional. Considerando que o imóvel objeto do litígio estaria situado parcialmente em terreno

de marinha, sob regime de ocupação, e que a matrícula não poderia ser cindida para os fins e efeitos da usucapião, o eminente Relator desproveu o recurso.

É certo que a jurisprudência desta Egrégia Primeira Turma se firmou na linha de que os imóveis sob regime de ocupação não admitiriam a usucapião do domínio útil. Tenho, contudo, que, melhor revendo a temática em apreço, a solução a ser dada a estas celeumas deve ser outra.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito à moradia em seu art. 6º. Trata-se de um direito social colocado como prioritário pelo texto constitucional, cabendo ao Estado atender a esta prerrogativa de duas formas diferentes: (i) por meio da adoção de políticas públicas e outras medidas concretas no sentido de garantir moradia à população brasileira (prestações positivas); e (ii) pela não criação de óbices ou de empecilhos injustificáveis à implementação deste direito pelos particulares.

Quanto a esse último aspecto do direito fundamental à moradia, o Estado não pode criar obstáculos ao estabelecimento de moradias pelas pessoas, quer por meio de seus agentes ou órgãos públicos, quer por meio dos Cartórios de Registros de Imóveis, que recebem por delegação do Poder Público a função que exercem. Cabe ao Poder Público, em realidade, tornar viável a regularização fundiária em favor das diversas pessoas que se encontram em situação irregular, porquanto o direito à moradia envolve não apenas a possibilidade de ter a posse de um imóvel que sirva de residência a uma pessoa e sua família, mas também e principalmente a situação de ter a propriedade do bem sob o ponto de vista registral.

Ora, se um imóvel já foi regularmente edificado com o passar do tempo; se ele figura no cadastro da Prefeitura local para fins de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU); se ele conta com a expedição do “Habite-se” pela Prefeitura local; se suas divisas estão bem demarcadas na respectiva matrícula; se os seus possuidores estão ali presentes, fazendo daquele local a sua moradia com ânimo de dono, atendendo à função social da propriedade; então não é dado ao Poder Público simplesmente passar por cima de todas estas relevantes circunstâncias e dizer, nos autos de uma ação de usucapião, que o imóvel estaria situado parcialmente em terreno de marinha sob regime de ocupação e não poderia ser adquirido pelos particulares.

Tal postura seria conveniente demais ao Poder Público e, ao mesmo tempo, extremamente gravosa aos titulares de direitos fundamentais. Ao impedir a pretensão do autor desta forma, o Poder Público atenta contra o próprio direito fundamental à moradia, porque a regularização fundiária está compreendida nesta prerrogativa jusfundamental. Não há como se falar em moradia efetiva sem a titulação imobiliária.

Nunca é demais lembrar o fato de que a demarcação dos terrenos de marinha era providência que cabia ao Poder Público. Tanto é assim que o Decreto-Lei n. 9.760/1946 estabelece um procedimento próprio para que os terrenos de marinha sejam demarcados a partir de seu art. 9º, expressando a necessidade de que se façam audiências públicas para esta finalidade, pois parte da constatação de que tais demarcações têm o condão de atingir situações jurídicas consolidadas em favor dos particulares.

Apesar da necessidade de demarcação dos terrenos de marinha, sabe-se que o Poder Público recalcitou deste seu dever ao longo dos anos. Muitos terrenos de marinha não foram efetivamente demarcados e, à falta desta providência que cabia ao Poder Público adotar, muitos particulares passaram a fixar as suas residências em tais localidades, agindo de boa-fé. A situação escalou para o contexto que temos atualmente, em que muitas destas pessoas percebem que moram legitimamente em suas residências, recolhem os tributos incidentes sobre a propriedade imobiliária urbana, têm as construções autorizadas pela Prefeitura local, mas,

apesar de tudo isso, contam com problemas registrais apenas porque a Administração não se desincumbiu de seu dever inicial de demarcar os terrenos de marinha.

Em geral, a Administração simplesmente aponta este fator no momento em que tais particulares ingressam com as ações de usucapião buscando o reconhecimento de sua propriedade, alegando, ainda, que o ônus de provar que o imóvel não estaria situado em terreno de marinha seria apenas e tão somente dos autores destas ações. Tal conduta não pode ser admitida pelo Judiciário.

Direcionar o ônus de provar que o bem não está situado em terreno de marinha ao particular compreende, ao final e ao cabo, uma violação ao direito fundamental à moradia que cabia ao Estado garantir ou, pelo menos, não obstar. O particular não conta com o aparato de que dispõe a Secretaria de Patrimônio da União – SPU para atestar com certeza total se o imóvel que está adquirindo se situa ou não em terreno de marinha, sobretudo quando a própria Administração não providenciou a demarcação que lhe competia promover.

Mais do que uma prova diabólica, esta é uma prova demoníaca, porque o particular nem sempre conta com os recursos necessários para produzir esta prova, quer no que diz com o aspecto financeiro, quer no que diz com a especialidade dos conhecimentos exigidos para tanto. Nesse contexto, a Administração se locupletaria de sua inação em demarcar, porque, mesmo sem cumprir com o seu dever, prejuízo nenhum lhe adviria, na medida em que o particular não conseguiria afastar a presunção de veracidade e legitimidade que milita em favor de suas asserções, com evidente menoscabo ao direito fundamental à moradia.

Por outros termos, teríamos um contexto de enriquecimento sem causa da Administração, pois que se tomariam por bens públicos imóveis que, em realidade, jamais foram objeto de estudos demarcatórios por parte do Poder Público. Cabe à Administração realizar a demarcação dos terrenos de marinha, mas o Poder Público muitas vezes não adota as providências que lhe competia adotar nessa seara. Ainda assim, a Administração tem se beneficiado indevidamente deste cenário, a partir de presunções que militam em seu favor e que muitas vezes não podem ser desfeitas pelos particulares.

No caso dos autos, constato que a fração ideal de 50% do imóvel objeto do litígio pertencia originariamente à empresa Orla Imóveis S/A, que prometeu vender tal fração ideal ao casal José Ruas Vaz e Maria Manuela Dinis Lopes Figueiredo Vaz. O casal em referência, de seu turno, vendeu a fração ideal adquirida para outro casal, a saber, para Huang Tsai Mei Shih e Chin Piao Huang, que passaram a exercer sua posse sobre o imóvel. Com o falecimento de Chin Piao Huang, o imóvel foi transferido por herança ao seu filho Alexandre Huang, que passou a exercer a posse sobre o dito bem.

O autor da ação de usucapião logrou trazer aos autos a documentação comprobatória da transferência realizada por José Ruas Vaz e Maria Manuela Dinis Lopes Figueiredo Vaz para Huang Tsai Mei Shih e Chin Piao Huang (ID 146489042, páginas 42-45) em 25 de janeiro de 1983, assim como a Escritura Pública de Sobrepartilha do Espólio de Chin Piao Huang que demonstra que a fração ideal do imóvel objeto do litígio passou a integrar apenas o seu patrimônio (ID 146489042, páginas 46-52).

Ademais, como forma de comprovar a sua posse mansa e pacífica, o autor carrou aos autos farta documentação que inclui contas de luz que vinham no nome de seu pai, em cuja posse prosseguiu (ID 146489042, páginas 55-59); guias de recolhimento de IPTU que vinham no nome de sua mãe, acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento (ID 146489042, páginas 61-68); guias de recolhimento das Taxas de Ocupação com os respectivos comprovantes de pagamento (ID 146489043, páginas 2-6); declaração do condomínio no sentido de

que Alexandre Huang é de fato o proprietário do apartamento e não possui nenhum débito condominial (ID 146489043, página 7); telas do sistema informatizado da Justiça Estadual a comprovar que nenhum processo foi instaurado contra si ou contra os possuidores anteriores tendo por objeto o imóvel alvo da usucapião (ID 146489043, páginas 9-20); e, por fim, declarações de anuência de sua mãe e seus irmãos afirmando que não se opunham à pretensão de usucapir dito bem (ID 146489043, páginas 21-23).

De mais a mais, sublinho que os interessados, mesmo citados, não opuseram resistência à pretensão do autor de usucapir o imóvel, circunstância a reforçar o fato de que a posse, para além de duradoura, é mansa, pacífica e sem contestação de terceiros, exceção feita ao Poder Público, que justifica a sua resistência na alegação de localização da área em terreno de marinha, fundamento já afastado acima. Sendo assim, a hipótese é a de se reconhecer a usucapião em favor do autor, tendo em vista que a sua posse, somada à posse de seus antecessores, supera, em muito, o prazo da usucapião prevista pelo art. 1.238 do Código Civil de 2002, tanto o de 15 anos previsto pelo *caput*, quanto o decenal previsto pelo parágrafo único.

Constatada a posse do autor, não há como se alegar o fato de que o imóvel estaria situado parcialmente em terreno de marinha, sob o regime de ocupação, para que se impeça a concessão da titulação imobiliária. Seria o caso, então, de se conceder a usucapião do domínio pleno em seu favor, sem prejuízo de a União regularizar o domínio útil do particular, na forma de procedimento administrativo próprio para tal fim (artigos 9º e seguintes do Decreto-Lei n. 9.760/1946, com garantia do devido processo legal e ao contraditório). Contudo, o próprio apelante ajustou seu pedido para postular apenas a usucapião do domínio útil (ID 146489061, página 20), não havendo como se conceder mais do que o requerido pela parte, sob pena de se ter um provimento *ultra petita*.

Pelo exposto, divergindo do eminente Relator, voto por dar provimento ao recurso de apelação interposto, para o fim de, reformando a sentença vergastada, reconhecer a usucapião do domínio útil do imóvel objeto dos autos, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5008587-79.2019.4.03.6000

Parte Autora: HERCULANO DUARTE COELHO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/07/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECORRIDO O PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. VIA ADEQUADA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por idade urbana em 27.08.2019, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS além do prazo legal, sendo que até a data da impetração deste *mandamus* (04.10.2019) a autarquia ainda não havia proferido decisão, encontrando-se o processo administrativo ainda “em análise”.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados consoante expressa disposição do art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos.

4. Ademais, consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei 9.784/99 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

6. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

7. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, verificando-se no caso o descumprimento de normas legais e a violação aos princípios da legalidade, da razoável duração do processo, da eficiência na prestação de serviço público, sujeitando-se, portanto, ao controle jurisdicional visando a reparação de lesão a direito líquido e certo.

8. Por derradeiro, não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.
9. Remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança impetrado por *HERCULANO DUARTE COELHO*, objetivando seja determinado à autoridade impetrada – *CHEFE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) DA AGÊNCIA DE CAMPO GRANDE-MS*, que proceda à análise imediata do pedido administrativo feito pelo impetrante. Requereu, ainda, seja deferido pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, bem como pugnou pelos benefícios da justiça gratuita. Atribuído pela impetrante o valor da causa de R\$998,00 (novecentos e noventa e oito reais) (Id 153752262).

Na decisão (Id 153752275) foi deferido o benefício de gratuidade de justiça, tendo sido a análise do pedido de liminar postergada para após a vinda das informações.

O INSS manifestou interesse em ingressar no feito (Id 153752278) com base no art. 7º, II, da Lei 12.016/2009.

Após informações do INSS, sobreveio decisão (Id 153752584) que deferiu a liminar, determinando ao impetrado que proceda à análise do pedido administrativo formulado pelo impetrante, entendendo ser razoável conceder à autoridade impetrada o prazo de 30 dias para proferir a decisão.

O MPF apresentou parecer, informando que não existe interesse em se manifestar sobre o mérito, pugnando pelo prosseguimento do feito (Id 153752589).

Regularmente processado o feito, o MM. Juiz “a quo” *CONCEDEU A SEGURANÇA*, para determinar que a autoridade impetrada proceda à análise do pedido administrativo de aposentadoria por idade protocolizado pelo impetrante em 27/08/2019, dando por resolvido o mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC. Custas “ex lege”. Indevidos honorários advocatícios nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009 (Id 153752593).

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 14, § 1º, Lei 12.016/2009).

Ciente da sentença o MPF e decorrido o prazo para interposição de recurso voluntário pela autoridade impetrada, subiram os autos a esta Corte.

Por sua vez, instado em segunda instância, o *Parquet* pugna pelo improvimento da remessa necessária (Id 153827392).

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por idade urbana em 27.08.2019, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS além do prazo legal, sendo que até a data da impetração deste *mandamus* (04.10.2019) a autarquia ainda não havia proferido decisão, encontrando-se o processo administrativo ainda “em análise”.

Cumprе ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados consoante expressa disposição do art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional 45/04.

Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos.

Ademais, consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

O art. 49 da Lei 9.784/99 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, verificando-se no caso o descumprimento de normas legais e a violação aos princípios da legalidade, da razoável duração do processo, da eficiência na prestação de serviço público, sujeitando-se, portanto, ao controle jurisdicional visando a reparação de lesão a direito líquido e certo.

Na esteira desse entendimento transcrevo julgado desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PELO NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coato viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.
2. Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.
3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, verbis: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

4. Remessa Oficial não provida.

(RemNecCiv, Pje proc nº 5003291-80.2019.4.03.6128/SP; Rel. Des. Fed. ANTONIO CARLOS CEDENHO; Terceira Turma; j.: 19/03/2020; Intimação via sistema data: 20/03/2020).

Por derradeiro, não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5014887-48.2019.4.03.6100

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO
 Apelada: VASCONT ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E CONDOMÍNIOS LTDA.
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/07/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO. EMPRESA QUE ATUA NA ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS, INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA, VENDA E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. REGISTRO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO C. STJ E DESTA CORTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Nos termos do disposto no artigo 1º, da Lei nº 6.839/80, a exigência de registro em conselho profissional está subordinada à atividade básica da empresa ou em relação àquela pela qual presta serviços a terceiros.
2. A Autora tem por objeto social a atividade de administração de condomínios, intermediação de mão de obra, venda e locação de imóveis.
3. A Lei nº 4.769/65, assim como o Decreto nº 61.934/67, não fazem menção à atividade da Apelada, incabível, portanto, qualquer penalidade por ausência de registro perante o Conselho Regional de Administração.
4. Mister se faz salientar, que o exercício da administração de condomínios não se relaciona com as atividades próprias do administrador e não implica necessidade de inscrição perante o Conselho Regional de Administração.
5. Não sendo a administração atividade preponderante exercida pela Autora, não está ela obrigada ao registro no CRA. Precedentes do C. STJ e desta Corte.
6. Inexigível pois, o registro, sendo de rigor a anulação de auto de infração lavrado pelo Réu.
7. Apelação do Conselho Regional de Administração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do Conselho Regional de Administração, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), no que foi acompanhada pelos votos do Des. Fed. MARCELO SARAIVA e do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):
 Trata-se de ação em rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, em que VAS-

CONT ADMINISTRACAO DE IMOVEIS E CONDOMINIOS LTDA., pretende obter a anulação de auto de infração c/c a declaração de inexistência de relação jurídica, em face do CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO CRA/SP.

Requer a concessão de tutela de urgência para suspender a cobrança da multa imposta pelo conselho profissional e determinar que a Ré se abstenha de inscrever a empresa Autora no CADIN ou qualquer outro órgão de proteção ao crédito, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A Autora relatou que possui como objeto social a administração de condomínios e a intermediação na compra, venda e locação de imóveis, conforme cláusula terceira de seu contrato social.

Aduziu que foi notificada pelo Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo para efetuar seu registro perante tal órgão, sob pena de multa pecuniária. Afirmou, ainda, que apresentou defesa prévia e interpôs recurso administrativo contudo, ambos foram rejeitados, acarretando a lavratura do auto de infração nº 009312 e a imposição de multa no valor de R\$ 4.072,97 (quatro mil e setenta e dois reais e noventa e sete centavos).

Foi dado à causa o valor de R\$ 4.072,97 (quatro mil e setenta e dois reais e noventa e sete centavos).

A tutela de urgência foi parcialmente deferida.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado pela Autora, resolveu o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, e confirmou a tutela de urgência deferida para declarar nulo o auto de infração nº 009312, lavrado nos autos do processo nº 012782/2018.

Determinou que o Conselho Regional de Administração de São Paulo cancele o referido auto de infração e a respectiva multa no valor de R\$ 4.072,97 (quatro mil e setenta e dois reais e noventa e sete centavos).

Declarou a inexigibilidade de inscrição da Autora junto ao Conselho Regional de Administração – CRA-SP, com fundamento no exposto na r. sentença. Condenou a Ré ao reembolso das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC.

Irresignado, requer o Apelante seja dado provimento à apelação, sob o argumento de que os serviços prestados pela Apelada atrairiam a obrigatoriedade de registro no CRA, pois se enquadrariam no campo da Administração, nos termos artigo 2º, *a e b*, da Lei nº 4.769/65.

Sustenta que a Apelada possui como objeto social, conforme consta do Instrumento de Alteração Contratual, registrado em 03.07.2009, na Cláusula Terceira, que a sociedade terá como objeto social a administração de condomínios, a intermediação na compra, venda e locação de imóveis.

Destaca que o comprovante de inscrição e de situação cadastral emitida pela RFB, constaria como descrição de sua atividade econômica principal, a gestão e administração da propriedade imobiliária, o que seria atividade típica e exclusiva de administrador, presente na Lei nº 4.769/65, que, conjugada com o artigo 1º, da Lei nº 6.839/1980, atrairia a obrigatoriedade de registro nos quadros do CRA – SP.

Sustenta que as atividades da Apelada como às de administração e assessoria à condomínios bem como a gestão e administração da propriedade imobiliária e bens de terceiros, estariam inseridas na Lei nº 4.769/65, notadamente nos campos elencados no artigo 2º e, dessa forma, seria imprescindível o registro nos quadros da Autarquia, bem como o pagamento de anuidades dele decorrentes.

Requer seja dado provimento à apelação, com a reforma da r. sentença, para determinar o registro da Apelada nos quadros do conselho Apelante.

Sem contrarrazões, remeteram-se os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O apelo não merece provimento.

Nos termos do artigo 1º, da Lei 6.839/80, o critério que define a obrigatoriedade do registro das empresas perante os Conselhos de Fiscalização profissional é a atividade básica desenvolvida ou a natureza dos serviços prestados a terceiros:

“Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

O exercício da profissão de Técnico de Administração está previsto na Lei nº 4.769/65, que dispõe, em seu artigo 2º, as atividades características desta profissão:

“Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, mediante:

- a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;
- b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da Administração, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos.”

O Decreto nº 61.934/67, que regulamenta a Lei nº 4.769/65, dispõe no art. 3º sobre a atividade profissional:

“Art 3º A atividade profissional do Técnico de Administração, como profissão, liberal ou não, compreende:

- a) elaboração de pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens e laudos, em que se exija a aplicação de conhecimentos inerentes as técnicas de organização;
- b) pesquisas, estudos, análises, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos de administração geral, como administração e seleção de pessoal, organização, análise métodos e programas de trabalho, orçamento, administração de matéria e financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais bem como outros campos em que estes se desdobrem ou com os quais sejam conexos;
- c) o exercício de funções e cargos de Técnicos de Administração do Serviço Público Federal, Estadual, Municipal, autárquico, Sociedades de Economia Mista, empresas estatais, paraes-

- tatais e privadas, em que fique expresso e declarado o título do cargo abrangido;
- d) o exercício de funções de chefia ou direção, intermediária ou superior assessoramento e consultoria em órgãos, ou seus compartimentos, de Administração Pública ou de entidades privadas, cujas atribuições envolvam principalmente, aplicação de conhecimentos inerentes as técnicas de administração;
- e) o magistério em matéria técnicas do campo da administração e organização.”

In casu, o contrato social da Autora descreve a sua atividade como a administração de condomínios, a intermediação na compra, venda e locação de imóveis como atividade fim. Desse modo, é possível concluir que a Autora não é sociedade empresária que tem como objeto social a exploração de atividade de administração tão somente.

Como bem lançado na r. sentença de piso, a jurisprudência desta E. Corte é pacífica, no sentido da desnecessidade de inscrição junto ao Conselho Regional de Administração, das pessoas jurídicas cujo objeto social seja a “*administração de condomínios*” e que já estejam inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, como no caso da Autora.

Não se pode concluir que, sendo a administração uma das atividades desempenhadas por empresa que se dedique à gestão de condomínios, à intermediação na compra, venda e locação de imóveis, como atividade a ser exercida exclusivamente por profissionais de administração, devendo-se assim ser afastada a obrigatoriedade de inscrição da empresa nos quadros do Conselho Réu.

Qualquer sociedade empresarial pode exercer atividades de administração. Todavia, essas atividades são inerentes à administração da sociedade, constituindo atividade-meio para o alcance de seu fim social.

Uma coisa são as atividades praticadas pela empresa no seu dia a dia, que podem ter características de administração. Outra são as atividades-fim das empresas, que no caso em apreço não possuem nenhuma relação com as exercidas pelo profissional de técnico de Administração.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça entende que o critério legal para obrigatoriedade de registro em conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. Confira-se o julgado, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE IMOBILIÁRIA NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL. NÃO OBRIGATORIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 6.839/80.

1 - Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 6.839/80, solidificou-se o critério da obrigatoriedade de registro das empresas ou entidades nos Conselhos somente nas hipóteses em que sua atividade básica decorra do exercício profissional ou em razão da qual prestem serviços a terceiros. A atividade-fim deve preponderar como critério no momento de se fazer o registro no Conselho competente a fim de que possa ser submetida posteriormente ao seu controle e fiscalização.

2 - “*In casu*”, por tratar-se de uma imobiliária que dedica-se à locação, compra e venda de imóveis e administração de condomínios, pode-se concluir que sua atividade básica não correspondente àquela elencada no art. 3º do Decreto 61.934/67, razão pela qual não pode a mesma ser submetida à fiscalização da entidade responsável pela defesa e disciplina do exercício da profissão de Técnico de Administração.

3 - Recurso especial improvido.” (grifo nosso)

(REsp 181.089/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/1998, DJ 23/11/1998, p. 140)

Insta consignar que, tanto a Lei nº 4.769/65, como o Decreto Regulamentador nº 61.934/67, não fazem menção à atividade da Apelada, incabível, portanto, qualquer penalidade por ausência de registro perante o Conselho Regional de Administração.

Para que haja a incidência dos referidos dispositivos legais, não pode ser aplicada a abrangência pretendida pelo Apelante, devendo a fiscalização dirigir-se para uma área específica, caso contrário, todas as empresas, independentemente do ramo de atividade, estariam sujeitas ao registro perante o Conselho Réu, já que a administração está presente, mesmo que em proporções menores, em qualquer negócio.

Mister se faz salientar que o exercício da administração de condomínios não se relaciona com as atividades próprias do administrador e não implica necessidade de inscrição perante o Conselho Regional de Administração.

Nesse sentido trago os precedentes desta Corte:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. LEI 6.839/1980. ATIVIDADE-BÁSICA. IMOBILIÁRIA. INTERMEDIACÃO NA COMPRA, VENDA, HIPOTECA, PERMUTA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E CONDOMÍNIOS. REGISTRO. DESNECESSIDADE.

1. O critério previsto para definir a obrigatoriedade quanto ao registro e contratação de responsável técnico, por especialização, encontra-se fixado na Lei 6.839/1980, que considera, para tanto, a atividade básica ou natureza do serviço prestado. Tanto o registro profissional como a contratação de responsável técnico, habilitado na área específica, somente são exigíveis se a empresa ou pessoa jurídica desenvolva a sua atividade básica ou preste serviço na área de administração.

2. *Na espécie, o contrato social revela que a atividade-básica exercida pela empresa é a de “intermediação na compra, venda, hipoteca, permuta, locação, administração de imóveis, administração de condomínios, incorporação e loteamento”.* O comprovante de inscrição e de situação cadastral da autora no CNPJ aponta como atividade econômica principal a “corretagem na compra e venda e avaliação de imóveis”, e como atividades econômicas secundárias a “gestão e administração da propriedade imobiliária”.

3. É possível verificar, mesmo considerando o descritivo mais amplo do objeto social, que prevalece, como básica, atividade que não se enquadra dentre as relacionadas no artigo 2º da Lei 4.769/1965 e, pois, não obriga a empresa a registrar-se ou manter responsável técnico registrado no CRA.

4. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º, 8º e 11, do Código de Processo Civil.

5. *Apelação desprovida.* (grifo nosso)

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000662-73.2017.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 27/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/02/2021)

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO DA EMPRESA CUJA ATIVIDADE BÁSICA NÃO SE ENQUADRA NO RAMO DA ADMINISTRAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS. NÃO OBRIGATORIEDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

- A respeito da inscrição de pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional, a Lei nº 6.839/80, em seu art. 1º, estabelece: “Art. 1º. O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

- Conforme entendimento firmado no âmbito do STJ é a atividade preponderante desenvolvida na empresa que determina a qual conselho profissional deverá submeter-se.
- *Nos termos do Contrato Social juntado aos autos, o objeto social da empresa é “a administração de condomínios”.*
- Tanto a Lei nº 4.769/65, bem como o Decreto Regulamentador nº 61.934/67, não fazem qualquer menção à atividade preponderante da autora, incabível, portanto, qualquer penalidade por ausência de registro perante o Conselho Regional de Administração.
- Frise-se que o exercício da administração de condomínios não se relaciona com as atividades próprias do administrador e não implica necessidade de inscrição perante o Conselho Regional de Administração. Precedentes.
- *Apelação provida.” (grifo nosso)*
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018188-37.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 31/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/02/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LITISCONSÓRCIO. DESCABIMENTO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – CRA/SP. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO. LEI Nº 4.769/65. SENTENÇA MANTIDA.

- Não merece guarida a preliminar de necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com o CRECI, apresentado pelo ora apelante nas informações prestadas, dado que o eventual acolhimento do pedido inicial não lhe acarretará qualquer prejuízo, como consignado pelo Juízo *a quo*. Outrossim, a preliminar de falta de interesse de agir quanto ao pleito de reconhecimento da desnecessidade de inscrição, sob o fundamento da ausência de apresentação do instrumento contratual da empresa apelada, diz respeito ao mérito, como também assinalado na sentença. Ademais, foram acostadas aos autos cópias do referido documento, bem como do auto de infração lavrado pelo CRA/SP.
- No caso concreto, o documento registrado sob id 6490696 (contrato social) demonstra que a empresa/autora tem por objeto social a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária (6821-8); administração imobiliária e de condomínios prediais (6822-6) e quaisquer outras atividades inerentes ao ramo imobiliário, regulamentadas pelo CRECI. Constata-se que sua atividade-fim não se enquadra naquelas previstas no artigo 2º da Lei nº 4.769/65, motivo pelo qual não se encontra forçada ao registro no CRA. Tal obrigatoriedade recai apenas sobre as empresas que têm como finalidade principal o exercício profissional da administração, nos termos da norma citada e do artigo 1º da Lei nº 6.839/80, que estabelece a necessidade de registro no conselho profissional com base na atividade básica do estabelecimento. Cabe frisar, ademais, que o exercício da administração de condomínios não se relaciona com aqueles próprios do administrador e não implica obrigação de inscrição perante o Conselho Regional de Administração. Precedentes.
- Aplica-se o mesmo entendimento no que se refere às demais atividades exercidas pela empresa, conforme jurisprudência.
- *Recurso de apelação e reexame necessário a que se nega provimento.” (grifo nosso)*
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5012491-69.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 30/08/2019, Intimação via sistema DATA: 05/09/2019)

Não sendo a administração a atividade preponderante exercida pela Autora, não está ela obrigada ao registro no CRA e de rigor, a anulação do auto de infração indicado na inicial, mantendo-se a r. sentença em seus exatos termos.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação do Conselho Regional de Administração.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5026755-53.2020.4.03.0000

Agravante: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

Agravada: HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA.

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DJEN 14/07/2021

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA EM AEROPORTO. COVID-19. SUSPENSÃO E PRORROGAÇÃO CONTRATUAIS. AGRAVO DA INFRAERO NÃO PROVIDO.

- Trata-se, na origem, de ação ordinária intentada por HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA., objetivando a revisão das cláusulas do contrato de concessão firmado entre as partes, em decorrência dos impactos causados pela pandemia da COVID-19.

- Na ação originária, a ora agravada sustenta que a pandemia e as medidas de restrição de deslocamento de pessoas afetaram consideravelmente o contrato, sendo necessária a intervenção judicial diante da suposta inflexibilidade da Infraero em negociar condições adequadas ao pactuado tendo em vista, inclusive, a existência no contrato de um “colchão de liquidez” que o permite suportar, emergencialmente, os efeitos da crise.

- A tutela de urgência foi deferida para determinar que *“a ré se abstenha de exigir a parcela fixa a partir de 20 de março de 2020, cobrando apenas o montante variável, na forma do contrato” e consignando que “para além de uma excessiva onerosidade, a exigência da prestação fixa, tal como avençada, não se tornou especialmente gravosa por força de evento imprevisível, mas tornou-se desprovida de sentido a cláusula que prevê um valor fixo quando razões externas e irresistíveis tornam írrita a fonte da qual emergiriam os valores a custear o elevado montante invariável a ponto de tornar-se impossível economicamente realizar o adimplemento”*.

- Destaco que, com relação à aplicabilidade da Lei n. 8.666/1993, em sede de juízo preliminar de cognição atinente à medida liminar pleiteada na origem, anota Marçal Justen Filho que *“Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666/93 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas. Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal. (...)”* (Estatuto Jurídico da Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016). No caso concreto, nem o edital nem o contrato firmado entre as partes faz alusão direta ou indireta à Lei n. 8.666/93, apenas mencionando a aplicabilidade da Lei n. 13.303/2016, razão pela qual não se justifica a aplicação do instituto derogado, como pretende a recorrente.

- Superados tais aspectos, anoto que de fato, os impactos da pandemia da COVID-19 foram severamente sentidos na aviação civil e nos seus serviços correlatos de exploração comercial.

- Ainda que a Infraero não tenha se omitido e tenha adotado ações para contornar a situação excepcional decorrente da pandemia COVID-19, e para fins de análise da liminar que foi pleiteada na ação de origem, observa-se que soluções propostas, no contrato em análise, foram insuficientes para readequar e balancear as condições contratuais (Ofícios Circulares nº SEDE-OFC-2020/00021 e nº SEDE-OFC-2020/00129 constantes nestes autos - Ids 143020522 e 143020524).
- Nos termos do que bem anotou o Juízo “a quo”, a modificação do panorama econômico não só é superveniente à contratação, como decorre de causa imprevisível, e ao menos “a priori”, torna descabida a exigência de uma prestação fixa durante período em que o aeroporto onde ocorre a prestação do serviço de estacionamento esteve com movimento muito reduzido, situação que ainda remanesce.
- A prestação fixa, nos termos em que estabelecida, torna o contrato, nas condições financeiras e econômicas durante o período de pandemia, impraticável, pois *“irrita a fonte da qual emergiriam os valores a custear o elevado montante invariável a ponto de tornar-se impossível economicamente realizar o adimplemento. Se a concessão da área em si resta seriamente prejudicada pelas medidas sanitárias, deixa de ter sentido o direito do concedente de perceber parte dos frutos obtidos pelo concessionário quando tal colheita vem sendo possível em proporção tão diminuta. A exigência da parcela fixa somente faz sentido quando é gerado um rendimento ou quando, por culpa do concessionário, não se extrai o rendimento esperado.”*
- A proposta ofertada pela concedente, que reduzia pela metade o valor da prestação fixa, igualmente mostra-se incapaz de restabelecer a exequibilidade do contrato e das prestações e contraprestações estabelecidos.
- Nos termos do que anotou a decisão agravada, o risco sequer imaginado pelas partes não pode ser antecipadamente assumido como da responsabilidade de alguma delas.
- A agravada demonstrou ainda boa fé, tendo colacionado apólice de seguro garantia, garantindo a reversibilidade da medida deferida liminarmente (doc id. 143309759)
- Daí porque, para fins de análise não exauriente, o pagamento de valor fixo mensal não se justifica. A medida liminar concedida, tendo por fundamento a situação econômica atual decorrente da pandemia COVID-19, deve ser oportunamente reanalisada e revista, tendo em conta a retomada da economia e da superação da crise sanitária, tendo em conta inclusive a duração do processo.
- Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária em face da decisão que, em sede ação ordinária, concedeu a

tutela de urgência para determinar que a ora agravante se abstenha de exigir a parcela fixa a que se refere o contrato administrativo firmado entre as partes, a partir de 20 de março de 2020, em decorrência dos impactos causados pela pandemia COVID-19, cobrando apenas o montante variável previsto contratualmente.

Alega a agravante, em síntese, que desde o início da pandemia a Infraero, dentro de sua competência e capacidade financeira e operacional, vem adotando todas as medidas possíveis para minorar e compartilhar os prejuízos sofridos pelos concessionários dos aeroportos que administra. Sustenta que o contrato de concessão de uso de área celebrado entre as partes deve ser analisado à luz da Lei nº 8.666/93, não sob a ótica do Código Civil. Relata que as atividades da agravada nunca foram interrompidas, eis que o Aeroporto de Congonhas não paralisou suas atividades durante o estado de pandemia. Aduz, ainda, a existência de *periculum in mora* em reverso, tendo em vista os impactos financeiros sofridos pela Infraero.

As partes relataram a impossibilidade de conciliação em Primeiro Grau.

A agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Trata-se, na origem, de ação ordinária intentada por HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA., objetivando a revisão das cláusulas do contrato de concessão firmado entre as partes, em decorrência dos impactos causados pela pandemia da COVID-19.

Na ação originária, a ora agravada sustenta que a pandemia e as medidas de restrição de deslocamento de pessoas afetaram consideravelmente o contrato, sendo necessária a intervenção judicial diante da suposta inflexibilidade da Infraero em negociar condições adequadas ao pactuado tendo em vista, inclusive, a existência no contrato de um “colchão de liquidez” que o permite suportar, emergencialmente, os efeitos da crise.

A tutela de urgência foi deferida para determinar que *“a ré se abstenha de exigir a parcela fixa a partir de 20 de março de 2020, cobrando apenas o montante variável, na forma do contrato” e consignando que “para além de uma excessiva onerosidade, a exigência da prestação fixa, tal como avençada, não se tornou especialmente gravosa por força de evento imprevisível, mas tornou-se desprovida de sentido a cláusula que prevê um valor fixo quando razões externas e irresistíveis tornam írrita a fonte da qual emergiriam os valores a custear o elevado montante invariável a ponto de tornar-se impossível economicamente realizar o adimplemento”*.

Pois bem.

Destaco que, com relação à aplicabilidade da Lei n. 8.666/1993, em sede de juízo preliminar de cognição atinente à medida liminar pleiteada na origem, anota Marçal Justen Filho que *“Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666/93 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas. Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal. (...)”* (Estatuto Jurídico da Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016).

No caso concreto, nem o edital, nem o contrato firmado entre as partes, fazem alusão direta ou indireta à Lei n. 8.666/93, apenas mencionando a aplicabilidade da Lei n. 13.303/2016, razão pela qual não se justifica a aplicação do instituto derogado, como pretende a recorrente.

Superados tais aspectos, anoto que de fato, os impactos da pandemia da COVID-19 foram severamente sentidos na aviação civil e nos seus serviços correlatos de exploração comercial.

Ainda que a Infraero não tenha se omitido e tenha adotado ações para contornar a situação excepcional decorrente da pandemia COVID-19, e para fins de análise da liminar que foi pleiteada na ação de origem, observa-se que soluções propostas, no contrato em análise, foram insuficientes para readequar e balancear as condições contratuais (Ofícios Circulares nº SEDE-OFC-2020/00021 e nº SEDE-OFC-2020/00129 constantes nestes autos - Ids 143020522 e 143020524).

Nos termos do que bem anotou o Juízo “a quo”, a modificação do panorama econômico não só é superveniente à contratação, como decorre de causa imprevisível, e ao menos “a priori”, torna descabida a exigência de uma prestação fixa durante período em que o aeroporto onde ocorre a prestação do serviço de estacionamento esteve com movimento muito reduzido, situação que ainda remanesce.

A prestação fixa, nos termos em que estabelecida, torna o contrato, nas condições financeiras e econômicas durante o período de pandemia, impraticável, pois *“irrita a fonte da qual emergiriam os valores a custear o elevado montante invariável a ponto de tornar-se impossível economicamente realizar o adimplemento. Se a concessão da área em si resta seriamente prejudicada pelas medidas sanitárias, deixa de ter sentido o direito do concedente de perceber parte dos frutos obtidos pelo concessionário quando tal colheita vem sendo possível em proporção tão diminuta. A exigência da parcela fixa somente faz sentido quando é gerado um rendimento ou quando, por culpa do concessionário, não se extrai o rendimento esperado.”*

A proposta ofertada pela concedente, que reduzia pela metade o valor da prestação fixa, igualmente mostra-se incapaz de restabelecer a exequibilidade do contrato e das prestações e contraprestações estabelecidos.

Nos termos do que anotou a decisão agravada, o risco sequer imaginado pelas partes não pode ser antecipadamente assumido como da responsabilidade de alguma delas.

A agravada demonstrou ainda boa fé, tendo colacionado apólice de seguro garantia, garantindo a reversibilidade da medida deferida liminarmente (doc id. 143309759)

Daí porque, para fins de análise não exauriente, o pagamento de valor fixo mensal não se justifica.

A medida liminar concedida, tendo por fundamento a situação econômica atual decorrente da pandemia COVID-19, deve ser oportunamente reanalisada e revista, tendo em conta a retomada da economia e da superação da crise sanitária, tendo em conta inclusive a prolongada duração do processo.

Assim, ao menos neste momento processual, entendo que não se justifica a reforma da decisão agravada.

Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Ambiental



AGRAVO DE INSTRUMENTO

5025722-28.2020.4.03.0000

Agravante: TRANSBRASILIANA - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA S.A.
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 07/06/2021

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AMPLIAÇÃO DA RODOVIA TRANSBRASILIANA. IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE DRENAGEM. PEDIDO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.

1. A ação civil pública é instrumento de grande relevância, na ordem jurídica. O seu manuseio está disciplinado por normas de direito estrito.
2. No caso concreto, as causas e os efeitos, naturais ou humanos, sobre a área controversa, são incertos.
3. A simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer *intervenção ilegítima* - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à *competência constitucional de outras autoridades públicas*.
4. Neste contexto de absoluta incerteza científica e jurídica, a iniciativa dos Ministérios Públicos causa grave prejuízo para a comunidade, pois é certo que cidadãos e empresas são titulares do direito constitucional ao desenvolvimento.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República em Ourinhos/SP, deferiu antecipação de tutela nos seguintes termos (ID 35236963 na origem):

“Trata-se de ação civil pública ambiental proposta há mais de quatro anos pelo MPF contra a OAS Engenharia e Participações Ltda., a CART – Concessionária Auto Raposo Tavares S/A

e Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A. Em suma, o MPF afirma que no entroncamento das rodovias BR 153 (administrada pela Transbrasiliana) e SP 070 (administrada pela CART) localizado no Município de Ourinhos, o sistema de captação e escoamento das águas construído pela empresa OAS (contratada para tanto) vem causando danos ambientais significativos na região, como “aumento da voçoroca, erosão e assoreamento das nascentes”, além de “destruição de várias árvores e plantas nativas, nascentes de água e terra vegetal”. A ação foi proposta no ano de 2016 e, até a presente data, não se encerrou a fase instrutória, estando pendente a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela reiterado pelo MPF depois da vinda aos autos de várias informações técnicas sobre a situação local.

Assim, o Ministério Público Federal, por meio da petição de id n. 34634405, reiterou pedido de tutela de urgência formulado na exordial, de modo a ser reanalisada a decisão de id 24118960 – p. 204/206, sob o argumento de que os fundamentos que levaram ao anterior indeferimento teriam sido superados. É que, por ocasião da primeira audiência realizada no feito – e por mim presidida – o pedido antecipatório foi indeferido porque o laudo pericial que instruiu o inquérito civil precisava ser atualizado, dado que não era contemporâneo à data da propositura da ação.

O MPF alega que, em razão da fiscalização perpetrada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, quando da lavratura do Auto de infração e do Termo de fiscalização nº 20210007-10/2019, teria sido constatado o agravamento da erosão existente junto ao trevo localizado no entroncamento das rodovias SP-270 e BR-153, em Ourinhos-SP. Aduz que, na ocasião, fora descartada a hipótese de os agricultores responsáveis pela propriedade rural circunvizinha ao citado trevo terem contribuído para formação da erosão e de que, diante do estágio avançado da erosão, o próprio trevo corre risco de sofrer danos em sua estrutura, o que justificaria a necessidade de serem realizadas de imediato às obras de contenção da erosão referida. Também ressalta que as responsabilidades das rés estão bem delineadas, pois o processo erosivo seria decorrente das águas pluviais captadas no trevo.

Além disso, argumenta que o princípio da irreversibilidade da tutela de urgência não pode ser visto de forma absoluta, devendo ser aplicado dentro de um critério de proporcionalidade no caso concreto. Ademais, aduz que, ao final da demanda, especificadas as responsabilidades das partes litigantes, eventuais prejuízos, podem ser resolvidos em perdas e danos.

Assim, sustenta que estariam superados os motivos que impediram a concessão inicial da liminar requerida, devendo ser deferida a citada medida requerida na exordial. Alternativamente, em caso de indeferimento, requereu a realização de inspeção judicial na área afetada, nos termos dos artigos 481 a 485, CPC/15.

Por meio da decisão de id n. 34779907, foi deferida a prévia realização de inspeção judicial, tendo este magistrado se deslocado até o local dos fatos e constatado *in loco* a situação. Cópia do auto da inspeção judicial realizada pelo Juízo foi acostada aos autos (id n. 35236223).

Na sequência, foi aberta conclusão para decisão acerca do pedido de tutela de urgência.

É o breve relatório.

Sustenta o autor que a degradação ambiental constatada na área sob litígio é progressiva, o que teria sido demonstrado pelo Auto de Infração e Termo de Fiscalização n. 20210007-10/2019, lavrados pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo.

De acordo com o Auto de Infração n. 20210007-10/2019 (id n. 29955637 – p. 3/4), a corrê Concessionária Auto Raposo Tavares S.A. foi autuada por causar erosão em sulco profundo. E, conforme o correspondente Termo de Fiscalização que o acompanha (id n. 29955637 – p. 5), também foi apurado o que segue:

“Nesta data, foi constatado que as águas pluviais captadas na rodovia e no trevo são canalizadas e despejadas de forma concentrada, sem dissipação de energia eficiente, em propriedade à jusante (Sítio Muraoka), ocasionando danos ao solo agrícola. Observou-se que há contaminação de curso d’água. Conforme Mapa de Delimitação de Responsabilidade da Conservação e Manutenção das Concessionárias, Desenho ANTT n. DE01-153/SP-059-o-f02/001, é evidenciado

área de contribuição de responsabilidade da Concessionária Auto Raposo Tavares S.A.”

Por seu turno, o Termo de Fiscalização n. 2031-001-03, elaborado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento de São Paulo, datado de 04.03.2020, apurou o seguinte:

“Nesta data foi inspecionado o estabelecimento acima identificado, visando levantar dados das áreas de contribuição de responsabilidade das Concessionárias Auto Raposo Tavares S.A. (CART) e Transbrasiliana Concessionária de Rodovias S.A.. Foram constatadas e demarcadas 28 (vinte e oito) bocas de lobo interligadas, onde o principal desembocue se encontra nos pontos 01-B, 10-F, 15-C e 16-B do relatório fotográfico anexado a este termo.

Além das 28 (vinte e oito) bocas de lobo foram constatadas e demarcadas também 15 (quinze) canaletas de direcionamento das águas pluviais nas áreas de responsabilidade de ambas as concessionárias. Pode-se observar que o grande volume de águas pluviais que são captadas e canalizadas no sistema hidráulico do trevo desembocam na área a jusante onde se encontra a erosão.

Atualmente, as áreas limítrofes de produção agrícola onde se encontram instaladas as culturas de mandioca, soja, milho e a área pertencente à Universidade UNIFIO não contribuem com o processo erosivo em questão.

A área onde se encontra a erosão foi demarcada e vistoriada, não se encontrando durante todo o trajeto nenhuma nascente, sendo comunicado pelo produtor aos órgãos responsáveis que esta área não é área de preservação permanente ou Reserva Legal conforme imagens anexadas a este termo obtidas no SICAR (Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural). Ainda, foi observado que o processo erosivo encontra-se ativo em todo o seu trajeto.

Foi averiguado, com a utilização de um cinômetro, que a área onde se encontra a erosão possui uma declividade média de 10% (dez por cento), sendo classificado o relevo como ondulado, o que exige uma atenção maior quanto a utilização das terras e o direcionamento adequado das águas pluviais provenientes do trevo”.

Assim, pretende o Parquet, em sede de tutela de urgência, seja determinado às rés que elaborem e implementem sistema de drenagem, com a construção de galerias para escoamento das águas oriundas do trevo existente entre as rodovias SP-270 e BR-153.

De modo a esclarecer melhor os fatos, foi realizada inspeção judicial (id n. 34779907), em cujo respectivo laudo fora registrado:

“(…).

Lá foi possível verificar o sistema de captação de água desse trecho rodoviário, com tubulações subterrâneas que, segundo nos explicou o engenheiro Osnir presente no local, abrange três bacias de captação hídrica, sendo duas delas provenientes de trechos da BR 153 e apenas uma de trecho da SP 070. Essas três captações de água se concentram todas num único ponto de vazão, que consiste numa tubulação em concreto, aberta ao ar livre, que lança a água captada numa propriedade rural às margens da rodovia - Imagens 3/6.

Próximo ao local foi possível entender como funciona esse sistema de captação de água da rodovia, tendo-se focado a observação em uma “microbacia hídrica” que capta água sedimentada pela chuva no terreno existente no anel viário que faz o trevo de ligação entre as duas rodovias, próximo ao local do dano ambiental discutido nesta ação - Imagens 7/10

Como dito, toda a água captada nesses pontos da rodovia são concentradas num único ponto de vazão, que nos dias de chuva forma um córrego de aproximadamente 800 metros até o curso d’água do rio próximo ao local. Atualmente, pela grande energia concentrada neste ponto de vazão, esse córrego causou grande erosão, formando uma “vossoroca”, quase um “cânion” com uma profundidade de aproximadamente 10 metros por uns 3/4 metros de largura, comprometendo significativamente a área - Imagens 11/13.

(...).”

Destaca-se, de acordo com o termo de fiscalização que acompanha o auto de infração lavrado, que fora consignado que as águas pluviais captadas na rodovia e no trevo são canalizadas e despejadas de forma concentrada, sem dissipação de energia eficiente, o que, conforme pude

aferir quando da inspeção judicial realizada, permitem concluir que o processo erosivo em questão se relaciona com esse ineficiente sistema de dissipação da energia das águas pluviais naquele local.

Há evidente nexo de causalidade entre a vazão das águas pluviais captadas pelo sistema de drenagem do trevo referido e os danos ambientais percebidos na área rural circunvizinha, os quais estão se agravando cada vez mais, desde a propositura da presente demanda há cerca de quatro anos (em 05.08.2016) até a presente data. Em suma, sem uma intervenção judicial específica e imediata, a tendência é o agravamento progressivo dos danos ambientais, fato que já se percebe desde o primeiro estudo que instruiu o inquérito civil no qual se embasou o MPF para propor a presente ação civil pública até o último estudo realizado e acostado aos autos em março do ano corrente.

Note-se que em razão de haver um único ponto de convergência das águas captadas pelo complexo viário, a qual, à evidência, atinge volumes grandiosos e uma força descomunal na vazão hídrica, este tem sido o causador da erosão constatada, conforme se visualiza pelas fotografias de id's ns. 29956862 – p. 21/24 e 35236223 – p. 4/10.

Por isso, o decurso do tempo sem que tenham sido tomadas providências para reparação do dano ambiental verificado e preservação de agravamento de tal dano tem contribuído para que o processo erosivo se agrave cada vez mais.

Acerca da ação do tempo como fator determinante para ocorrência do dano ambiental e do seu agravamento, convém trazer à lume o julgado do c. STJ, o qual pontua:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. (OITO) OFÍCIOS ENVIADOS PELO MPF A FIM DE INSTRUIR INQUÉRITO CIVIL COM OBJETIVO DE PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CONTENÇÃO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. SILÊNCIO INJUSTIFICADO (PELA DEMORA DE TRÊS ANOS) DA PARTE RECORRIDA. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CARACTERIZAÇÃO. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. INCIDÊNCIA.

1. (...).

15. *Não custa pontuar que, na seara ambiental, o aspecto temporal ganha contornos de maior importância, pois, como se sabe, a potencialidade das condutas lesivas aumenta com a submissão do meio ambiente aos agentes degradadores.*

16. *Tanto é assim que os princípios basilares da Administração Pública são o da prevenção e da precaução, cuja base empírica é justamente a constatação de que o tempo não é um aliado, e sim um inimigo da restauração e da recuperação ambiental.*

17. Note-se, vez mais, que ambos foram amplamente incorporados pelo ordenamento jurídico vigente, ainda que de modo implícito, como deixam crer os arts. 225 da Constituição da República e 4º e 9º (notadamente o inc. III) da Lei n. 6.938/85, entre outros, passando a incorporar o princípio da legalidade ambiental.

18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, a fim de remeter os autos à origem para seqüência da ação de improbidade administrativa.

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1116964 2008.02.50032-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2011 RSTJ VOL.:00237 PG:00667)

Assim, devem ser tomadas medidas, com urgência, para que o agravamento dos danos não se agigante ainda mais a ponto de, eventualmente, comprometer até mesmo a segurança dos usuários das rodovias que se cruzam no trevo aludido, pois, pelas fotografias referidas e pelo que pode este magistrado aferir pessoalmente, já se vê sinais de comprometimento da terra pela erosão causada em razão da vazão única das águas até próximo da malha viária.

Se, por um lado, ainda não fora finalizada a fase de instrução probatória deste processo, com a realização da perícia técnica para apuração dos danos e de suas consequências, por outro lado já existem elementos de prova suficientes nos autos a demonstrarem que o principal causador do dano ambiental verificado é o ineficiente e insuficiente sistema de captação de águas pluviais do entroncamento rodoviário entre as rodovias SP-270 e BR-153.

Nesse ponto, é importante salientar que a Constituição da República assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme disposto em seu artigo 225, a saber: 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.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

E, ainda, sobre a questão da responsabilidade ambiental, o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Desse modo, emerge a responsabilidade civil objetiva dos causadores de danos ambientais e, em consequência, para a aferição da responsabilidade ambiental deve-se demonstrar o nexo causal entre o dano e o ato do poluidor, independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

In casu, ainda em juízo de cognição sumária, porém com profundidade suficiente pautada nas provas já carreadas aos autos, quanto à existência do dano e da responsabilidade ambiental vislumbro a plausibilidade do direito alegado pelo Parquet, na medida em que resta configurado o nexo de causalidade entre a erosão causada na área rural circunvizinha ao trevo rodoviário e o seu sistema de vazão das águas pluviais.

De igual forma, também está caracterizado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, visto que o processo erosivo se agrava cada dia mais, não só comprometendo o solo agrícola, como impactando negativamente o rio onde é desembocada toda a água advinda da vazão única do sistema de captação de águas do trevo em questão, uma vez que leva junto as terras do processo erosivo, assoreando-o.

Logo, é de rigor a concessão da medida liminar pleiteada, para que seja assegurada a realização imediata de obra que contenha a ação devastadora da erosão constatada, de modo a ser construída uma galeria para encanamento das águas pluviais provenientes do trevo rodoviário até serem desembocadas no leito do rio, localizado próximo, a cerca de 800 metros de distância do ponto de vazão de água construído pela OAS.

Todavia, a responsabilidade pela execução da obra, em sede de medida liminar, deve recair sobre a corré CART, uma vez que é a detentora da concessão do trecho da rodovia vizinha à área atingida pelo dano ambiental verificado, consoante se extrai do respectivo contrato de concessão (id's ns. 29956859 – p. 35/52 e 29956861 – p. 1/12); da fotografia juntada no id n. 29956862 – p. 24; do croqui apresentado (id n. 29956862 – p. 25); e, da decisão de id n. 29956862 – p. 26/29.

Em que pese ainda não estar delimitada a extensão do dano ambiental e as eventuais responsabilidades individuais de cada uma das corrés (o que se dará ao término da instrução, por ocasião da prolação de sentença), com base nos princípios ambientais da prevenção e da precaução e, diante dos prejuízos já constatados e da proporção que a erosão tem tomado, implicando em risco à segurança dos usuários das rodovias envolvidas, não resta outra alternativa a ser tomada, em prol da coletividade e do meio ambiente local.

Nesse sentido, o c. STJ esclarece:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESMATAMENTO ILEGAL. CASTANHEIRA (BERTHOLLETIA EXCELSA). TRANSPORTE E COMÉRCIO IRREGULAR DE MADEIRA. ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL. INFRAÇÃO. INTERDIÇÃO/ EMBARGO E SUSPENSÃO ADMINISTRATIVOS, PREVENTIVOS OU SUMÁRIOS, PARCIAIS OU TOTAIS, DE OBRA, EMPREENDIMENTO OU ATIVIDADE. LACRE DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 72, INCISOS VII E IX, DA LEI 9.605/1998. ART. 45 DA LEI 9.784/1999. ART. 70 DA LEI 12.651/2012. LISTA NACIONAL OFICIAL DE ESPÉCIES DA FLORA AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO (PORTARIA 443/2014 DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE). LAVANDERIAS FLORESTAIS. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. (...).

6. *Pelo viés da indispensabilidade e da garantia de implementação legal eficaz, as cautelares administrativas justificam-se tanto quanto as cautelares judiciais. Ambas visam propiciar a total realização da ordem jurídica e evitar o esvaziamento ou a desmoralização cotidianos de direitos e obrigações, sobretudo os de ordem pública, pela natural demora da ação e dos procedimentos ordinários da Administração, que são dotados de prazos e ritos talhados para resguardar o contraditório e a ampla defesa do infrator, pilares do Estado de Direito.*

7. *Fundado nos princípios da prevenção e da precaução, o embargo administrativo preventivo (ou sumário) - medida temporária de restrição da liberdade econômica e de prevalência do interesse público sobre o privado, financeiro ou não - impõe-se como instrumento cautelar a cargo da Administração para estancar, de imediato, conduta danosa ou que ponha em risco futuro o bem jurídico tutelado pela norma em questão, aplicável não só em infrações permanentes como nas instantâneas. O embargo sumário, total ou parcial, ao paralisar obra, empreendimento ou atividade, impede, além do risco de dano futuro, a continuidade, a repetição, o agravamento ou a consolidação de prejuízos coletivos ou individuais, patrimoniais ou extrapatrimoniais, entre outras hipóteses a disparar sua aplicação.*

8. No embargo preventivo ou sumário, a ampla defesa e o contraditório, embora plena e totalmente abonados, são postergados, isto é, não antecedem a medida administrativa. O se e o quando do levantamento da constrição dependem de prova cabal, a cargo do infrator, de haver sanado integralmente as irregularidades apontadas, de forma a tranquilizar a Administração e a sociedade em face de legítimo e compreensível receio de cometimento de novas infrações, reparando, ademais, eventuais danos causados. Nessas circunstâncias, descabe falar, pois, em ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

9. Assim, consoante o que dispõe o art. 45 da Lei 9.784/1999, nada impede, aliás é de rigor - desde que presentes os requisitos legais ("risco iminente") e cumpridos os procedimentos formais ("motivadamente") -, que a Administração, juntamente com o auto de infração (multa) e sem prévia manifestação do interessado (inaudita altera parte), resguardado, para o futuro, o espaço dialético de defesa e prova, lavre termo de embargo, apreensão e depósito. Ela o faz como medida acautelatória de evidências e do interesse público contra a possibilidade de continuação da conduta ilícita ou de exacerbação tanto do risco de dano futuro, como de degradação já acontecida.

10. (...).

15. Recurso Especial provido. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1668652 2017.00.86149-3, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/02/2019 ..DTPB:.)

Acrescente-se que, eventual compensação financeira com a concessionária da BR-153, Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A., com a Construtora OAS S.A. e, ainda, eventual direito de indenização pelos danos causados à propriedade rural pertencente a Tiaki Muraoka e Yukio Muraoka, serão analisadas por ocasião da prolação da sentença, após a conclusão da perícia técnica que já foi deferida nos autos.

Posto isso, *defiro* o pedido de reiteração da tutela de urgência formulado pelo autor coletivo, o que faço para *determinar à corré CART que realize o encanamento da água advinda do sistema de águas pluviais do trevo rodoviário existente no entroncamento das rodovias BR-153 e SP-270, do único ponto de vazão existente até o leito do Rio Pardo, localizado próximo, devendo comprovar nos autos a conclusão da obra no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no importe de R\$ 20 mil, até a total execução da obra.*

Intimem-se as partes e, na sequência, voltem-me os autos conclusos para decisão sobre a questão dos honorários periciais”.

A r. decisão foi integrada em embargos de declaração (ID 36747362 na origem):

“Trata-se de ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público Federal em face de OAS Engenharia e Participações Ltda., CART – Concessionária Auto Raposo Tavares S/A e Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A.

Em suma, o autor afirma que, no entroncamento das rodovias BR 153 (administrada pela Transbrasiliana) e SP 270 (administrada pela CART) localizado no Município de Ourinhos, o sistema de captação e escoamento das águas construído pela empresa OAS (contratada para tanto) vem causando danos ambientais significativos na região, como aumento da voçoroca, erosão e assoreamento das nascentes, além de destruição de várias árvores e plantas nativas, nascentes de água e terra vegetal.

Dentre outros pedidos, pugna a parte autora pela condenação das rés ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na elaboração e implementação de projeto de drenagem com construção de canaletas nas saídas das captações existentes e construção de galerias de tubo para condução das águas pluviais no local da voçoroca, tendo em vista direcionar as águas pluviais para o novo sistema de captação. Requer, ainda, que o sistema contemple equipamento de dissipação de energia ao final da linha de tubos ou galeria, de sorte a despejar as águas de maneira harmoniosa na área de taboa, lagoa e etc., até que cheguem à margem e leito do Rio Pardo sem causar danos ao solo, mormente em se tratando de área de preservação permanente (Id Num. 24116770 - Pág. 39). O pedido de tutela de urgência foi indeferido por 02 (duas) vezes (Id Num. Num. 24118960 - Pág. 205 e 24119464 - Pág. 101).

Inconformado, o autor interpôs agravo de instrumento, cujo pedido de antecipação de tutela foi indeferido (Id Num. 24119469 - Pág. 9).

O Ministério Público Federal, por meio da petição de id n. 34634405, reiterou pedido de tutela de urgência formulado na exordial.

Por meio da decisão de id n. 34779907, foi deferida a prévia realização de inspeção judicial. Cópia do auto da inspeção judicial realizada pelo Juízo foi acostada aos autos (id n. 35236223). *Na sequência, foi deferido o pedido (reiterado) de tutela de urgência, para determinar à corré CART a realização do encanamento da água advinda do sistema pluvial do trevo rodoviário existente no entroncamento das rodovias BR-153 e SP-270, do único ponto de vazão existente até o leito do Rio Pardo, localizado próximo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no importe de R\$ 20 mil, até a total execução da obra (Id Num. 35236963). Ato contínuo, a corré OAS opôs embargos de declaração, alegando omissão no julgado no tocante à sua ilegitimidade passiva (Id Num. 36097771).*

A corré Concessionária Auto Raposo Tavares S.A também opôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, a fim de que seja revogada a tutela antecipada e realizada perícia técnica na área, seja para apurar a responsabilidade de cada um dos envolvidos, ou para verificar qual a melhor forma de intervenção na área, de modo a assegurar a efetiva recomposição do ambiente natural e evitando o agravamento de danos que já se fazem presentes (Id 36099190). Na oportunidade, apresentou laudo técnico, com sugestão de solução para a área em análise (Id 36099196 – Pág. 24).

Intimado, o Ministério Público Federal pugnou pela manutenção integral da decisão impugnada, sob o fundamento de que as questões alegadas nos embargos de declaração não são suscetíveis de discussão por esta via recursal. (Id Num. 36633615).

É o relatório.

Decido.

Conheço dos embargos porque tempestivos.

Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, no intuito de esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; bem como a fim de corrigir erro material (artigo 1.022, CPC).

Excepcionalmente, os embargos de declaração poderão ter efeitos infringentes, nos termos do parágrafo 2º do art. 1.023 do CPC. Nesse sentido, colaciono os julgados a seguir, proferidos pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região e pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

3. *Embora os embargos de declaração, via de regra, não se prestem à modificação do julgado, essa possibilidade há que ser admitida se e quando evidenciado um equívoco manifesto, de cuja correção também advém a modificação do julgado, como é o caso, sendo certo que foi previamente observada a exigência contida no parágrafo 2º do artigo 1023 do CPC/2015.*

4. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2301701 - 0011763-22.2018.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA, julgado em 29/07/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2019, g.n)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ENQUADRAMENTO OU REENQUADRAMENTO. ATO ÚNICO DE EFEITOS CONCRETOS. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.

1. *Os embargos de declaração têm por escopo sanar decisão judicial eivada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, sendo possível, em hipóteses excepcionais, a atribuição de efeitos modificativos.*

2. Hipótese em que nas razões do agravo interno houve a impugnação dos fundamentos da decisão agravada, razão pela qual não incide a Súmula 182 do STJ.

3. Consoante o entendimento desta Corte, o enquadramento ou reenquadramento de servidor público consubstancia ato único de efeitos concretos, não refletindo uma relação de trato sucessivo, e, por isso, a prescrição atinge o próprio fundo de direito.

4. Embargos acolhidos com efeitos infringentes. Provido o agravo interno do Estado do Paraná para, conhecendo do agravo em recurso especial interposto por Ivone Fontana Amaral, conhecer em parte de seu apelo nobre e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

(EINTARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1172538 2017.02.29973-5, GURGEL DE FARIA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:02/12/2019.DTPB, g.n)

Na ausência das hipóteses legais de cabimento desse recurso, impossível seu acolhimento.

No caso dos autos, a corré OAS opôs embargos de declaração, alegando omissão no julgado no tocante à sua ilegitimidade passiva (Id Num. 36097771).

Contudo, a referida alegação não merece prosperar, já que sua legitimidade passiva restou fundamentadamente reconhecida na decisão Id Num. 24119469 - Pág. 10.

Por outro lado, com razão, em parte, a corré Concessionária Auto Raposo Tavares S.A.

Conforme se depreende dos autos, o pedido de tutela de urgência formulado pelo Ministério Público Federal já foi regularmente apreciado e indeferido por este Juízo em 02 (duas) oportunidades (Id Num. 24118960 - Pág. 205 e 24119464 - Pág. 101).

A partir de uma detida análise da exordial, verifica-se que o Parquet, ciente das implicações da obra pleiteada, pugnou, na petição inicial, pela condenação das requeridas ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na elaboração e implementação de projeto de drenagem, e não na realização imediata de qualquer construção. Ou seja, requereu-se a realização, primeiro, de plano de trabalho, mesmo porque demanda prévia aprovação pelo órgão ambiental competente, acerca da respectiva viabilidade e regularidade perante o arcabouço normativo nacional, antes de sua implementação, sob pena de causar outros prejuízos aos recursos naturais. Assim, não faz parte de seu requerimento a edificação na área objeto dos autos tal como determinado, que, inclusive, é de preservação permanente. In casu, o Ministério Público Federal utilizou-se dos termos do art. 324, parágrafo primeiro, inciso II, do CPC/15, para formular pedido genérico, já que, quando da propositura da ação, e também neste momento processual, não é possível saber, com exatidão, considerando as poucas informações existentes nos autos, qual a medida efetivamente necessária para a recomposição da área degradada, independentemente de quem seja o responsável por efetivá-la, o que apenas poderá ser verificado quando da liquidação de eventual sentença condenatória. Por outro lado, além de não compor os limites da presente demanda, vislumbra-se possíveis consequências danosas para o meio ambiente agora derivadas da obra a ser realizada por determinação judicial, sobretudo na APP.

Acrescente-se, a respeito, que os laudos técnicos colacionados aos autos pela parte autora, elaborados pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo (Id Num. 24116770 - Pág. 219), pelo setor Técnico do Ministério Público do Estado de São Paulo (Id Num. 24117453 - Pág. 53), e pelo setor Técnico do Ministério Público Federal (Id Num. 24119464 - Pág. 67) pouco abordam sobre as obras necessárias à reparação do dano ambiental, embora já alertavam para a necessidade de conferir proteção à área de preservação permanente, sobretudo no caso de construções.

Registre-se, ainda, que a realização de inspeção judicial no local dos fatos não altera a presente conclusão, uma vez que, ainda que fosse possível ao juízo apurar o dano ambiental, o que se admite apenas a título de argumentação, não se vislumbra a expertise necessária à compreensão dos impactos da obra reparadora, que detêm os órgãos ambientais, à medida que o ato judicial não apresenta fundamentação baseada em elementos técnicos-científicos. *Diante de todo o exposto, após analisar detidamente os autos, reconsidero a decisão Id 35236963, a fim de determinar medida cautelar diversa, visto que presentes, como ponderado naquela decisão anteriores, os requisitos para tanto, especialmente diante da necessidade urgente de conferir proteção ao bem jurídico tutelado.*

Nos termos do art. 225, CFRB/88, 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.

Para assegurar a efetividade do referido direito, incumbe ao Poder Público, além de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, 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 (art. 225, parágrafo 1º, incisos I e VII, CFRB/88).

Nesses termos, 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. 225, parágrafo 3º, CFRB/88).

Ademais, o poluidor - a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental - é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. (art. 3º, inciso IV, c/c art. 14, par. 1º, da Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981).

Nesses termos, embora não se faça possível, neste momento, a realização da construção de obra definitiva, ante sua extensão, irreversibilidade e viabilidade controvertida, revela-se proporcional e adequado, a fim de conferir a necessária proteção ao bem jurídico tutelado, até que os fatos possam ser apreciados em juízo de cognição exauriente, determinar que as corrés OAS Engenharia e Participações Ltda., CART – Concessionária Auto Raposo Tavares S/A e Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A realizem as obras mencionadas no laudo técnico Id Num. 36099196 - Pág. 24, dotadas de menor complexidade e reversibilidade, e capazes de, por ora, diminuir a velocidade de escoamento no lançamento final da água, evitando processos erosivos.

Referida medida, a partir de um juízo de razoabilidade, permitirá a adequada defesa do meio ambiente, compatível com o momento processual, até que seja possível apreciar, com a certeza necessária, os fatos narrados na peça vestibular. E, principalmente, haverá a análise técnica pelos órgãos ambientais, na hipótese de procedência, do projeto a ser elaborado pelos vencido(s), de molde a não dar causa a um dano ambiente secundário.

Ainda, restará atendido o princípio ambiental da precaução, observada a proporcionalidade da medida, que impõe ao Poder Público o dever de agir inclusive nos casos de danos ambientais em que não exista certeza científica acerca da respectiva causa.

Nesse sentido, colaciono os julgados a seguir (g.n):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AMBIENTAL - SUSPENSÃO DE LICITAÇÃO E ANULAÇÃO DE CONTRATOS DECORRENTES DA 12ª RODADA DE LICITAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO - LEGITIMIDADE DE PARTE DAS EMPRESAS VENCEDORAS DA LICITAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADES - EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE RECURSOS MINERAIS NÃO CONVENCIONAIS - FRATURAMENTO HIDRÁULICO - TÉCNICA UTILIZADA EM OUTROS PAÍSES - INCERTEZA QUANTO À UTILIZAÇÃO EM SOLO BRASILEIRO, A DEPENDER DOS RESULTADOS OBTIDOS NA FASE EXPLORATÓRIA - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - SUCUMBÊNCIA INVERTIDA - NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85).

(...)

XII - *O princípio da precaução do direito ambiental tem por primazia a proteção do meio ambiente quando a informação científica for insuficiente, inconclusiva ou incerta a respeito dos possíveis efeitos nocivos da atividade.*

(...)

(APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2310955 ..SIGLA_CLASSE: ApelRemNec 0006519-75.2014.4.03.6112 ..PROCESSO_ANTIGO: 201461120065198 ..PROCESSO_ANTI-GO_FORMATADO: 2014.61.12.006519-8, ..RELATORC:, TRF3 - TERCEIRA TURMA, Rel. DE-SEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2019 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E PROPTER REM DO POSSUIDOR. FUNÇÃO SÓCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA LEI N. 12.651/12. INAPLICABILIDADE AO CASO. ATIVIDADE DE PESCA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. Para assegurar a efetividade desse direito, a CF determina ao Poder Público, entre outras obrigações, que crie espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos em todas as unidades da Federação.

- (...)

- Com relação à tutela ambiental, se aplica a responsabilidade objetiva, ou seja, não há espaço para a discussão de culpa, bastando a comprovação da atividade e o nexo causal com o resultado danoso. Tal responsabilização encontra fundamento nos artigos 4º, VII, c/c 14, §1º, ambos, da Lei nº 6.938/81.

- Quanto ao cometimento de danos ambientais e ao dever de repará-los, tem-se que as obrigações decorrentes de eventuais prejuízos ou interferências negativas ao meio ambiente são *propter rem*, possuindo caráter acessório à atividade ou propriedade em que ocorreu a poluição ou degradação. O simples fato de o novo proprietário/possuidor se omitir no que tange à necessária regularização ambiental é mais do que suficiente para caracterizar o nexo causal.

- A Constituição Federal estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, inciso XXIII) e que o Código Civil assinala que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (artigo 1.228, § 1º, da Lei 10.406/02).

- Não se pode negar, portanto, que a função social da propriedade só é observada se utilizada de forma racional, com a preservação do meio ambiente, e se atendidos os objetivos previstos na legislação para cada tipo de área protegida. Desrespeitar uma área definida como de Preservação Permanente, construindo-se, por exemplo, um imóvel no local protegido, significa descumprir sua função ambiental, o que é suficiente para caracterizar o dano ao meio ambiente. Tal prejuízo só pode ser reparado com a destruição do imóvel erguido em local indevido, o que possibilitará a regeneração natural da vegetação originariamente existente e garantirá o retorno da função sócio ambiental daquela propriedade. Precedentes.

- *Mesmo em existindo incerteza quanto aos danos ambientais (o que, frise-se, não é o caso), esta não pode ser imposta como óbice ao deferimento de medidas acauteladoras do meio ambiente, em homenagem ao princípio da precaução. Precedentes.*

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - 503784 ..SIGLA_CLASSE: AI 0010637-34.2013.4.03.0000 ..PROCESSO_ANTIGO: 201303000106372 ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO: 2013.03.00.010637-2, ..RELATORC:, TRF3 - QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/05/2018 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)

Registre-se, ademais, que os custos da obra determinada nesta decisão deverão ser suportados *solidariamente* pelas requeridas, sem prejuízo de, comprovada a ausência de responsabilidade, pleitearem em ação de regresso eventual ressarcimento, já que, no direito ambiental, *os danos causados são de responsabilidade objetiva e solidária*. Nesse sentido, é a jurisprudência:

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. QUIOSQUES IRREGULARES EM PRAIA. DEMOLIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535/CPC. NÃO INDICAÇÃO DA OMISSÃO/OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. SÚMULA 284/STF. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

(...)

4. *Tendo em vista a natureza solidária do dano ambiental, nos termos dos artigos 3º, IV e 14, § 1º, da Lei 3.938/1981, obtempera-se que essa situação jurídica autoriza o ajuizamento da ação em face de qualquer um dos supostos causadores do dano, assegurada sempre a via de regresso* (RESP 1.056.540/GO, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJe 14/9/2009).

5. Cuida-se de litisconsórcio facultativo, haja vista que se encontra pacificado, na jurisprudência do STJ, o entendimento segundo o qual, em se tratando de dano ambiental, mesmo quando presente eventual responsabilidade solidária, não se faz necessária a formação de litisconsórcio (AgInt no AREsp 839.492/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Tur-

ma, julgado em 15/12/2016, DJe 6/3/2017; AgRg no AREsp 13.188/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 24/6/2016 e REsp 1.358.112 / SC, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/6/2013). Por óbvio, garante-se o direito de regresso ao devedor solidário que venha a cumprir a obrigação por inteiro. (...).

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1676477 2017.00.90214-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/10/2017 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. PRECEDENTES.

1. *Mostra-se indubitosa a responsabilidade solidária e objetiva da recorrente, consoante entenderam as instâncias ordinárias, pelo que seria meramente facultativa a denúncia da lide, pois nada impede que a contratante se volte, posteriormente, contra a contratada, ou outra pessoa jurídica ou física, para o ressarcimento da reparação a que vier a ser condenada.*

2. Precedentes desta Corte.

3. Recurso Especial improvido.

RESP - RECURSO ESPECIAL - 67285 1995.00.27385-3, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:03/09/2007 PG:00154 RSTJ VOL.:00239 PG:01072 ..DTPB:.)

Posto isso, acolho apenas os embargos de declaração opostos pela corré Concessionária Auto Raposo Tavares S.A, excepcionalmente com efeitos infringentes, e *defiro, APENAS EM PARTE* o pedido de tutela de urgência formulado pela parte autora na petição Id Num. 34634405, *sem prejuízo de reapreciar a questão em juízo de cognição exauriente, após a realização da prova pericial. Determino*, nos termos da fundamentação supra, que as corrés OAS Engenharia e Participações Ltda., CART – Concessionária Auto Raposo Tavares S/A e Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A realizem as obras mencionadas no laudo técnico Id Num. 36099196 - Pág. 24, capazes de, ao menos, diminuir a velocidade de escoamento no lançamento final da água, evitando processos erosivos.

A referida obra deverá ser iniciada de imediato e finalizada no prazo de 60 (sessenta) dias, tendo em vista o período de chuvas que se aproxima, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No referido interregno, deverão as rés comprovar nos autos a evolução da obra, sem prejuízo da expedição pelo Juízo de mandados de constatação, para vistoria da construção.

No mais, considerando os argumentos apresentados pelas corrés (Id Num. 31490670, Num. 31738781 e Num. 34408326), destituo o perito FÁBIO ZANOTTO BREVE, tendo em vista o alto valor apresentado a título de estimativa de honorários, que incluía aquisição de imagens de satélites de alta resolução que, por si só, custariam R\$ 32.500,00 (Id Num. 33766019 - Pág. 8). Nomeio, em substituição, o perito MARCELO MONTAÑO (minduim@sc.usp.br), docente do Departamento de Hidráulica e Saneamento da Escola de Engenharia de São Carlos - EESC/USP e Coordenador do Curso de Engenharia Ambiental da USP São Carlos, cuja estimativa de honorários segue, no valor total de R\$ 29.980,00 (vinte e nove mil novecentos e oitenta reais), que já inclui os gastos com (i) análise de bioindicadores (R\$ 3.680,00); (ii) análise da qualidade da água (R\$ 2.300,00); e (iii) levantamento fotográfico com drone (R\$ 1.960,00), que substituirá a aquisição de imagens de satélites.

Providenciem as requeridas, no prazo de 15 (quinze) dias, a comprovação nos autos do pagamento dos honorários periciais, que serão rateados entre as corrés Transbrasiliana, OAS e Cart, sendo cada uma responsável pela quantia de R\$ 9.994,00. No referido interregno também poderá ser arguida, se o caso, eventual impedimento ou suspeição do perito nomeado, nos termos do artigo 465, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Com o pagamento, cientifique-se o perito acerca de sua nomeação, e do início do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação do laudo, no qual também deverá (i) responder os quesitos das partes, (ii) manifestar-se sobre a viabilidade da obra requerida pelo autor; (iii) manifestar-se sobre a adequação e eventual suficiência da solução apresentada (Id Num. 36099196 - Pág. 24);

(iv) concluir, fundamentadamente, sobre as causas e os responsáveis pelos danos ambientais existentes; e (v) elencar as medidas necessárias à reparação dos danos.

Com a apresentação do laudo, intimem-se as partes para que se manifestem, no prazo comum de 15 (quinze) dias.

Por fim, considerando os inegáveis benefícios da autocomposição, defiro o pedido contido na petição Id Num. 36685769 e designo *audiência de conciliação, para o dia 17 de novembro de 2020, às 13h30, nas dependências do Fórum Federal de Ourinhos.*

Intimem-se. Cumpra-se.

Ourinhos, na data em que assinado eletronicamente”.

TRANSBRASILIANA - CONCESSIONARIA DE RODOVIA S.A., ora agravante, afirma ser necessária a prévia apuração da responsabilidade civil. Não seria possível determinar a realização de obras, com a atribuição de custos aos particulares, antes de definir o caso. Sustenta que, *“além de ser oneroso, qualquer procedimento de contenção não será capaz de resolver o problema da erosão e qualquer evento ocorrido após, certamente será utilizado para justificar que a empresa não procedeu corretamente com a determinação judicial”* (fls. 28, ID 142055630). Aponta a necessidade de perícia para apuração dos fatos, à luz da documentação apresentada pela agravante, que permitiria conclusão diversa. Anota cerceamento de defesa, porque o laudo técnico privado e a inspeção judicial não substituem a prova técnica pericial, necessária para o deslinde do caso. Aduz a impossibilidade financeira de realizar as obras, no atual momento processual. A situação teria se agravado em decorrência da pandemia de coronavírus.

O efeito suspensivo foi deferido (ID 142699939).

Resposta (ID 144931800).

Parecer do Ministério Público Federal (ID 146170883).

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada contra Concessionária Auto Raposo Tavares S.A. (CART), OAS ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES LTDA. e TRANSBRASILIANA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA S/A.

Na petição inicial, o Ministério Público Federal afirma que *“ao realizarem as obras para a construção do trevo da BR-153 (Transbrasiliana) com a BR-270, as empresas CART, OAS e Transbrasiliana alteraram as características da propriedade do representante TIAKI MURAOKA, o que ocasionou o aumento da voçoroca, erosão e assoreamento das nascentes, bem como foram destruídas, sem a permissão dos proprietários, várias árvores, plantas nativas, nascentes de água e terra vigital”* (fls. 4, ID 24116770 na origem).

O pedido condenatório formulado na petição inicial (fls. 39, ID 24116770 na origem):

“1- Ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na elaboração e implementação de projeto de drenagem com construção de canaletas nas saídas das captações existentes e construção de galerias de tubo para condução das águas pluviais no local da voçoroca, tendo em vista direcionar as águas pluviais para o novo sistema de captação. O sistema deve con-

templar equipamento de dissipação de energia ao final da linha de tubos ou galeria, de sorte a despejar as águas de maneira harmoniosa na área de taboa, lagoa e etc., até que cheguem à margem e leito do Rio Pardo sem causar danos ao solo, mormente em se tratando de área de preservação permanente;

2- Ao pagamento de indenização a ser definida por arbitramento por Vossa Excelência, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados, correspondente aos danos ambientais causados ao longo dos anos, em razão do processo de deterioração ambiental causado pelo escoamento das águas pluviais nas terras do Sr. Tiaki Muraoka ao longo do tempo, que provocou o deslizamento de terras e o assoreamento de nascentes;

3- Ao pagamento de multa diária, no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), a qual, sendo cominada, deverá ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados, em caráter exclusivo cominatório, em caso de descumprimento total ou parcial de qualquer das obrigações de fazer e não fazer, acima discriminadas;

4- Ao pagamento das custas, honorários periciais e despesas do processo”.

Não há plausibilidade jurídica no pedido inicial.

Trata-se de questão de *alta complexidade*. Como reconhece a própria petição inicial da ação civil pública, os estudos apontam causas e soluções díspares. Não há segurança científica ou jurídica.

É preciso ter em conta que “os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo”.

É neste sentido a jurisprudência deste Tribunal:

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).

2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.

4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo.

5. A invocação de fundamento fático relacionado à “omissão de informações claras”, por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.

6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.

7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto “caos aéreo” encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.

8. Ciente da grave realidade representada pela “plantação de fatos”, nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: “Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele”.

9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o “xerifismo” dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

10. Agravo de instrumento provido.

(TRF-3, AI 0021751-43.2008.4.03.0000, QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2011 PÁGINA: 855).

A ação civil pública é instrumento de grande relevância, na ordem jurídica. O seu manuseio está disciplinado por normas de direito estrito.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico (ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora).

A jurisprudência desta Corte Regional:

SISTEMA CANTAREIRA - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP), CUJA PETIÇÃO INICIAL, EM 137 LAUDAS, COM FUNDAMENTO NA BÍBLIA, EM POESIA E EM DEZENAS DE DISPOSITIVOS LEGAIS, FORMULA, EM 30 PÁGINAS, DEZENAS DE PEDIDOS TUMULTUÁRIOS, IMPOSSÍVEIS OU CATASTRÓFICOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - AUTORA DA ACP QUE TEM A PRETENSÃO DE REPRESENTAR A TUDO E A TODOS, DENTRO E FORA DO MUNICÍPIO, INCLUSIVE O PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, POR SIMPLES COOPTAÇÃO ESTATUTÁRIA: OFENSA AO

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS 57 MUNICÍPIOS: ABUSO DE REPRESENTAÇÃO - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as “disfunções do mecanismo judiciário”, “no tocante à condução do processo”, “a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível” (“Sobre a “participação” do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo. Precedente do STJ: REsp 609144 - Ministro Teori Albino Zavascki, Relator.

4. Entidade autora da ação civil pública que tem a pretensão de representar a tudo e a todos, na área de sua “jurisdição”, integrada, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, através de simples cooptação estatutária, em ato de manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito.

5. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

6. Ação civil pública aparelhada em dezenas de pedidos tumultuários, desconexos, laudatórios e, até, catastróficos, como é o caso da “não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias”, com potencial repercussão trágica sobre uma das maiores concentrações populacionais do mundo.

7. Extinção da ação civil pública, de ofício, pela via do efeito translativo, prejudicado o agravo de instrumento.

(TRF 3ª Região, AI 0080242-48.2005.4.03.0000, QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 09/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2011 PÁGINA: 714).

No caso concreto, as causas e os efeitos, naturais ou humanos, sobre a área controversa, são incertos.

A simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer *intervenção ilegítima* - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à *competência constitucional de outras autoridades públicas*.

Neste contexto de absoluta incerteza científica e jurídica, a iniciativa dos Ministérios Públicos causa grave prejuízo para a comunidade, pois é certo que cidadãos e empresas são titulares do direito constitucional ao desenvolvimento.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL

0018676-19.2014.4.03.6100

Apelantes: RICARDO SAYON E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Apelados: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, RICARDO SAYON

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/07/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ABERTURA DE CONTA MEDIANTE FRAUDE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MATERIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSALIDADE.

- A Caixa Econômica Federal (CEF) está sujeita à responsabilidade civil objetiva por força do contido no art. 3º, §2º, combinado com o art. 14, ambos da Lei nº 8.078/1990, e entendimento consolidado na Súmula 297 do E.STJ. Compreendida como inerente ao risco do empreendimento e alcançando não só os serviços executados mas também a estrutura operacional criada para sua implementação, é irrelevante discutir a má-fé ou culpa subjetiva da CEF no evento danoso para fins de responsabilidade civil objetiva, assim como de prestadores de serviço por ela contratados para compor a execução de suas operações.

- Para caracterizar a responsabilidade civil objetiva e extracontratual, devem ser comprovados, cumulativamente: a) evento danoso a bem ou direito (material ou moral) do interessado, por ato ou fato ou por seus desdobramentos; b) ação ou omissão da CEF (ou de terceiro que lhe auxilia na execução de serviço); c) nexo causal entre o evento danoso e a ação ou omissão imputada à instituição financeira. Inexistindo lesão (ainda que configure desconforto), ou em caso ato ou fato decorrente de exclusiva responsabilidade do consumidor ou de terceiro (por óbvio, desvinculado da CEF), inexistirá a responsabilidade civil objetiva.

- A própria CEF reconheceu a fraude em sua contestação, tendo ela mesma trazido aos autos o laudo pericial de exame documentoscópico grafotécnico, realizado pela sua gerência de segurança, o qual constatou que as assinaturas firmadas na abertura da conta fraudulenta realmente não se identificam com o padrão gráfico do autor.

- Há responsabilidade da instituição financeira pela falha na prestação de serviço. Ainda que o terceiro fraudador tenha acessado o Sistema da Nota Fiscal Paulistana, não haveria como seu sistema de segurança prever que a conta ali indicada tenha sido aberta de forma fraudulenta, de forma que não há que se falar em culpa concorrente da municipalidade, mormente porque se a CEF não tivesse permitido a abertura de conta corrente mediante utilização de documentos que guardavam enorme discrepância com os do autor, a fraude não teria sido consumada.

- Aplicando-se a causalidade, segundo a qual os ônus processuais devem ser suportados pela parte que ensejou a instauração da demanda, somente a CEF deve arcar com os honorários de sucumbência, que também devem ser pagos à municipalidade, que foi obrigada a vir à lide se defender.

- Apelo da parte autora provido. Apelo da CEF improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo da parte autora para isentá-la do pagamento da verba honorária à favor da municipalidade e negar provimento ao apelo da CEF, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO (Relator): Cuida-se de apelações, interpostas por Ricardo Sayon e Caixa Econômica – Federal – CEF, em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para CONDENAR:

- A Caixa Econômica Federal ao pagamento dos valores indevidamente sacados, no montante de R\$ 21.392,66, com a incidência de juros a partir do evento danoso (art. 398, do Código Civil c/c Súmula 54, do STJ, cuja atualização deverá observar ao mesmo parâmetro exposto no item anterior) incidentes sobre o montante de R\$ 32.679,90.
- O Município de São Paulo à obrigação de fazer, consistente na transferência ao Autor do valor de R\$ 32.679,90. Custas *ex lege*. Considerando a sucumbência mínima do Município de São Paulo, condenou a CEF e o Autor ao pagamento de honorários de seus respectivos patronos, bem como em favor da Municipalidade de São Paulo, de forma pro rata, fixada no percentual de 10% a ser calculado: (a) pela CEF, sobre o valor da condenação, (b) pelo autor, sobre o valor atualizado da causa. A incidência de correção monetária e juros de mora deverá observar o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF n.134, de 21/12/2010.

Em seu apelo o autor alega, em síntese, que deve ser isentado da verba honorária arbitrada na sentença, eis que foi a CEF, em sua contestação, que pediu a inclusão da Municipalidade de SP no polo passivo da presente ação, e mesmo refutando o pedido em sua réplica, o juiz *a quo* acolheu tal pedido, de forma que não foi ele quem deu causa à inclusão da Municipalidade de SP no polo passivo do presente processo.

A CEF, por sua vez, alega a sua ausência de responsabilidade no que tange à fraude ocorrida no programa da Nota Fiscal Paulistana ou, subsidiariamente, da culpa concorrente da Prefeitura de São Paulo, eis que a transferência dos créditos só foi possível porque alguém ingressou - mediante inserção de login e senha - no sistema da Prefeitura e solicitou tal transferência para uma conta da CAIXA. Aduz que não há nexo causal entre a conduta da CAIXA e a indevida liberação dos valores oriundos do Programa Nota Fiscal Paulistana, não havendo que se falar em dever de indenizar, ou, ao menos, deve ser reconhecida a culpa concorrente do Município de São Paulo, repartindo-se entre os corréus os supostos prejuízos sofridos pelo autor/apelado. Requer seja afastada a sua condenação ao pagamento de verba honorária à corré, eis que não há lide entre os Corréus, não havendo vencedor nem vencido, não sendo hipótese de fixarem-se honorários.

Com contrarrazões de Ricardo Sayon e da Municipalidade de São Paulo, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO (Relator): No mérito, primeiramente é necessário situar o problema posto nos autos no contexto de responsabilidade civil por danos, para o que se faz necessário lembrar que os bens e direitos de pessoas físicas ou jurídicas (Súmula 227 do E.STJ), assim como de universalidades e entes despersonalizados, abrangem itens de diversas naturezas e conteúdos, os quais, em linhas gerais, podem ser divididos em materiais e morais. Nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, a proteção a esses bens e direitos tem atributos de garantia fundamental, de tal modo que o titular da prerrogativa indevidamente violada tem a faculdade de exigir o dever fundamental de reparação apropriada em face do responsável, sendo certa a possibilidade de cumulação da reparação da lesão material com o dano moral.

O objeto do dano material correspondente à lesão sofrida em bens tangíveis, intangíveis, móveis, imóveis, fungíveis e infungíveis, de modo que o ressarcimento é mensurado, em moeda, pela extensão do prejuízo (normalmente aferido pelo preço de mercado dos bens e direitos afetados), com o objetivo de recompor a perda sofrida. Já o objeto do dano moral (ou extrapatrimonial) diz respeito à lesão no âmbito da integridade psíquica, da intimidade, da privacidade, da imagem ou da personalidade (p. ex., dor, honra, tranquilidade, afetividade, solidariedade, prestígio, boa reputação e crenças religiosas), causada por um ato ou fato ou por seus desdobramentos, de modo que sua extensão é a proporção do injusto sofrimento, aborrecimento ou constrangimento; embora a lesão moral possa ser reparada por diversos meios (p. ex., nos moldes do art. 5º, V, da Constituição), a indenização financeira tem sido utilizada com o objetivo dúplice de repor o dano sofrido e de submeter (ordinária e sistematicamente) o responsável aos deveres fundamentais do Estado de Direito.

Ao mesmo tempo em que os sujeitos de direito são dotados de liberdade de escolha, todos devem responder por seus atos ou omissões quando violarem limites determinados pelo ordenamento jurídico, gerando responsabilidades de diversas espécies (dentre elas as criminais). Para o que importa a este feito, a atribuição da responsabilidade civil pode ser imputada a todo aquele que causar lesão, por fato ou ato praticado (*in committendo*), por omissão (*in ommittendo*), por pessoa que o representante (*in vigilando*), por empregado, funcionário ou mandatário (*in eligendo*) e por coisa inanimada ou por animal (*in custodiendo*).

É pela correta delimitação jurídica da responsabilidade civil que se torna possível estabelecer os parâmetros para avaliação do caso sub judice, motivo pelo qual é necessário também consignar que, quanto ao fato gerador, há a responsabilidade contratual (relacionada a negócio jurídico não cumprido, no todo ou em parte, nos termos do art. 389 e seguintes do Código Civil) e responsabilidade extracontratual ou aquiliana (casos de violação à lei e a primados de Direito, independentemente de negócio jurídico, conforme art. 186 e seguintes, também do Código Civil); acerca do fundamento, há a responsabilidade subjetiva (baseada em culpa) e a responsabilidade objetiva (baseada no risco, não exigindo culpa); e, considerando o agente, há a responsabilidade direta ou simples (se oriunda de ato da própria pessoa imputada) e responsabilidade indireta ou complexa (resultante de ato ou fato de terceiro, animal ou coisa inanimada vinculada ao imputado).

Friso que a culpa ou o dolo podem aparecer como causa da lesão, mas não são imprescindíveis para atribuição de responsabilidade civil (embora tenham utilidade no caso de fixação

de reparação). Nessa linha, não se deve confundir a teoria objetiva da culpa (formulada em contraposição à teoria da culpa subjetiva), com a teoria da responsabilidade objetiva (ou teoria do risco ou da culpa presumida).

Para a teoria da culpa objetiva, a culpa é apreciada *in abstracto*, nos moldes das pessoas comuns, sem considerar as condições subjetivas do agente ou seu estado de consciência (vale dizer, afastando elementos pessoais ou íntimos do agente causador do ato danoso), o que, por consequência, permite responsabilizar incapazes e dementes; já a teoria da culpa subjetiva se serve de abstrações, porém, em menor grau, pois verifica a intenção íntima e pessoal do agente para conferir a responsabilidade civil e o dever de reparar o injusto dano causado a outrem, vale dizer, culpa *in concreto*.

Por sua vez, a teoria da responsabilidade objetiva (ou teoria do risco ou culpa presumida) vê o dever de reparar independentemente de dolo ou culpa do causador da lesão (excluída apenas se o prejuízo for exclusivamente gerado por ato ou omissão do lesado), opondo-se à responsabilidade subjetiva (baseada no elemento subjetivo de culpabilidade do causador do dano, observando também o nexa causal entre a conduta do agente e o dano a ser ressarcido). A responsabilidade objetiva gera o dever de indenizar por parte daquele que interagiu (direta ou indiretamente) com o lesado, ou com o meio no qual está inserido, e se baseia na injustiça do dano por circunstância que não pode ser imputada ao titular do bem ou direito prejudicado; por não depender de dolo ou culpa, a responsabilidade civil decorre do risco gerado por determinada atividade, bastando o ato ou fato, o dano e a relação de causalidade ente ambos.

O problema posto nos autos cuida de responsabilidade extracontratual no âmbito de relação de consumo. A Caixa Econômica Federal (CEF), por ser instituição financeira que fornece serviços o âmbito de relações jurídicas de consumo, está sujeita à responsabilidade civil objetiva por força do contido no art.3º, §2º, combinado com o art. 14, ambos da Lei nº 8.078/1990:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras, por força do Código de Defesa do Consumidor, já foi afirmada pelo E.STJ, na Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Compreendida como inerente ao risco do empreendimento, é irrelevante discutir a má-fé ou culpa subjetiva da CEF no evento danoso para fins de responsabilidade civil, assim como de prestadores de serviço por ela contratados para compor a execução de suas operações (reservado seu eventual direito de regresso). Por certo, a responsabilidade civil dessa instituição financeira alcança não só os serviços que executa, mas também a estrutura operacional criada para sua implementação (adequada, eficiente, protegida e, em áreas essenciais, também contínuas), conforme previsto no art. 22 da Lei nº 8.078/1990:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Em situações como a narrada nos autos, não é necessário ser cliente para sofrer as lesões aludidas, ao mesmo tempo em que não há indicações de cláusulas contratuais para solucionar a controvérsia. Assim, para caracterizar a responsabilidade civil extracontratual e objetiva, devem ser comprovados, cumulativamente: a) evento danoso a bem ou direito (material ou moral) do interessado, por ato ou fato ou por seus desdobramentos; b) ação ou omissão da CEF (ou de terceiro que lhe auxilia na execução de serviço); c) nexos causal entre o evento danoso e a ação ou omissão imputada à instituição financeira. Inexistindo lesão (ainda que configure desconforto), ou em caso de ato ou fato decorrente de exclusiva responsabilidade do consumidor ou de terceiro (por óbvio, desvinculado da CEF), inexistirá a responsabilidade civil objetiva.

Lembro ainda que, nos termos do art. 373 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), o ônus da prova incumbe à parte-autora (quanto ao fato constitutivo do seu direito) ou ao réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), cabendo ao magistrado atribuir tal ônus de modo diverso (nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário), além da possibilidade de convenção das partes (salvo quando recair sobre direito indisponível da parte, ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito), sendo certo que não dependem de prova os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os fatos admitidos como incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Contudo, no âmbito de relação de consumo, o art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 prevê que a proteção do consumidor será feita mediante a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, de modo que a situação posta nos autos é determinante para fixar a quem caberá a produção da prova, dando máxima efetividade não só a esse art. 6º, VIII, do Código do Consumidor, mas também aos mandamentos da isonomia e da garantia contida no art. 5º, XXXII, da Constituição. Porém, a proteção ao consumidor não induz ao acolhimento de narrativas inverossímeis ou desarrazoadas, sendo descabido imputar à instituição financeira o ônus de provar qualquer ato ou fato.

In casu, a parte-autora ajuizou ação objetivando a obtenção de provimento jurisdicional que obrigue que a “ré entregue, de imediato, a importância de R\$ 54.072,56, devidamente corrigida desde a data em que foi feito o depósito pela Receita, com o pagamento de indenização equivalente a 5% do valor a que o autor tem direito, por dia em que houver a mora da empresa ré, após sua citação, bem como pena pecuniária diária de idêntico valor até o cumprimento da obrigação e fazer”.

Sustentou ter direito a um crédito referente à Nota Fiscal Paulistana no valor de R\$ 54.072,56, e narrou que *“após verificar que a importância em questão não havia sido depositada em sua conta/corrente e querendo saber quando isso iria acontecer, ficou sabendo através da funcionária da Secretaria da Receita do Município de São Paulo, que a importância já houvera sido depositada “em sua conta/corrente”, conta nº 20.562-9 da agência nº 3108-O da Caixa Econômica Federal”*. Afirmou não possuir conta de qualquer espécie junto à CEF e que ao entrar em contato com a referida instituição bancária foi informado pelo gerente da agência que *“havia sido aberta uma conta/poupança em seu nome e que a Receita Municipal havia feito um depósito no valor de R\$ 54.072,56, relativo a crédito de Nota Fiscal Paulistana”*. Asseverou que pediu o imediato bloqueio da conta, vez que houvera sido aberta de maneira fraudulenta e que, em contato com gerentes da CEF, os mesmos reconheceram a ocorrência da fraude e informaram *“que a conta havia sido aberta com documentos em nome do autor e que as fotos constantes não eram do autor”*, bem como que o valor em questão iria ser restituído inteiramente, o que não ocorreu até a propositura da ação.

A tutela antecipada foi indeferida (ID Num. 48367183 - Pág. 17/20).

Citada, a CEF contestou o presente feito, alegando, preliminarmente, ausência de interesse de agir, eis que *“o autor não apresenta nenhuma relação jurídica com a CAIXA, mormente diante da constatada fraude na abertura da conta poupança (documentos anexos). O valor depositado em conta fraudada deverá ser devolvido ao depositante, qual seja, a Secretaria da Receita do Município de São Paulo, a quem caberá, se o caso, entregá-lo a quem de direito (...)”*.

Informou que a conta fraudada foi aberta em nome do autor no dia 03/06/2013 e recebeu dois diferentes depósitos, advindos de duas TEDs distintas, uma realizada pela Secretaria da Fazenda em 12/06/2013, no valor de R\$ 9.706,76, e outra pela Secretaria Municipal de Finanças, no dia 18/06/2013, no valor de R\$ 54.072,56. Informou que tanto a Secretaria Municipal de Finanças quanto a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo foram regularmente oficiadas pela CAIXA acerca da abertura de conta fraudulenta em nome de RICARDO SAYON, mas antes de ter sido informada acerca da fraude, foram efetuados vários saques, todos em Banco 24h ou caixas eletrônicos (ATM), restando o valor de R\$ 32.679,90, tendo a conta poupança fraudada sido encerrada no dia 31/12/2013, e tal valor sido transferido a uma subconta contábil que se encontra à disposição de seu titular: a Secretaria Municipal de Finanças e/ou da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Requereu, dessa forma, o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme o artigo 267, I e VI do CPC. No mérito, pleiteou a inclusão do Município de São Paulo no polo passivo da ação.

No mais, afirmou que os danos alegados na inicial, se existiram, não foram provocados pela CAIXA, mas sim por terceiro, que abriu conta em nome do autor, com documentos que aparentavam serem verdadeiros. Instruiu a contestação com documentos, dos quais destaco:

- Correspondência enviada pelo autor à CEF, datada de 05/08/2013, informando a abertura da conta de maneira fraudulenta (ID Num. 48367183 - Pág. 47);
- Boletim de ocorrência lavrado no dia 02/08/2013 por Ricardo Sayon (ID Num. 48367183 - Pág. 48/49);

- Ficha de Abertura e Autógrafos Pessoa Física – Individual, na agência da CEF nº 3108 conta nº 00020562., em nome de Ricardo Sayon;
- Ofícios endereçados à Secretaria da Fazenda e à Secretaria Municipal de Finanças, expedidos em 14/10/2013, comunicando a ocorrência da fraude aqui relatada;
- Laudo pericial de exame documentoscópico grafotécnico, realizado pela gerência de segurança da CAIXA, o qual constata que as assinaturas firmadas na abertura da conta fraudulenta realmente não se identificam com o padrão gráfico do autor (Num. 48367183 - Pág. 69/79);
- Extratos SIHEX da conta fraudada, do período compreendido entre 06/2013 a 12/2013;

Em sua réplica, o autor se opôs ao ingresso do Município de São Paulo no polo passivo da ação (ID Num. 48367183 - Pág. 88/90).

Em decisão (ID Num. 48367183 - Pág. 92/93) o magistrado *a quo* deferiu o pedido de inclusão da Prefeitura do Município de São Paulo no polo passivo da presente ação, o qual, citado, contestou o feito arguindo preliminarmente sua ilegitimidade e a competência exclusiva da CEF. No mérito sustentou ausência de atuação ilegal da municipalidade, eis que o depósito fora realizado na conta bancária com dados idênticos aos do autor.

Sustentou que *“Os créditos relativos às NFS-e emitidas a partir de 01/08/2011 podem utilizados para depósito em conta corrente ou poupança mantidos em instituição do sistema financeiro nacional, desde que o beneficiário seja o titular da conta bancária e não esteja inscrito no Cadastro Informativo Municipal – CADIN Municipal. Havendo qualquer inconsistência, como a digitação incorreta dos dados bancários ou não coincidência do CPF do titular da conta bancária, os créditos voltam cora o status de devolvidos para utilização futura”*.

E que *“(...) no caso dos autos houve completa correspondência, não havendo qualquer inconsistência e, por isso, o crédito foi depositado, conforme comprovante anexo. Da análise desse comprovante, verifica-se que os dados, do titular da conta bancária e do titular dos créditos da Nota Fiscal Paulistana, são os mesmos.”*

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, motivo do apelo, ora apreciado.

Em seu apelo, a CEF alega a ausência de responsabilidade no que tange à fraude ocorrida no programa da Nota Fiscal Paulistana ou, subsidiariamente, a culpa concorrente da Prefeitura de São Paulo, eis que a transferência dos créditos só foi possível porque alguém ingressou - mediante inserção de login e senha - no sistema da Prefeitura e solicitou tal transferência para uma conta da CAIXA. Aduz que não há nexo causal entre a conduta da CAIXA e a indevida liberação dos valores oriundos do Programa Nota Fiscal Paulistana, não havendo que se falar em dever de indenizar, ou, ao menos, deve ser reconhecida a culpa concorrente do Município de São Paulo, repartindo-se entre os corréus os supostos prejuízos sofridos pelo autor/apelado.

Ao contrário do afirmado pela CEF, sua responsabilidade está devidamente comprovada nos autos, eis que se não tivesse permitido a abertura de conta corrente mediante utilização de documentos que guardavam enorme discrepância com os do autor, a fraude não teria sido consumada.

A própria CEF reconheceu a fraude em sua contestação, tendo ela mesma trazido aos autos o laudo pericial de exame documentoscópico grafotécnico, realizado pela sua gerência de segurança, o qual constatou que as assinaturas firmadas na abertura da conta fraudulenta realmente não se identificam com o padrão gráfico do autor.

Ora, não há como olvidar que a apuração da veracidade dos documentos apresentados para abertura de contas corrente ou poupança cabe indubitavelmente à instituição bancária.

Assim, restou evidenciada a falha na prestação do serviço e a responsabilidade da CEF pela perpetração do ilícito, a ensejar a reparação deferida na sentença.

Insisto que a jurisprudência do c. STJ firmou-se no sentido de que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos, mesmo quando praticadas por terceiros, conforme a Súmula nº 479.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA MANTIDOS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS AUTORIZADORES DA REVOGAÇÃO. ABERTURA DE CONTA CORRENTE E REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO DE MODO INDEVIDO. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CEF. FORTUITO INTERNO. SÚMULA 479 DO STJ. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Existe uma presunção de hipossuficiência econômica quando a declaração é efetuada por pessoa física, inexistindo elementos nos autos que afastem essa pressuposição, nos termos da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. Observo que a motivação esposada pelo magistrado sentenciante para a revogação do benefício da gratuidade não encontra guarida na legislação processual em vigor; de fato, o indeferimento da justiça gratuita não pode ser utilizado com intenção punitiva. Portanto, de rigor a manutenção do benefício, ante a ausência de pressupostos legais autorizadores de sua revogação.

2. A responsabilidade civil das instituições financeiras é objetiva, aplicando-se a elas as normas protetivas constantes do Código de Defesa do Consumidor. O entendimento encontra-se sedimentado por meio da Súmula 297 do C. STJ. A responsabilidade objetiva fundamenta-se na teoria do risco do empreendimento, pela qual o fornecedor tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens ou serviços disponibilizados no mercado de consumo, independentemente de culpa (art. 14 do CDC).

3. Não obstante ser prescindível a comprovação do elemento subjetivo, impõe-se ao prejudicado, no entanto, demonstrar o preenchimento dos requisitos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: a deflagração de um dano, a conduta ilícita do prestador de serviço, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o agravo sofrido.

4. Tais pressupostos estão plenamente configurados no caso dos autos, pois a ocorrência da abertura indevida de conta corrente bancária em nome da autora, bem como o decorrente empréstimo consignado, levados a efeito por meio de fraude perpetrada por terceiros, estão devidamente demonstrados pela documentação acostada a estes autos.

5. A fraude e o empréstimo indevidamente realizado em nome da autora, que sequer era correntista da CEF, são fatos incontroversos, admitidos pela própria ré, de modo que são impertinentes maiores digressões sobre os eventos narrados na petição inicial.

6. A hipótese trata, portanto, daquilo que a doutrina e a jurisprudência denominam de fortuito interno, isto é, o acontecimento, ainda que provocado por terceiros, que diz respeito à atividade profissional desenvolvida pelo prestador de serviços e aos riscos a ela inerentes.

7. Em casos tais, e ao contrário do que acontece com o fortuito externo – entendido como o fato que não tem qualquer relação com a atividade desenvolvida pelo fornecedor/prestador de produtos/serviços – a responsabilidade objetiva preceituada pela legislação consumerista resta perfeitamente caracterizada, não havendo que se falar na excludente relativa à culpa exclusiva de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II). Especificamente quanto às fraudes bancárias, o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula 479. Portanto, caracterizada a fraude, é cabível a indenização pelos danos causados à parte autora.

8. Muito embora a jurisprudência do C. STJ admita a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, a aplicabilidade do art. 42 do CDC está condicionada, de acordo com o entendimento do próprio STJ e desta E. Corte Regional, à realização de cobrança irregular baseada em conduta de má-fé da instituição financeira, demonstrada com amparo em provas inequívocas. Desse modo, à míngua de comprovação de má-fé por parte da instituição financeira, não se cogita de devolução em dobro, estando o prejuízo material provocado à apelante devidamente ressarcido, já que a CEF promoveu a restituição das duas parcelas do empréstimo que foram descontadas do pagamento da parte autora.

9. Anoto que o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal garante, expressamente, a todos que sofram violação do direito à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, a indenização por danos morais, inclusive as pessoas jurídicas (Súmula 227 STJ).

10. De acordo com a melhor doutrina e com o entendimento sedimentado nas cortes superiores, dano moral é a lesão a direito da personalidade. Em outros termos: corresponde a toda violação ao patrimônio imaterial da pessoa no âmbito das suas relações de direito privado.

11. Não se confunde, no entanto, e nem poderia, sob pena de banalização do instituto, com acontecimentos cotidianos que, apesar de incomodarem, não têm aptidão para atingir, de forma efetiva, direitos da personalidade. Tais acontecimentos têm sido tratados, com acerto, pela jurisprudência, como “meros aborrecimentos”, inafastáveis na sociedade contemporânea, devendo ser suportados por seus integrantes, ou punidos administrativamente, para que o instituto do dano moral não perca seu real sentido, sua verdadeira função: compensar o lesado pela violação à sua personalidade.

12. No presente caso, os elementos dos autos evidenciam que a abertura de conta corrente bancária, bem como a realização de empréstimo consignado, de modo fraudulento, macularam a esfera extrapatrimonial de direitos da autora. É fato que se distancia, e muito, de um mero aborrecimento cotidiano, uma vez que houve empréstimo de quantia um pouco acima de trinta mil reais, de uma pessoa que não goza de situação financeira privilegiada. Não se pode concluir, de modo algum, que o empréstimo, mediante fraude, de valor significativo e proveniente de verba de caráter alimentar, constitua um simples dissabor.

13. A análise de precedentes jurisprudenciais sucedida pela valoração das particularidades do caso concreto consubstancia o método chamado bifásico, que busca viabilizar a delimitação de valores razoáveis e equitativos, evitando-se discrepâncias na jurisprudência, bem como a fixação de montantes irrisórios ou abusivos.

14. Nesses termos, analisando o interesse jurídico lesado e examinando as circunstâncias do caso concreto – especialmente a condição econômica da autora, bem como o fato de se tratar, aqui, de saque indevido de verba de caráter alimentar, entendo adequado o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que não implica em enriquecimento sem causa da parte lesada; serve ao propósito de evitar que a CEF incorra novamente na mesma conduta lesiva; e, por fim, respeita os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Os juros de mora incidem a partir do evento danoso, e a correção monetária será aplicada desde a data do arbitramento (Súmula 362 STJ), pelos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

15. Sucumbente a CEF, condeno-a ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora fixados em 10% sobre o valor da condenação, com espeque no art. 85, § 2º do CPC.

16. Apelação da autora parcialmente provida.

(TRF3R; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / SP, Processo nº 0021395-03.2016.4.03.6100; Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, 1ª Turma, Data do julgamento: 14/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/10/2020).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL. DÉBITO INEXISTENTE. COBRANÇA ILEGAL. APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CDC: DEFEITO NOS SERVIÇOS PRESTADOS

PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CESSÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS AO CONTRATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELOS DESPROVIDOS.

1. Trata-se de apelações interpostas contra a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial.
2. A preliminar de ilegitimidade passiva confunde-se com o mérito e com ele será apreciada.
3. Cinge-se a controvérsia acerca de suposto defeito nos serviços prestados pelo Banco PAN e pela CEF, consistentes na cobrança ilegal de parcela devidamente quitada, referente a Cédula de Crédito Bancário para aquisição de um veículo, que culminou com a inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos de proteção ao crédito.
3. Não se discute a aplicação das medidas protetivas ao consumidor, previstas no Código de Defesa do Consumidor, aos destinatários de serviços prestados por instituições financeiras. Súm. 297 do STJ.
4. Em que pese o esforço da parte ré, o conjunto probatório coligido aos autos evidencia que todas as parcelas referentes ao contrato estavam devidamente adimplidas, sendo digno de nota que o próprio Banco Pan trouxe aos autos declaração de quitação da referida avença entre as partes, de sorte que ilegítima a inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos, promovida pela CEF.
5. Em notificação datada de 14/04/2014, a autora foi comunicada que o Banco Pan cedera à CEF os créditos decorrentes do contrato 000062604994. Ao teor do se infere do referido documento, o débito foi injustificadamente lançado pelo Banco Pan, em data anterior à cessão de créditos, sem qualquer demonstração de origem da suposta dívida. De outro turno, a CEF, na condição de cedente, promoveu à inscrição indevida da autora nos cadastros restritivos sem averiguar a licitude do débito.
6. Correta a condenação solidária das rés, por falha na prestação de serviços que, no caso em tela, ultrapassaram o mero dissabor, impondo-se reparação.
7. O C. Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, indicando que a inscrição indevida em cadastro de inadimplência configura do dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. De rigor acolher o pedido reparatório por danos morais.
8. A jurisprudência norteia e dá os parâmetros necessários à correta fixação da correspondente reparação, a fim de que seja arbitrada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, com a valoração do interesse jurídico ofendido e, num segundo momento, individualizando-o de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (REsp 1473393/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016).
9. Considerando o interesse jurídico lesado e as particularidades do caso concreto, sobretudo que a cobrança injustificada e a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes ocorreram durante o período em que a autora fora submetida a cirurgia e tratamento oncológico, reputo bem sopesada a condenação solidária dos réus ao pagamento do montante fixado em R\$ 23.325,30, a título de danos morais, valor adequado para recompor os danos imateriais sofridos, atendendo aos padrões adotados pela jurisprudência bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
10. Condeno os réus, solidariamente, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 12% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 11 e artigo 86 do NCPC.
11. Matéria preliminar rejeitada. Apelações desprovidas. (TRF3R; Ap - APELAÇÃO CÍVEL – 2275652; Processo nº 0011185-43.2014.4.03.6105; DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA; PRIMEIRA TURMA; Data do julgamento: 26/02/2019; e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/03/2019).

Cumprido observar que o Município agiu a contento, observando a legislação em vigor, eis conforme se denota das detalhadas informações trazidas com a contestação, não foi verificada

inconsistência nos dados da conta ou divergência do número do CPF, o que permitiu o depósito dos créditos das NFS-e emitidas.

Assim, ainda que o terceiro fraudador tenha acessado o Sistema da Nota Fiscal Paulistana, não haveria como seu sistema de segurança prever que a conta ali indicada tenha sido aberta de forma fraudulenta. Ademais, conforme já mencionado, a fraude somente se concretizou em razão da abertura da conta corrente.

Dessa forma, não há que se falar em culpa concorrente da municipalidade.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, necessário apontar que a CEF, em sua contestação, pleiteou a inclusão do Município de São Paulo no polo passivo da ação, tendo a parte autora manifestado sua discordância.

Aplicando-se o princípio da causalidade, segundo o qual os ônus processuais devem ser suportados pela parte que ensejou a instauração da demanda, somente a CEF deve arcar com os honorários de sucumbência, que também devem ser pagos à municipalidade, que foi obrigada a vir à lide se defender.

Acerca do princípio da causalidade:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO EM DOBRO EM RAZÃO DE DEMANDA POR DÍVIDA JÁ PAGA. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Depreende-se dos autos que a presente execução foi distribuída em 26.11.2014, enquanto a quitação dos débitos pela parte embargante se deu no dia seguinte, em 27.11.2014 (fls. 133/135 - autos da execução). Ainda que a instituição bancária não tenha comunicado tal fato ao juízo de forma diligente, fomentando citação desnecessária da embargada, não se vislumbra má-fé na conduta da requerida. Assim, inaplicável o disposto no art. 940 do Código Civil. Precedentes. 2. Consoante o princípio da causalidade, aquele que dá causa à demanda arcará com o pagamento de honorários advocatícios. No presente caso, considerando que antes mesmo do despacho inicial determinando a citação da embargada esta já havia quitado a dívida, a responsabilidade pela desnecessária formação da triangulação processual recai sobre a embargada, sobre quem agora deve repousar o ônus pelo pagamento das verbas sucumbenciais. 3. Apelação não provida. (TRF3 - SEGUNDA TURMA; APELAÇÃO CÍVEL - 2227335 ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 0018926-18.2015.4.03.6100 ..PROCESSO_ANTIAGO: 201561000189265 ..PROCESSO_ANTIAGO_FORMATADO: 2015.61.00.018926-5, ..RELATORC: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, , e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/03/2018 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 20 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. INEXISTÊNCIA. INTERVENÇÃO IUSSU IUDICIS. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. (CPC, ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO). RECURSO DESPROVIDO. 1. Discute-se quem deve arcar com os honorários advocatícios devidos a terceiro que ingressou no polo passivo da demanda por iniciativa do juízo, após parecer do Ministério Público (atuando como custos legis), que opinava pela intimação do autor para aditar a inicial e que, ao final, foi excluído da demanda por ter sido reconhecida a inexistência de requerimento citatório de qualquer das partes. 2. O objetivo do instituto da intervenção iussu iudicis, admitido somente mediante interpretação extensiva do parágrafo único do art. 47 do CPC/73, é dar ciência da existência da demanda ao terceiro, permitindo-lhe ingressar na lide na posição que escolher e se resguardar dos efeitos da sentença, garantindo-se, assim, o contraditório e a efetividade do provimento judicial. Não se presta, pois, a impor ao terceiro o dever de demandar. 3. Em se tratando de hipótese em que não houve, tecnicamente, vencido nem vencedor, tendo em

vista que o feito foi extinto sem resolução do mérito e que também não se trata de hipótese de perda superveniente de objeto, na qual caberia apurar quem, na origem, deu causa ao ajuizamento da ação, cumpre definir quem motivou o ingresso do terceiro na lide e a quem sua intervenção, ainda que não requerida, favoreceu. 4. Embora também não tenha havido requerimento expresso do réu para inclusão do terceiro no polo passivo da lide, deve-se considerar que tal inclusão a ele favoreceu, porque ampliou subjetivamente os responsáveis pelo cumprimento de eventual obrigação determinada na sentença, e que sua defesa foi baseada no sigilo bancário devido ao terceiro quanto aos documentos cuja exibição pleiteava o autor. Tanto é assim que, mesmo tomando conhecimento da inclusão do terceiro como seu denunciado à lide, o que, em tese, instauraria uma lide secundária entre as partes, a esta decisão não se opôs. 5. *Assim, sobrevindo julgamento no qual se reconheceu a nulidade da decisão que, de ofício, determinou a inclusão de terceiro na demanda como litisdenunciado, e considerando que sua defesa se opôs diretamente às alegações do réu, cabe a este arcar com os honorários advocatícios do denunciado.* 6. *Recurso especial desprovido.*

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; RESP - RECURSO ESPECIAL – 1170028, Processo nº 2009.02.25706-3; Relator: RAUL ARAÚJO; QUARTA TURMA; Data: 15/08/2017; DJE DATA:29/08/2017).- *negritei.*

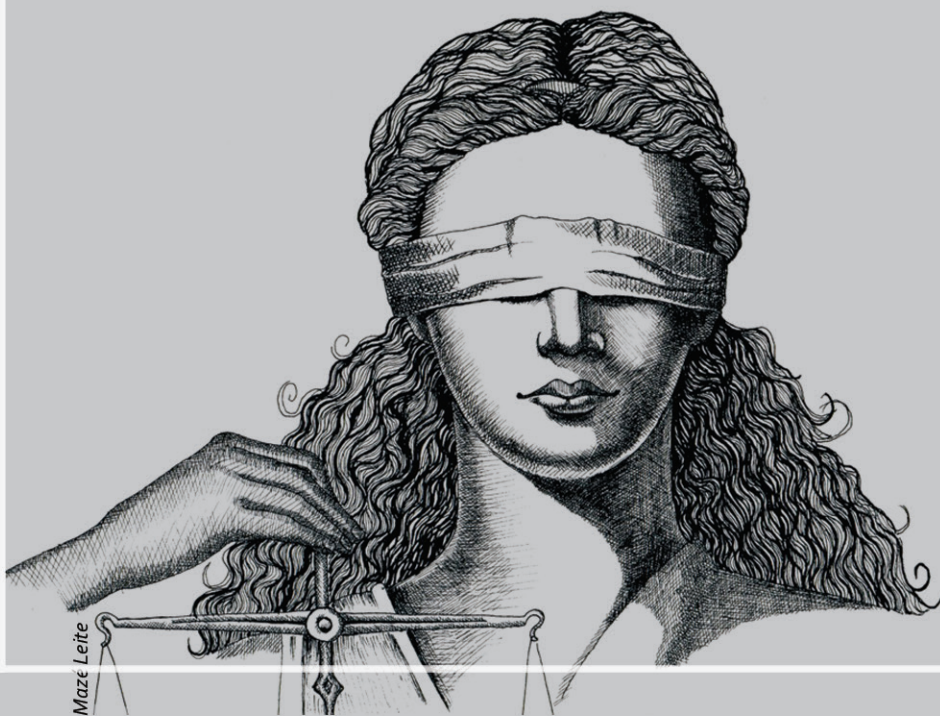
A verba honorária devida pela CEF a favor da Municipalidade fica mantida em 10% do valor da sua condenação (pagamento dos valores indevidamente sacados).

Por essas razões, dou provimento ao apelo da parte autora para isentá-la do pagamento da verba honorária à favor da municipalidade e nego provimento ao apelo da CEF.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0012418-02.2014.4.03.6000

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E PAULO DE SOUZA TAVEIRA

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 07/07/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NO MAPA E DE PRODUTOS DE USO PROSCRITO NO BRASIL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRABANDO. CONDENAÇÃO ARTIGOS 334, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR) E 334-A DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. SÚMULA Nº 711 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ELEVAÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO DE PENA.

- Crime continuado. Trata-se de uma ficção jurídica criada com o intuito de evitar uma punição exacerbada, beneficiando o agente, quando os vários crimes cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, com preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos citados no artigo 71 do Código Penal.

- Se durante a continuidade delitiva sobrevier *novatio legis in pejus*, a pena mais gravosa será aplicada a todas as infrações penais anteriormente praticadas. Assim, se o acusado pratica crimes durante meses seguidos, a continuidade delitiva será regida, no caso de sucessão de normas, não pela lei que vigorava no momento da primeira conduta, mas da última, vale dizer, da cessação da continuidade, ainda que seja a mais gravosa. Súmula nº 711 do STF

- No caso concreto, a última conduta atinente ao crime de contrabando ocorreu em 24.06.2015, razão pela qual se deve aplicar o preceito secundário do artigo 334-A do Código Penal vigente ao tempo deste crime. Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, quer sobre a incidência da Súmula 711 do STF, quer sobre o disposto no art. 71, *in fine*, do Código Penal, era o caso de realmente efetuar a dosimetria da pena com base na conduta mais grave prevista no art. 334-A do Código Penal, com redação conferida pela Lei nº 13.008/2014.

- Dosimetria da pena. Pena-base mantida no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão. Embora reconhecida a confissão, não houve alteração ante a incidência da Súmula 231 do STJ. Não se reconheceu circunstâncias agravantes ou causas de diminuição ou de aumento de pena. Considerando que restou devidamente apurada e comprovada a prática delitiva (contrabando) pelo réu por 06 vezes (05 vezes nos autos do processo de n. 0001736-51.2015.403.6000 e uma vez na ação penal de nº 2014.60.00.012418-5), o percentual de aumento da pena fixada deve ser de 1/2. Pena definitiva resta fixada em 3 (três) anos de reclusão.

- Pena definitiva. Mantida a condenação do réu pela prática do crime descrito no artigo 334, *caput*, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014) e 334-A, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal, a pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial ABERTO. Pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor da União no valor de um

salário-mínimo, vigente na data do último fato (24.06.2015), e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual fixada no valor de um trigésimo do salário-mínimo, na forma lançada em sentença.

- Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento e Apelação do réu a que se nega provimento.

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 PROVIMENTO à Apelação do Ministério Público Federal*, majorando a pena definitiva do réu para 03 (três) anos de reclusão, e *NEGAR PROVIMENTO à Apelação do réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA*, mantendo, no mais, os termos fixados em sentença, de acordo com relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de abril de 2021.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal em face de RICARDO GOMES FERREIRA e PAULO DE SOUZA TAVEIRA pela prática das condutas descritas no artigo 273, §§1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 116/118), recebida em 19.01.2016 (fl. 120):

Em 21 de dezembro de 2012, na agência dos Correios (...), o denunciado RICARDO GOMES FERREIRA, agindo com consciência e vontade, entregou para consumo produtos destinados para fins terapêuticos e/ou medicinais falsificados e destituídos do registro exigível no órgão de vigilância sanitária competente, vendidos por PAULO DE SOUZA TAVEIRA. (...) Os medicamentos foram apreendidos e encaminhados para exame pericial, sobrevivendo o Laudo nº 064/2013 (fls. 13/22), o qual conclui que, com exceção dos medicamentos brasileiros 'MARCOVIT B1 - FORTE' e 'ZOOVIT FORTE B1', devidamente registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, os produtos veterinários de origem americana 'CYANOCOBALAMIN 3000 mcg' e 'VITAMIN B COMPLEX 150', bem como os de origem argentina 'CARDIOTÓNICO CUME' e 'ESTRICNOBÉ', não possuem registro na ANVISA nem no MAPA, sendo sua importação e comercialização proibidas em território nacional. O referido laudo ainda atestou que o medicamento brasileiro 'DUALID S', apreendido junto à encomenda postal, é falso em razão da inexistência do princípio ativo descrito no rótulo, bem como pela embalagem conter lote referente a medicamentos diverso. Após diligências investigatórias, descobriu-se que os medicamentos haviam sido postados por RICARDO GOMES FERREIRA, que confessou ter feito a remessa dos produtos apreendidos a Luigi Fernandes, afirmando que os comprara em Campo Grande/MS de PAULO DE SOUZA TAVEIRA, que, inquirido pela autoridade policial, às fls. 36/37 e 60/63, confirmou realizar comércio de produtos veterinários de origem estrangeira e destituídos do respectivo registro na ANVISA há, pelo menos, seis anos.

Conforme cópia de decisão de fls. 209/210, proferida nos autos do processo nº 0001736-51.2015.403.6000, foi reconhecida a conexão probatória entre os presentes autos e a citada ação criminal, determinando-se o apensamento e reunião de ambas, com instrução e julgamento único.

Na ação penal nº 0001736-51.2015.403.6000, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de PAULO DE SOUZA TAVEIRA pela prática dos delitos descritos nos artigos 334 do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014), em continuidade delitiva, por 4 vezes (em relação aos medicamentos veterinários sem registro no Ministério da Agricultura), artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2011 (em relação à substância de uso proscrito) e artigo 56, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em continuidade delitiva, por duas vezes.

Narra a denúncia (fls. 213/219 dos citados autos), recebida em 24.02.2016 (fl. 220), que *consta no incluso inquérito policial que entre 2012 e 2015, nesta capital, o denunciado PAULO DE SOUZA TAVEIRA importou mercadoria proibida. Além disso, o denunciado importou, vendeu e distribuiu a consumo produto destinado a fins terapêuticos sem registro no órgão de vigilância sanitária e, por fim, PAULO TAVEIRA importou, vendeu e expôs a venda substância de uso proscrito*. O órgão ministerial elencou as seguintes apreensões:

1 - Em 12.06.2012 - encomenda interceptada pela Gerência de Inspeção dos Correios em Campo Grande/MS, que teria como remetente a ‘Puro Sangue e Pet’, empresa de propriedade do acusado PAULO DE SOUZA TAVEIRA, constando medicamentos veterinários de origem estrangeira e sem o devido registro no Ministério da Agricultura e Agropecuária (Cyanocobalamin, Thiamine Hydrochloride, Caco Iron Copper, Ácido Fólico, Miotonico, High Potency Vitamin B e Top Race).

2 - Em 13.07.2012 - encomenda interceptada pela Gerência de Inspeção dos Correios em Campo Grande/MS, que teria como remetente o acusado PAULO DE SOUZA TAVEIRA, constando medicamentos veterinários de origem estrangeira e sem o devido registro no Ministério da Agricultura e Agropecuária (Niacimida, Riboflavina, Cafeína, Vitamina B12, Efedrina, Atropina e Hialuronato de Sódio).

3 - Em 13.09.2012 - encomenda interceptada pela Gerência de Inspeção dos Correios em Campo Grande/MS, que teria como remetente o acusado PAULO DE SOUZA TAVEIRA, constando medicamentos veterinários de origem estrangeira e sem o devido registro no Ministério da Agricultura e Agropecuária (Cafeína, Nicotinamida, Nicetamina, Vitamina B6, B15 e B12, Cloridrato de Orfenadrina, Aspartato de Magnésio e Cianocobalamina).

4 - Em 17.04.2012 - encomenda interceptada pela Gerência de Inspeção dos Correios em Campo Grande/MS, que teria como remetente o acusado PAULO DE SOUZA TAVEIRA, contendo anabolizantes, substâncias de uso proscrito e suplementos vitamínicos, sendo eles a estricnina (substância de uso proscrito no Brasil), estanozolol (substância anabolizante) e outros medicamentos veterinários de origem estrangeira e sem o devido registro no Ministério da Agricultura e Agropecuária (vitaminas do complexo B, vitamina B12, Cloridrato de Tiamina, Cianocobalamina, cafeína, cloridrato de procaína, vitamina B15, metacarbamol, dexametasona, sais minerais de selênio, magnésio, potássio e cálcio).

5 - Em 24.06.2015 - Em cumprimento a mandado de busca e apreensão, foram encontrados, no interior do estabelecimento “Puro Sangue e Pet”, de propriedade do acusado, substância anabolizante (somatropina) de origem estrangeira e sem registro no Ministério da Agricultura.

Concluindo, o órgão ministerial asseverou que PAULO DE SOUZA TAVEIRA importou mercadorias proibidas (medicamentos veterinários sem registro no Ministério da Agricultura), incorrendo por quatro vezes no delito do artigo 334 do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014); importou e remeteu a substância estricnina, infringindo o artigo 33, *caput*,

c.c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2011 e, por fim, importou, vendeu, expôs a venda, comercializou, entregou a consumo e manteve em depósito, produtos destinados a fins terapêuticos (anabolizantes), sem registro na Anvisa, de procedência ignorada, incidindo nas penas do artigo 56, *caput*, da Lei nº 9.605/1998 por duas vezes.

Por ocasião da realização de audiência de instrução, o Ministério Público Federal requereu a readequação da denúncia imputada aos réus para o delito previsto no artigo 334, *caput*, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014), ante a informação que o acusado PAULO DE SOUZA TAVEIRA é médico veterinário, ainda no exercício da profissão, com oferecimento do benefício de Suspensão Condicional do Processo a ambos os acusados (fls. 262/265). Aceita a proposta, foi aplicado os termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995 em relação ao corréu RICARDO GOMES FERREIRA, contudo, indeferida a concessão do benefício em relação ao réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA, em razão da continuidade delitiva.

Sentença de procedência da pretensão punitiva estatal (fls. 274/280) referente aos delitos apurados nos autos de nº 0012418-02.2014.403.6000 e 0001736-51.2015.403.6000, proferida e publicada na data de 25.10.2017, pelo Exmo. Juiz Federal Dalton Igor Kita Conrado, da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, para, acolhendo o pleito ministerial de desclassificação de todos os delitos imputados nas iniciais para o crime de contrabando, condenar o réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA por violação ao artigo 334, *caput*, (redação anterior à Lei nº 13.008/2014) e 334-A, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial ABERTO. Pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor da União no valor de um salário-mínimo, vigente na data do último fato (24.06.2015), e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual fixada no valor de um trigésimo do salário-mínimo. Determinou-se, por fim, o desmembramento do feito em relação ao corréu RICARDO GOMES FERREIRA.

Apelação interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 296/297) requerendo, apenas, elevação do percentual de aumento de pena em decorrência da continuidade delitiva.

Por sua vez, o réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA apelou (fls. 315/317) insurgindo-se quanto à pena-base fixada em 02 (dois) anos de reclusão, com aplicação do artigo 334-A do Código Penal, sendo que, em razão da continuidade delitiva deveria ser considerado apenas o artigo 334 do Código Penal em sua redação anterior à Lei nº 13.008/2014, portanto, com pena-base fixada em 01 (um) ano de reclusão.

Contrarrazões apresentadas réu (fls. 300/304) pelo órgão ministerial (fls. 319/320).

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República emitiu parecer (fls. 322/326) pelo provimento do recurso da acusação e pelo desprovimento da Apelação da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

O réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA foi condenado pela prática do crime de contrabando, em continuidade delitiva, descrito no artigo 334, *caput*, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014) e 334-A, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal, *in verbis*:

Contrabando e descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

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

Sem insurgência das partes quanto à desclassificação de todos os delitos imputados nas denúncias ao réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA para o crime de contrabando. A questão restou assim tratada pela r. sentença:

Desclassificação

A acusação, em alegações finais, apresentadas oralmente em audiência, requereu a desclassificação de todos os crimes imputados para o art. 334, do CP. A defesa, em alegações finais, também oralmente, em audiência, concordou com a desclassificação e requereu a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista o baixo valor das mercadorias.

A materialidade delitiva, autoria e elemento subjetivo não foram objeto de questionamento, razão pela qual se passa à análise das Apelações ofertadas pelo Ministério Público Federal e pela Defesa na extensão e profundidade delimitadas nas razões recursais apresentadas as quais se voltaram apenas quanto à dosimetria da pena.

DOSIMETRIA DA PENA

No que concerne à dosimetria da pena, restou estabelecido em sentença:

(fatos: 12.6.2012, 13.7.2012, 13.9.2012, 17.4.2012 e 21.12.2012)

O réu não registra maus antecedentes criminais, conforme folhas de antecedentes e certidões de fls. 125/126, 178 e 181. Inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados maus antecedentes, em face do princípio constitucional do estado de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'). A culpabilidade, entendida com intensidade do dolo (STF, RHC n. 116169, j. 18.6.2013, rel. Min. Gilmar Mendes) não desborda dos limites do tipo, nada há sobre a conduta social do réu; personalidade comum; motivos do crime não desfavorecem o réu. As circunstâncias do fato não desfavorecem o réu; consequências extrapenais não foram graves; comportamento da vítima não facilitou ou incentivou a ação do réu. Atento à diretrizes do art. 59, do CP, acima analisadas, fixa a pena-base, para o réu, no mínimo legal, previsto no art. 334, caput, do Código Penal, isto é, em 1 (um) ano de reclusão, em relação a cada um dos crimes imputados, acima indicados. Há a atenuante da confissão, porém, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, deixou de aplicá-la (Súmula 231 do STJ). Não há agravante, causa de diminuição ou de aumento.

(fato: 24.6.2015)

O réu não registra maus antecedentes criminais, conforme folhas de antecedentes e certidões de fls. 125/126, 178 e 181. Inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados maus antecedentes, em face do princípio constitucional do estado de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'). A culpabilidade, entendida com intensidade do dolo (STF, RHC n. 116169, j. 18.6.2013, rel. Min. Gilmar Mendes) não desborda dos limites do tipo, nada há sobre a conduta social do réu; personalidade comum; motivos do crime não desfavorecem o réu. As circunstâncias do fato não desfavorecem o réu; consequências extrapenais

não foram graves; comportamento da vítima não facilitou ou incentivou a ação do réu. Atento à diretrizes do art. 59, do CP, acima analisadas, fixa a pena-base, para o réu, no mínimo legal, previsto no art. 334-A, do Código Penal (redação da Lei n. 13.008, de 26.6.2014), isto é, em 2 (dois) anos de reclusão. Há a atenuante da confissão, porém, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, deixou de aplicá-la (Súmula 231 do STJ). Não há agravante, causa de diminuição ou de aumento. *Crime continuado*. A acusação e a defesa requereram que fosse aplicada a pena mínima, em relação à continuidade delitiva, isto porque foram praticados vários crimes em datas próximas, nas condições do art. 71, do CP. Tendo em vista que a maior pena aplicada foi de 2 (dois) anos de reclusão, nos termos do art. 71, do CP, elevo a pena mais grave na fração mínima (1/6), resultando em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Em razões de Apelação, o órgão ministerial pleiteia tão-somente a elevação do percentual de aumento de pena em decorrência da continuidade delitiva (não obstante fosse o caso de aplicação do concurso material em relação à última conduta), aduzindo que *o julgador não sopesou adequadamente o quantum a ser aumentado, de modo a aplicar a pena em quantidade necessária e suficiente para a prevenção e reprovação dos crimes*. Assevera, ainda, que *a lesividade da conduta criminosa, que se repetiu durante três anos, merece maior reprovabilidade estatal. Portanto, a r. sentença merece reforma por parte desse E. Tribunal, a fim de majorar a fração aplicada na causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, uma vez que a pena definitivamente aplicada representa insuficiente resposta estatal aos ilícitos perpetrados*.

Por sua vez, o réu apelou requerendo que a pena-base seja fixada, em razão da continuidade delitiva, de acordo com o preceito secundário do artigo 334 do Código Penal, em sua redação anterior à Lei nº 13.008/2014.

Insurgem-se, na verdade, sobre a aplicação dos critérios do crime continuado ao caso concreto.

Previsto no artigo 71 do Código Penal, o crime continuado ocorre *quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem as subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços*.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, *quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, cria-se uma suposição de que os subsequentes são uma continuação do primeiro, formando o crime continuado. É a forma mais polêmica de concurso de crimes, proporcionando inúmeras divergências, desde a natureza jurídica até a conceituação de cada um dos requisitos que o compõem*. Narram os penalistas que o crime continuado teve sua origem entre os anos de 1500 e 1600, em teoria elaborada pelos práticos italianos, dos quais ressaltam-se os trabalhos de Prospero Farinacio e Julio Claro. Naquela época, a lei era por demais severa, impondo a aplicação da pena de morte quando houvesse a prática do terceiro furto pelo agente (Potest pro tribus furtis quamvis minimis poena mortis imponi). O tratamento era, sem dúvida, cruel, mormente numa época de tanta fome e desolação na Europa. (Código Penal Comentado, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019. Página 542).

O referido doutrinador continua dizendo que o melhor tratamento normativo para o instituto do crime continuado foi obtido pelo Código Toscano de 1853, no qual se vê, no artigo 80 o seguinte: *várias soluções da mesma norma penal cometidas num mesmo contexto de ações ou, mesmo que em momentos diversos, com atos executórios frutos da mesma resolução*

criminosa, consideram-se um só delito continuado; mas a continuidade do delito acresce a pena dentro dos seus limites legais (Reato continuado, p. 35) (ob. cit. pág. 542/543).

No Brasil, a legislação penal também adotou o crime continuado como uma ficção jurídica, valendo-se a lei em conferir um tratamento especial ao concurso material, dando ênfase à unidade de desígnios e estabelecendo uma maneira mais benéfica de dosar-se a pena. Nesse sentido: *STJ HC 12.719-RJ, 6ª Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, 13.02.2001*. Segundo o citado doutrinador, adotam esta teoria também *Heleno Fragoso, Manoel Pedro Pimentel, Jair Leonardo Lopes, Carrara e Manzini* (ob. cit. pág. 543).

Trata-se, portanto, de uma ficção jurídica, criada com o intuito de evitar uma punição exacerbada, beneficiando o agente, quando os vários crimes cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, com preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos citados no artigo 71 do Código Penal.

Considerando os termos expostos, e conforme alegado nas contrarrazões recursais do órgão ministerial (fls. 319/320) e no parecer da Procuradoria Regional da República, deve ser afastada a insurgência do réu em observância ao teor da Súmula nº 711 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: *a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*.

Portanto, se durante a continuidade delitiva sobrevier *novatio legis in pejus*, a pena mais gravosa será aplicada a todas as infrações penais anteriormente praticadas. Assim, se o acusado pratica crimes durante meses seguidos, a continuidade delitiva será regida, no caso de sucessão de normas, não pela lei que vigorava no momento da primeira conduta, mas da última, vale dizer, da cessação da continuidade, ainda que seja a mais gravosa.

A interpretação que deve ser conferida é a de analisar-se qual a lei vigente na cessação das condutas, ainda que mais grave, conforme compreensão consolidada da Súmula nº 711 do Supremo Tribunal Federal. Exatamente o caso dos autos, em que a legislação referente ao crime de contrabando foi alterada pela Lei nº 13.008/2014. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente aplicável, nos termos da aludida Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, destaque-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATO LIBIDINOSO. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. MAJORANTE DO ARTIGO 226, II, DO CP. PARTE DAS CONDUTAS PRATICADAS ANTES DA LEI N. 11.106/2005. SÚMULA N. 711 DO STF.

1. Segundo orientação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal e observada pela jurisprudência desta Corte Superior, 'a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência' - Súmula n. 711/STF.

2. Consoante delimitado pela denúncia e a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, a partir do exame fático-probatório dos autos, o agravante praticou atos libidinosos contra a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade durante todo o ano de 2005.

3. Indiscutível, portanto, a incidência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal, na proporção de 1/2 (metade), haja vista a entrada em vigor da Lei n. 11.106/2005 na data de sua publicação na imprensa oficial, isto é, em 29/3/2005, enquanto perdurava a continuidade delitiva reconhecida pela instância ordinária.

4. Agravo regimental desprovido. (g.n.)

(STJ. Processo nº 2015.01.65037-9. Agravo Regimental em Embargos de Declaração de Recurso Especial - 1542493, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 28.05.2019,

DJE DATA: 06.06.2019)

A última conduta atinente ao crime de contrabando ocorreu em 24.06.2015, razão pela qual se deve aplicar o preceito secundário do artigo 334-A do Código Penal vigente ao tempo deste crime.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, quer sobre a incidência da Súmula nº 711 do STF, quer sobre o disposto no art. 71, *in fine*, do Código Penal, era o caso de realmente efetuar a dosimetria da pena com base na conduta mais grave prevista no art. 334-A do Código Penal, com redação conferida pela Lei nº 13.008/2014.

Assim, corretamente fixada pela r. sentença a pena-base prevista para este crime, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão.

A pena-base foi mantida no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão. Embora reconhecida a confissão, não houve alteração ante a incidência da Súmula 231 do STJ. Não se reconheceu circunstâncias agravantes ou causas de diminuição ou de aumento de pena.

Quanto a fração de aumento a ser considerado no caso concreto, destaque-se os termos do seguinte julgado:

CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. INCERTEZA QUANTO AO NÚMERO DE AÇÕES DELITIVAS. FRAUDE PRATICADA SUCESSIVAS VEZES NO PERÍODO DE UM ANO. QUANTUM SUPERIOR AO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Pacificou-se neste Sodalício o entendimento de que a fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações; e 2/3 para 7 ou mais infrações.

2. Não sendo possível precisar o número exato de ilícitos praticados, este Superior Tribunal de Justiça entende que a fração de aumento deve ser fixada com base na sua duração. Precedentes.

3. No caso dos autos, as fraudes ocorreram por diversas vezes, em datas incertas, no ano de 2003, o que justifica a majoração da reprimenda do réu em metade, ficando definitivamente fixada em 3 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, mais pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa.

(...)

(STJ, Quinta Turma, Habeas Corpus - 442316, Processo nº 2018.00.67542-1, Julg. em 26.11.2019, Rel. Jorge Mussi, DJE de 05.12.2019)

Portanto, considerando que restou devidamente apurada e comprovada a prática delitiva (contrabando) pelo réu por 06 vezes (05 vezes nos autos do processo de n. 0001736-51.2015.403.6000 e uma vez na ação penal de nº 2014.60.00.012418-5), o percentual de aumento da pena fixada deve ser de 1/2.

Nestes termos, a pena definitiva resta fixada em 3 (três) anos de reclusão.

Mantido o regime inicial de cumprimento da pena em ABERTO, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

Do mesmo modo, sem insurgência das partes, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa, de acordo com o disposto no artigo 44, §2º, do Código Penal, a saber: *Pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor da União no valor de um salário-mínimo, vigente na data do último fato (24.06.2015), e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual fixada no valor de um trigésimo do salário-mínimo.*

PENA DEFINITIVA

Condenação do réu pelo crime descrito no artigo 334, *caput*, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 13.008/2014) e 334-A, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal, a pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial ABERTO. Pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor da União no valor de um salário-mínimo, vigente na data do último fato (24.06.2015), e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual fixada no valor de um trigésimo do salário-mínimo, na forma lançada em sentença.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PROVIMENTO à Apelação do Ministério Público Federal*, majorando a pena definitiva do réu para 03 (três) anos de reclusão, e *NEGAR PROVIMENTO à Apelação do réu PAULO DE SOUZA TAVEIRA*, mantendo, no mais, os termos fixados em sentença, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0004491-27.2015.4.03.6104

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelado: JHONATAN DOS SANTOS DO CARMO MARCAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/07/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PRECONCEITO. RACISMO. NAZISMO. LEI Nº 7.716/89. CONCURSO FORMAL. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA.

1. O fato de o apelado ter disponibilizado vídeos no Youtube não configura culpabilidade mais elevada, especialmente porque essa circunstância é inerente à forma qualificada prevista no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, que prevê pena mais alta quando o crime é praticado por meio da internet. A admitir-se a pretensão do órgão acusatório, incorrer-se-ia em *bis in idem*. Quanto à personalidade e à conduta social do apelado, não há nos autos elementos seguros a indicar, de forma efetiva, o seu comportamento em sociedade, não sendo possível afirmar, *a priori*, tratar-se de pessoa com má conduta social ou com personalidade desajustada e voltada ao cometimento de crimes.

2. O juízo considerou que cada uma das três postagens feitas pelo apelado constituiria os crimes do art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.716/89, tendo sido praticados em concurso formal, já que cada vídeo continha agressões racistas e nazistas, ensejando lesões a bens jurídicos diversos. Em razão disso, considerou que os três crimes da mesma espécie teriam sido praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, de modo a caracterizar o crime continuado (CP, art. 71), e não concurso material, como entendera o MPF na denúncia. Entendimento confirmado quanto ao concurso formal.

3. No que se refere à continuidade delitiva, prática dos crimes superou em muito o lapso de 30 (trinta) dias entre cada um deles, o que descaracteriza a continuidade delitiva. Contudo, como o recurso da acusação não tratou desse ponto específico e a continuidade delitiva é mais benéfica ao apelado, mantenho a incidência dessa causa de aumento.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de duas infrações; 1/5 (um quinto) para três infrações; 1/4 (um quarto) para quatro infrações; 1/3 (um terço) para cinco infrações; 1/2 (metade) para seis infrações e 2/3 (dois terços) para sete ou mais infrações (STJ, HC 486.118/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 19.03.2019, DJe 26.03.2019).

5. Não procede a pretensão de aumento da pena de multa, haja vista ter sido fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, em consonância com o entendimento da Décima Primeira Turma deste Tribunal (ACR 0002526-47.2011.4.03.6106/SP, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 01.09.2015, e-DJF3 Judicial 1 03.09.2015).

6. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação, apenas para majorar a fração de aumento relativa à continuidade delitiva, ficando a pena definitiva estabelecida em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, nos termos da fundamentação supra, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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 1ª Vara Federal de São Vicente/SP que condenou JHONATAN DOS SANTOS DO CARMO MARÇAL à pena de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, pelo cometimento, em concurso formal e em continuidade delitiva, dos crimes tipificados nos arts. 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.716/89.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no valor de 2 (dois) salários mínimos, e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, ambas a serem definidas pelo juízo da execução.

A denúncia (recebida em 18.05.2018 – ID 124971591) narra:

Em 07 de junho de 2012 e 20 de janeiro de 2013, no Município de São Vicente, *Jhonatan dos Santos do Carmo Marçal* publicou, respectivamente, vídeos no sítio eletrônico www.youtube.com de nome “peste negra” e “sppatria”, com conteúdo de incitação ao preconceito e discriminação por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, além de ter publicado, em 2013, no mesmo sítio, outro vídeo com conteúdo da mesma natureza, intitulado “wolves of south américa” (fls. 41/76). Além disso, em busca e apreensão realizada em sua casa, foram encontrados dois artefatos explosivos improvisados contendo pólvora que, em testes de eficácia, revelaram o potencial de causar danos, lesões e mortes (fls. 174/181 e 215/217).

Os fatos vieram à tona no curso da ação penal 0012270-35.2011.403.6181, proposta em face de Erick Cezário de Andrade, responsável pelo sítio eletrônico www.sppatria.webs.com, que possuía conteúdo discriminatório e de cunho neonazista.

A sentença foi publicada em 12.08.2019 (ID 124971612).

Em suas razões recursais (ID 124971613), o MPF requer (i) a exasperação da pena-base; (ii) o aumento da fração de aplicação da continuidade delitiva; (iii) o aumento da pena de multa.

Foram apresentadas contrarrazões pela Defensoria Pública da União (ID 124971636).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo parcial provimento do recurso, apenas para ser aplicada a fração de 1/5 (um quinto) a título de aumento pela continuidade delitiva (ID 126198892).

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 que condenou JHONATAN DOS SANTOS DO CARMO MARÇAL pela prática, em concurso formal e em continuidade delitiva, dos crimes tipificados nos arts. 20, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.716/89 (preconceito de raça, cor e etnia).

A insurgência resume-se à dosimetria da pena, que passo a reexaminar.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base de cada crime em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínimo legal, por não considerar negativa nenhuma das circunstâncias judiciais (CP, art. 59).

O MPF requer a majoração da pena-base em função da valoração negativa da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente e das circunstâncias e consequências do crime. Sem razão, porém.

O fato de o apelado ter disponibilizado vídeos no Youtube não configura culpabilidade mais elevada, especialmente porque essa circunstância é inerente à forma qualificada prevista no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, que prevê pena mais alta quando o crime é praticado por meio da internet. A admitir-se a pretensão do órgão acusatório, incorrer-se-ia em *bis in idem*.

Quanto à personalidade e à conduta social do apelado, não há nos autos elementos seguros a indicar, de forma efetiva, o seu comportamento em sociedade, não sendo possível afirmar, *a priori*, tratar-se de pessoa com má conduta social ou com personalidade desajustada e voltada ao cometimento de crimes. O fato de o apelado ter sido encontrado com materiais nazistas não é suficiente para se concluir pela sua conduta social desajustada.

Do mesmo modo, as circunstâncias e as consequências do crime, no caso, são neutras.

Por isso, mantenho a pena-base de cada crime no mínimo legal.

Na *segunda fase*, o juízo não reconheceu circunstâncias agravantes e reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, “d”), pois o acusado admitiu os fatos e isso foi considerado na sentença, o que confirmo. Todavia, a pena intermediária não se altera, tendo em vista a orientação da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na *terceira fase*, o juízo não aplicou nenhuma causa de diminuição e aplicou as causas de aumento do concurso formal (CP, art. 70), na fração de 1/6 (um sexto) e da continuidade delitiva (CP, art. 71), na fração de 1/6 (um sexto).

O juízo considerou que cada uma das três postagens feitas pelo apelado constituiria os crimes do art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.716/89, tendo sido praticados em concurso formal, já que cada vídeo continha agressões racistas e nazistas, ensejando lesões a bens jurídicos diversos. Em razão disso, considerou que os três crimes da mesma espécie teriam sido praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, de modo a caracterizar o crime continuado (CP, art. 71), e não concurso material, como entendera o MPF na denúncia. Transcrevo o seguinte trecho da sentença:

Cumpre esclarecer que restou demonstrada a ocorrência de dois delitos, quais sejam, aquele previsto no “caput” do art. 20, na forma do §2º, e o previsto no §1º, também do art. 20, todos da Lei 7.716/89.

Ocorre que se trata de crimes da mesma espécie, e que foram praticados mediante uma só ação, eis que, em um mesmo vídeo publicado, o réu incitou a discriminação racial e divulgou

o nazismo, de modo que reconheço o concurso formal de delitos, em relação a cada vídeo analisado individualmente.

E mais, o acusado publicou três vídeos no site youtube, sendo dois em 2012 e um em janeiro de 2013, vale dizer, mediante mais de uma ação, praticou crimes da mesma espécie, por três vezes, sendo que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, incidindo, na hipótese, também a regra do art. 71 do Código Penal.

(...)

Conforme fundamentação supra, mediante uma única ação (publicação de um vídeo), o réu incorreu na prática do delito do art. 20, §1º e §2º da Lei 7.716/89, restando configurada a hipótese do concurso formal entre tais delitos. Assim, considerando que a pena imposta para ambos é a mesma, aplico ao réu apenas uma delas, aumentada de 1/6 (um sexto), o que resulta pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro meses) de reclusão.

Confirmo o raciocínio exposto na sentença, pois se trata realmente de concurso formal, e o aumento na fração de 1/6 (um sexto) é adequado e proporcional. Assim, a pena passa para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

No que se refere à continuidade delitiva, porém, a prática dos crimes superou em muito o lapso de 30 (trinta) dias entre cada um deles, o que descaracteriza a continuidade delitiva. Contudo, como o recurso da acusação não tratou desse ponto específico e a continuidade delitiva é mais benéfica ao apelado, mantenho a incidência dessa causa de aumento.

Todavia, relativamente à fração de aumento aplicada, tem razão o MPF ao requerer seja o aumento feito na fração de 1/5 (um quinto), haja vista a prática de 3 (três) crimes.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de duas infrações; 1/5 (um quinto) para três infrações; 1/4 (um quarto) para quatro infrações; 1/3 (um terço) para cinco infrações; 1/2 (metade) para seis infrações e 2/3 (dois terços) para sete ou mais infrações (STJ, HC 486.118/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 19.03.2019, DJe 26.03.2019).

Assim, considerando que foram três os delitos praticados, a fração a ser aplicada é de 1/5 (um quinto), de sorte que a pena definitiva fica estabelecida em *2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa*, mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Não procede a pretensão de aumento da pena de multa, haja vista ter sido fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, em consonância com o entendimento da Décima Primeira Turma deste Tribunal (ACR 0002526-47.2011.4.03.6106/SP, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 01.09.2015, e-DJF3 Judicial 1 03.09.2015).

Mantenho o *regime aberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como a *substituição* dessa pena por duas penas restritivas de direitos, nos termos estabelecidos na sentença.

Posto isso, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação, apenas para majorar a fração de aumento relativa à continuidade delitiva, ficando a pena definitiva estabelecida em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0009862-56.2016.4.03.6000

Apelantes: PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/07/2021

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE FORMULÁRIO DE IDENTIFICAÇÃO DO CONDUTOR E CÓPIA DA CNH FALSA PERANTE A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO, DE OFÍCIO, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, III DO CPP.

Requerimentos ou petições dirigidos às autoridades públicas não constituem documento para fins penais, já que não são dotados de valor probante. Disso decorre que o uso perante a Polícia Rodoviária Federal de formulário de identificação de condutor infrator contendo informação inverídica não configura o delito do art. 304 c/c art. 299 do CP.

Consta que o os acusados também fizeram uso de uma cópia reprográfica da CNH, sem autenticação. A cópia da CNH não pode ser considerada documento para fins penais, e, portanto, a sua utilização não tem o condão de configurar objeto material do crime de uso de documento falso.

Réus absolvidos, de ofício, com fundamento no art. 386, III do CPP.

Negado provimento ao recurso ministerial. Prejudicada a análise das apelações interpostas pelos réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento do feito, após o voto vista do Des. Fed. Fausto De Sanctis, NO SENTIDO DE ACOMPANHAR O VOTO DO DES. FED. RELATOR, foi proclamado o seguinte resultado: A Décima Primeira Turma, POR UNANIMIDADE, DECIDIU negar provimento ao apelo ministerial e, de ofício, absolver Sidnei Francisco Barbosa e Paulo Eduardo Costa de Carvalho com fundamento no art. 386, III do CPP, restando prejudicado o exame das apelações interpostas pela defesa dos réus, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. FED. RELATOR, QUE LAVRARÁ O ACÓRDÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO em face da

sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que condenou os réus pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP.

Narra a denúncia (ID 144186081- pag. 2/5):

“1. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO IDEOLOGICAMENTE FALSO (Art. 304 c/c art. 299, ambos do CP). No dia 23 de setembro de 2015, perante o Núcleo de Documentação da 3ª Superintendência Regional da Polícia Rodoviária Federal, nesta capital, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO, agindo em unidade de desígnios, com plena consciência e livre vontade, fizeram uso de documento público ideologicamente falso ao protocolar naquela Superintendência “formulário de identificação do condutor infrator”, assinado pelo primeiro denunciado, com a finalidade de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. [...] Assim agindo, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO incorreram no crime de uso de documento público ideologicamente falso, tipificado no art. 304 c/c artigos 299, ambos do Código Penal.

[...] 2. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO MATERIALMENTE FALSO (art. 304 C/C art. 297, *caput*, ambos do CP). Na mesma ocasião, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO, agindo em unidade de desígnios, com plena consciência e livre vontade, fizeram uso de documento público materialmente falso ao apresentar, junto ao “formulário de identificação do condutor infrator”, a Carteira Nacional de Habitação nº 565536204 inautêntica registrada em nome de SIDNEI FRANCISCO BARBOSA (f. 06). Pesquisas realizadas pela Polícia Rodoviária Federal constataram não existir registro no sistema RENACH em nome de SIDNEI FRANCISCO BARBOSA (fl. 07/08 e 47). [...]

Conclui-se que, assim agindo, SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO incorreram no crime de uso de documentos públicos materialmente falso, tipificado no art. 304 c/c artigos 297, ambos do Código Penal”.

A denúncia foi recebida em 18/01/2017 (ID 144186081- pag 6/8).

Após regular instrução, o Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS proferiu a sentença ID 144186132 (pag. 39/48), publicada em 06/03/2018, por meio da qual condenou Sidnei Francisco Barbosa e Paulo Eduardo Costa de Carvalho pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias multa no valor unitário equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade imposta a ambos os réus foi substituída por uma privativa de liberdade consistente em prestação de serviços à comunidade e uma pena de multa equivalente a 10 dias multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato.

O Ministério Público Federal interpôs apelação (ID 144186133 – pag. 1). Em suas razões recursais, pede o reconhecimento do concurso material de delitos; aumento da pena-base e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade e uma de prestação pecuniária (ID 144186133 – pag. 14/17).

Contrarrazões apresentadas pela defesa de Sidnei (ID 144186133 – pag. 32/36) e de Paulo (ID 144186155).

A defesa de Sidnei interpôs apelação objetivando a absolvição por ausência de dolo e a concessão da gratuidade da justiça (ID 144186133 – pag. 10 e 20/25).

Por sua vez, a defesa de Paulo apelou pleiteando a absolvição por ausência de dolo e, ainda, a concessão da gratuidade da justiça (ID 144186154).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, manifestando-se pelo desproviamento dos recursos (ID 144186158).

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do apelo do órgão acusatório e pelo não provimento das apelações interpostas pelos réus (ID 144682198).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos pelo Ministério Público Federal e pelos réus Sidnei Francisco Barbosa e Paulo Eduardo Costa de Carvalho.

De acordo com a sentença, os réus foram condenados pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, em razão da utilização de formulário de identificação de condutor contendo informação ideologicamente falsa e por apresentar cópia de CNH falsa perante a Superintendência da Polícia Federal.

Em seu apelo, o Ministério Público Federal pretende o reconhecimento do concurso material (art. 304 c/c art. 299 do CP e art. 304 c/c art. 297 do CP), além da exasperação da pena-base e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

A defesa de ambos os réus pede a absolvição por ausência de dolo e a gratuidade da justiça.

Consta dos autos que no dia 23/09/2015, os réus, agindo em concurso, apresentaram o “Formulário de Identificação do Condutor Infrator” (ID 144186078 – pag. 6), em nome de Sidnei Francisco Barbosa, CPF 950.635.011-68, CNH nº 00565536204/MS, perante a 3ª Superintendência Regional de Polícia Rodoviária Federal.

No referido formulário, os réus inseriram a informação de que Sidnei, titular da CNH nº 00565536204/MS, teria praticado a infração de trânsito na condução do veículo de placas NUG-7541-MS, para fins de cumprimento do art. 257 do CTB.

Juntamente com o formulário, foi apresentada a cópia da CNH de Sidnei Francisco Barbosa, nº de espelho nº 906295950 e nº de registro 906295950.

Em consulta ao sistema RENACH, a Superintendência Regional de Polícia Federal constatou que não havia registro da CNH 906295950, tratando-se de documento falso.

Da atipicidade das condutas

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que requerimentos ou petições dirigidos às autoridades públicas não constituem documento para fins penais. Disso decorre que o uso perante a Polícia Rodoviária Federal de formulário de identificação de condutor infrator contendo informação inverídica não configura o delito do art. 304 c/c art. 299 do CP.

Trata-se de fato penalmente atípico, considerando que as informações ali inseridas estão sujeitas à averiguação ulterior, razão pela qual o referido formulário não pode ser considerado documento para fins penais, já que não é dotado de valor probante.

Nesse sentido:

PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. VERIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA. ATIPICIDADE.

1. Não caracteriza falsidade ideológica a aposição de conteúdo falso em documento sujeito à verificação obrigatória pela autoridade competente, sendo atípica a conduta por falta de potencial lesivo.

2. Apelação da acusação desprovida e apelação da defesa provida.
(TRF3. ACR 00070492720144036000. QUINTA TURMA. ANDRÉ NEKATSCHALOW. e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/11/2016) - grifei

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE POSSE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DECLARAÇÃO FALSA. DOCUMENTO SUJEITO À VERIFICAÇÃO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. CPP. ART. 386, INCISO III. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não existe falso ideológico em documento sujeito a verificação. A declaração feita em documento deve valer por si só. Se depender de comprovação ou de verificação, não é idônea para a configuração do delito em apreço;
2. Manutenção da sentença absolutória que se impõe (art. 386, inciso III, do CPP);
3. Recurso da acusação desprovido
(TRF3. Ap. 00005534320094036004. MAURICIO KATO. QUINTA TURMA. e-DJF3 08/11/2017).

PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTO SUJEITO A POSTERIOR VERIFICAÇÃO, SEM INDAGAÇÃO COMPLEXA.

1. Não há ofensa à fé pública e conseqüentemente não se perfaz a figura delituosa do art. 299 do Código Penal, simples requerimento de inscrição em concurso público, onde se afirma, sob as penas da lei, ser portador de diploma de Bacharel em Direito, sem que isto corresponda à realidade. É que o requerimento nesta hipótese, sujeito a posterior verificação, sem indagação complexa e futura, não se presta à comprovação da condição habilitadora, ou na dicção do STF, não vale por si mesmo.
2. Recurso especial não conhecido.
(STJ. RESP 199700436918. FERNANDO GONÇALVES. SEXTA TURMA. DJE 13/10/1998).

Assim, diante da atipicidade do delito do art. 304 c/c art. 299 do CP (uso de formulário de Identificação do Condutor Infrator contendo informação ideologicamente falsa), subsiste a segunda conduta típica narrada na denúncia, consistente no uso de documento público materialmente falso, pois, no mesmo ato, os réus também apresentaram uma CNH falsa junto à Superintendência da Polícia Rodoviária Federal.

Caso o formulário estivesse acompanhado de documento inidôneo, estaria configurado o crime de uso de documento falso.

Ocorre que os acusados fizeram uso de uma cópia reprográfica da CNH de Sidnei, sem autenticação, o que também não configura documento para fins penais.

Observe que no carimbo de protocolo lançado no formulário não consta que houve a apresentação do documento original, juntamente com a cópia, para fins de conferência. O que se extrai das provas constantes dos autos é que, além do formulário de identificação de condutor foi apresentada apenas a fotocópia simples da CNH de Sidnei.

A cópia da CNH não pode ser considerada documento para fins penais, e, portanto, a sua utilização não tem o condão de configurar objeto material do crime de uso de documento falso.

Nessa esteira, trago os seguintes precedentes:

“HABEAS CORPUS”. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela 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. Precedentes.

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.

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E USO DE DOCUMENTO FALSO. CÓPIA XEROGRÁFICA DE CONTRATO SEM AUTENTICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONSIDERADO DOCUMENTO PARA FINS PENAIIS. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cópias xerográficas ou reprográficas sem a respectiva autenticação não configuram documento particular para fins penais.

2. No caso dos autos, o documento que teria sido falsificado e apresentado pelo paciente perante a ANATEL cuida-se de mera cópia reprográfica, sem autenticação, e que não possui qualquer potencialidade lesiva, o que pode ser constatado pela perícia realizada, na qual se ressaltou, em diversos momentos, a dificuldade de se proceder ao exame de peças não originais, concluindo que não seria possível atestar inequivocamente que teria sido alterado, havendo apenas indícios de que teria nele ocorrido uma rasura, o que revela a atipicidade da conduta que lhe foi imputada.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

(STJ. HC 325746 / RN. QUINTA TURMA. RELATOR MINISTRO JORGE MUSSI. DJe 01/12/2015) - grifei

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304, DO CP. FOTOCÓPIA NÃO AUTENTICADA.

A utilização de cópia reprográfica sem autenticação não pode ser objeto material de crime de uso de documento falso (Precedentes do STJ). *Writ* concedido.

(STJ. HC 2004.00.14923-3. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. DJ DATA:29/08/2005) - grifei

“CRIMINAL. HC. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO AO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE CONFIGURADA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CÓPIA DE RECIBO SEM AUTENTICAÇÃO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CAUSAR DANO À FÉ PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA. (...)

IV A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a cópia de documento sem autenticação não possui potencialidade para causar dano à fé pública, não podendo ser objeto material do crime de uso de documento falso. Precedentes. (...)”

(STJ, HC 58.298/SP, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04/06/2007, p. 384) - grifei

“HABEAS CORPUS. FALTA DE JUSTA CAUSA. FALSIDADE DOCUMENTAL. CÓPIAS NÃO AUTENTICADAS. ATIPICIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - Cópias reprográficas simples, sem autenticação, não podem ser objeto material do crime previsto no artigo 304, c.c. art. 297, ambos do C.P., pois não se constituem em documento, além de estar evidenciado, no caso, a ausência de potencialidade lesiva, por não causar risco de ofensa ao bem jurídico.

II - De outro lado, trata-se de crime que deixa vestígios, necessitando-se, para comprovação de sua materialidade, de exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do CPP. Além disso, não consta na denúncia qual a adulteração realizada pelos acusados, o que implica, também, na ausência de justa causa para ação penal.

III- Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra os pacientes.”
(TRF 3ª Região, HC 2003.03.00.044846-0, 1ª Turma, rel. Juiz Federal Convocado Ferreira da Rocha, DJ 24/10/2003, p. 297)

O Ofício nº 1680/2015-GAB expedido pela 3ª Superintendência Regional de Polícia Rodoviária Federal deixa claro que houve tão somente a apresentação de fotocópia da CNH:

“em atenção ao ofício mencionado em epígrafe, que versa sobre esclarecimentos a respeito da conduta do senhor Sidnei Francisco Barbosa, cabe informar:

A cópia da Carteira Nacional de Habilitação do referido indivíduo foi recebida pelo Núcleo de Documentação (protocolo) desta Regional, pela contratada Edilaine Feitosa Santander, CPF nº 051.956.641-52. Esta cópia estava anexada ao formulário de identificação de condutor infrator [...]”.

Assim, não obstante a reprovabilidade das condutas, deve ser reconhecida, de ofício, a atipicidade dos fatos, de modo a absolver os réus com fundamento no art. 386, III do CPP.

Dispositivo

Pelo exposto, nego provimento ao apelo ministerial e, de ofício, absolvo Sidnei Francisco Barbosa e Paulo Eduardo Costa de Carvalho com fundamento no art. 386, III do CPP, restando prejudicado o exame das apelações interpostas pela defesa dos réus.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO VISTA

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS: Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO contra a sentença prolatada pelo Juízo Federal da 5ª Vara de Campo Grande/MS, que condenou os réus pela prática do delito previsto no artigo 304 c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias multa no valor unitário equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade imposta a ambos os réus foi substituída por uma privativa de liberdade consistente em prestação de serviços à comunidade e uma pena de multa equivalente a 10 dias multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato.

Na sessão realizada no dia 26.11.2020, o e. Relator negou provimento ao recurso de Apelação do Ministério Público Federal e, de ofício, absolveu os réus SIDNEI FRANCISCO BARBOSA e PAULO EDUARDO COSTA DE CARVALHO com fundamento no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal, restando prejudicado o exame das apelações interpostas pela defesa dos réus.

Passo ao voto.

Após analisar detidamente o acervo probatório colacionado aos autos, chego à mesma conclusão esposada pelo Relator em seu voto.

O e. Relator absolveu os réus sob o seguinte fundamento:

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que requerimentos ou petições dirigidos às autoridades públicas não constituem documento para fins penais. Disso decorre

que o uso perante a Polícia Rodoviária Federal de formulário de identificação de condutor infrator contendo informação inverídica não configura o delito do art. 304 c/c art. 299 do CP. Trata-se de fato penalmente atípico, considerando que as informações ali inseridas estão sujeitas à averiguação ulterior, razão pela qual o referido formulário não pode ser considerado documento para fins penais, já que não é dotado de valor probante.

Assim, diante da atipicidade do delito do art. 304 c/c art. 299 do CP (uso de formulário de Identificação do Condutor Infrator contendo informação ideologicamente falsa), subsiste a segunda conduta típica narrada na denúncia, consistente no uso de documento público materialmente falso, pois, no mesmo ato, os réus também apresentaram uma CNH falsa junto à Superintendência da Polícia Rodoviária Federal.

Caso o formulário estivesse acompanhado de documento inidôneo, estaria configurado o crime de uso de documento falso.

Ocorre que os acusados fizeram uso de uma cópia reprográfica da CNH de Sidnei, sem autenticação, o que também não configura documento para fins penais. De fato, em que pese a reprovabilidade da conduta dos réus, a jurisprudência é remansosa no sentido de que não haverá crime quando a declaração ou requerimento for sujeito a exame obrigatório por parte de funcionário público (exame oficial).

Por outro lado, a utilização de cópia reprográfica da CNH do corréu SIDNEI, sem autenticação, também não configura documento para fins penais.

Ante o exposto, voto no sentido de acompanhar o e. Relator.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS

APELAÇÃO CRIMINAL

0000386-23.2018.4.03.6000

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E LUIZ LEMOS DE SOUZA BRITO

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/06/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 48 E 69 DA LEI Nº 9.605/98. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PENA DE MULTA.

1. A conversão dos ecossistemas florestais em lavouras é apontada como fator de degradação ambiental, pois impede a retomada da vegetação natural e configura o delito do artigo 48 da Lei nº 9.605/98.
2. No crime do artigo 69 da Lei nº 9.605/98, o proprietário não tem o direito de obstar o exercício do poder de polícia ambiental, de modo que pode a administração, mesmo sem autorização judicial, realizar atividades fiscalizatórias, ainda que contra a vontade do administrado.
3. As pastagens e campos de propriedades rurais não se sujeitam às regras de proteção de domicílio, motivo pelo qual não é necessária autorização do proprietário ou ordem judicial para ingressar em tais locais.
4. As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não se confundem, por isso, incabível se valer de elementos que pertencem a uma circunstância para valoração de outra.
5. Os registros criminais devem ser considerados tão somente para a apreciação dos antecedentes criminais do agente e não para qualquer outra circunstância judicial como culpabilidade, conduta social ou personalidade (Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça).
6. Recursos da acusação e da defesa parcialmente providos.

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* ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu pela prática do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 e *dar parcial provimento* ao recurso da defesa de *Luiz Lemos de Souza Brito* para reduzir a fração de aumento da pena-base do delito estabelecido no artigo 69 da Lei nº 9.605/98 e estabelecer a pena de multa de forma proporcional à sanção corporal, de modo a resultar as penas definitivas de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial aberto e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada um no valor de 1/2 (meio) salário mínimo vigente à data do fato, com fundamento no artigo 69 do Código Penal; mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos moldes estabelecidos na sentença de 1º grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2021.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e por *Luiz Lemos de Sousa Brito* em face da sentença de fls. 267/277 que o condenou pelo cometimento do delito previsto no artigo 69 da Lei nº 9.605/98, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto e ao pagamento de 112 (cento e doze) dias-multa, no valor unitário de 1/2 (metade) do maior salário mínimo mensal vigente à data do fato, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária no valor de 8 (oito) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo prazo da pena aplicada e o absolveu da imputação de prática a conduta descrita no artigo 48 da Lei nº 9.605/98, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em razões de apelação, o Ministério Público Federal pleiteia a condenação do réu pelo cometimento do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98, considerando a demonstração do dolo, da materialidade e da autoria delitiva e o aumento das penas-base de ambos os delitos imputados, a partir da valoração negativa da conduta social do réu (fls. 320/323).

A defesa pugna, em razões de apelação, pela absolvição do réu em relação do crime estabelecido no artigo 69 da Lei nº 9.605/98, com os seguintes argumentos: a) ausência de conduta típica diante da incompetência fiscalizatória do IBAMA; b) ausência de ato que tenha obstado a atividade fiscalizatória e c) ausência de dolo. Requer, ainda, a redução da pena imposta ao apelante (fls. 367/383).

O órgão ministerial e a defesa apresentaram contrarrazões de recurso (fls. 385/385-verso e 343/360, respectivamente).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação (fls. 388/399).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Consta dos autos que, nos dias 07/04/2017 e 08/04/2017, na *Fazenda América*, localizada na zona rural do município de Bonito/MS, *Luiz Lemos de Sousa Brito* obteve e dificultou a ação fiscalizadora do Poder Público (IBAMA) no trato de questões ambientais da área (fiscalização de área de preservação ambiental), bem como, ao exercer atividade de lavoura, impediu a regeneração natural de floresta, situada no Parque Nacional da Serra da Bodoquena, localizada no município de Bonito/MS.

Narra a denúncia que, durante a deflagração da “Operação Quimera”, realizada em âmbito nacional, no dia 07/04/2017, agentes de fiscalização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) dirigiram-se até a sede da *Fazenda América*, de propriedade de *Luiz Lemos de Sousa Brito*, onde foram atendidos por um funcionário conhecido como “Xumbrega”, o qual os informou que tinha ordens expressas de seu patrão, ora condenado, de não permitir a entrada de quem quer que fosse, inclusive dos agentes de fiscalização.

Ato contínuo, os agentes entraram em contato com réu via telefone, o qual informou que franquearia a entrada dos fiscais na propriedade apenas em sua companhia, mediante agendamento futuro. Neste contexto, os agentes explicaram que a ação fiscalizatória não poderia atender à conveniência do administrado e, mesmo assim, *Luiz Lemos de Sousa Brito* não permitiu a entrada dos agentes e informou que as porteiras de sua fazenda deveriam permanecer trancadas com cadeados, de modo a impossibilitar a vistoria.

De acordo com o órgão ministerial, o condenado frequentemente obsta e dificulta a ação fiscalizadora dos órgãos ambientais, sendo que a equipe do ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade) tentou agendar uma vistoria em sua fazenda por cerca de dois meses. Após contato com o réu, houve um agendamento, entretanto, este não compareceu para atender aos fiscais, fato que foi noticiado pelo ICMBio ao Ministério Público Estadual do Mato Grosso do Sul.

Decorre da peça acusatória, ainda, que os agentes de fiscalização retornaram à *Fazenda América* no dia 08/04/2017 e romperam uma corrente para adentrar a propriedade com o fim de vistoriá-la, ocasião em que encontraram lavoura situada a menos de 500 (quinhentos) metros do limite do Parque Nacional da Serra da Bodoquena, bem como dentro da área do parque.

Por fim, com a finalização da vistoria, os agentes também tiveram sua saída dificultada, uma vez que se depararam com a porteira novamente trancada, motivo pelo qual romperam o cadeado para sair da propriedade.

Sendo assim, o Ministério Público Federal denunciou *Luiz Lemos de Sousa Brito* pelo cometimento dos delitos previstos nos artigos 48 e 69, ambos da Lei nº 9.605/98, em concurso material (fls. 02/06).

Após regular instrução, o réu foi: a) condenado pelo cometimento do delito previsto no artigo 69 da Lei nº 9.605/98, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto e ao pagamento de 112 (cento e doze) dias-multa, no valor unitário de 1/2 (metade) do maior salário mínimo mensal vigente à data do fato, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos e b) absolvido da imputação de prática a conduta descrita no artigo 48 da Lei nº 9.605/98, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Passo à análise das razões de apelação.

Do crime de impedimento de regeneração natural de florestas (artigo 48 da Lei nº 9.605/98)

O recurso do Ministério Público Federal comporta provimento, no tocante ao pedido de condenação pelo cometimento do delito em questão.

No ponto, a Lei de Crimes Ambientais estabelece o seguinte:

Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

O delito de impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas caracteriza-se com a exploração indevida de área dotada de vegetação objeto de proteção legal, ainda que já danificada ou suprimida em momento anterior, sendo indiferente a responsabilidade pela degradação original.

Cuida-se de crime de dano, que exige efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, de modo que, para se aferir o dano ambiental, é suficiente a avaliação por servidor habilitado do IBAMA.

No particular, a existência da plantação de soja transgênica a menos de 500m do limite do Parque Nacional da Serra da Bodoquena, bem como dentro da área do parque é fato inconteste e foi comprovada pela prova testemunhal e documental.

Com efeito, a testemunha *Andrea Souza*, agente ambiental do IBAMA, bem como as testemunhas *Ari Alfredo* e *Michel Lopes Machado*, ambos analistas ambientais do IBAMA, todos participantes das fiscalizações ocorridas durante a “Operação Quimera” na *Fazenda América*, declararam que uma parte da lavoura de soja transgênica cultivada na propriedade de *Luiz Lemos de Sousa Brito* situava-se a menos de 500m do limite do Parque Nacional da Serra da Bodoquena e outra parte adentrou o limite do parque (mídia - fl. 156).

A existência do cultivo também foi confirmada pelo setor de geoprocessamento do IBAMA, que fez levantamento via sensoriamento remoto das unidades de conservação, sendo que, no caso da *Fazenda América*, foi detectada a presença de lavoura (imagem do *Google Earth* - fl. 18 do arquivo “521_2017” da mídia à fl. 07).

Tal fato foi confirmado pelo testemunho do chefe da equipe de fiscalização, *Michel Lopes Machado* (mídia - fl. 156), bem como pelo documento “causas e circunstâncias - AI 9062014E”, por ele subscrito após em vistoria realizada na *Fazenda América*, no dia 08/04/2017. De acordo com o analista ambiental, foram encontradas lavouras a menos de 500m do limite do Parque Nacional da Serra da Bodoquena, ocasião em que foram coletadas dessas lavouras amostras de plantas para verificar se eram variedades transgênicas. Ainda, relatou que os arrendatários que se encontravam no local disseram aos agentes que o resultado do teste seria positivo e que foi constatada a existência de lavoura dentro da área do parque. Confirmou, por fim, que nas duas áreas embargadas apontadas pela ICMBio houve cultivo de lavoura (fls. 18/19).

Ressalte-se que os documentos elaborados pelos servidores do IBAMA são dotados de presunção de legalidade e veracidade.

Neste contexto, ao cultivar lavoura, o réu impediu e dificultou a regeneração natural da floresta situada no referido parque. Tanto é que a área foi embargada após a lavratura de auto de infração pelo ICMBio, para garantir a sua regeneração ou reconstituição. A fotografia via satélite que acompanha o processo administrativo do IBAMA demonstra que há áreas embargadas, que se encontram dentro do limite de 500m do Parque Nacional (processo nº 02014.000521/2017-90 - fl. 18 do arquivo “521_2017”, imagem do *Google Earth*, mídia à fl. 07 dos autos, com reprodução à fl. 26 dos autos).

Desse modo, a continuidade da exploração de atividade de lavoura no local configura explícito descumprimento ao embargo oposto pelo ICMBio e impede a regeneração natural da floresta, pelo que fica demonstrada a *materialidade* do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98.

A *autoria* delitiva também foi comprovada pela prova dos autos.

Uma parte da fazenda do acusado era arrendada. Tal fato, contudo, não exclui a responsabilidade penal do réu, uma vez que ele próprio confirmou que a área fiscalizada era de sua propriedade e que residia na sede da fazenda (mídia à fl. 156).

Desse modo, ainda que existissem arrendatários no local, o arrendamento não era realizado de porteira fechada. Pelo contrário: o réu tinha pleno domínio sobre a plantação e total controle do local, pessoalmente ou por meio de seu funcionário, que inclusive autorizava ou impedia a entrada das pessoas na propriedade. Tanto é assim que, de acordo com o testemunho de *Michel Lopes Machado*, os arrendatários temiam o proprietário e a fiscalização (mídia - fl. 156).

Assim, além da atividade de plantio de soja transgênica realizada pelos arrendatários das terras, o próprio condenado confirmou que também exercia atividade de lavoura em parte da fazenda.

De fato, em suas declarações perante o Juiz, *Luiz Lemos de Sousa Brito* disse que o Parque Nacional da Serra da Bodoquena contém uma área que já era antropizada, antes mesmo de sua constituição. Relatou que essa área de 29 hectares foi objeto de fiscalização pelo ICMBio, que atribuiu ao acusado a conduta de impedir a regeneração a floresta. Contudo, o réu alegou que possuía autorização do órgão estadual ambiental (IMASUL) para retirar as árvores existentes no local para fazer cultivo de lavoura e que a parte de sua propriedade já era antropizada antes da criação do parque e que somente converteu a área de pastagem para lavoura (mídia, fl. 156).

Note-se que os parques nacionais são unidades de conservação de proteção integral, a teor do artigo 40, §1º, da Lei nº 9.605/98 e, nas áreas circundantes das unidades de conservação, em um raio de 10 km, qualquer atividade que possa afetar a biota está subordinada às normas editadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Em sendo unidades de conservação de proteção integral, nenhum órgão de fiscalização ambiental concederia autorização para cultivar a área.

Isto porque a conversão dos ecossistemas florestais em lavouras é apontada como fator de degradação ambiental, pois impede a retomada da vegetação natural. Sendo assim, o fato de cultivar lavoura de soja transgênica em unidade de conservação de proteção integral, por si só, evidencia que o réu impediu e dificultou a regeneração natural da floresta do parque.

Além disso, o *dolo* também ficou comprovado.

Para a configuração do tipo penal insculpido no artigo 48 da Lei nº 9.605/98, é suficiente o dolo genérico de impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas.

O réu alega que tinha autorização do IMASUL, órgão ambiental estadual, para cultivar a área e que seria ilegítima a exigência de licença pelo ICMBio.

Aqui, ficou demonstrado pela prova dos autos que o réu sabia que não obteria esta autorização do ICMBio (por se tratar de uma unidade de conservação integral) e realizou mesmo assim o cultivo de soja transgênica.

O fato de o condenado ser formado em Direito e a existência de diversas ações penais pela prática de crimes ambientais supostamente cometidos nos limites do Parque Nacional da Serra da Bodoquena indicam que ele tinha consciência de que, ao exercer atividade de lavoura, impediria a regeneração natural da floresta situada no parque.

Com efeito, na ação penal nº 0008228-88.2017.4.03.6000, em trâmite perante a 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, ao acusado foi imputada a prática do crime do artigo 39 da Lei nº 9.605/98 porque, em 26/05/2017, cortou árvores em floresta considerada de preservação permanente, situada no Parque Nacional da Serra da Bodoquena.

Outrossim, na ação penal nº 0014557-53.2006.4.03.6000, em trâmite perante a mesma vara, o réu é acusado de ter causado dano direto ao Parque Nacional da Serra da Bodoquena durante os anos de 2009 a 2014, ao desmatar vegetação considerada de preservação permanente e impediu a sua recuperação por meio da atividade de agropecuária, delitos estabelecidos nos artigos 40, *caput* e 48 ambos da Lei nº 9.605/98.

A defesa alega que o fato é atípico, uma vez que, à época do crime, era vigente decisão liminar proferida nos autos nº 0001696-84.2006.4.03.6000, pela 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS, em uma ação cível na qual o réu figurou como litisconsorte ativo. Esta decisão teria declarado a caducidade do decreto presidencial que enquadrava como de utilidade pública as terras destinadas à criação do Parque Nacional da Serra da Bodoquena.

Note-se que a decisão liminar proferida pelo juízo cível (fl. 279) foi confirmada em primeiro grau (fls. 250/251). Contudo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa de parte (fls. 282/285).

Não se desconhece que, posteriormente, o réu ajuizou nova ação cível (autos nº 5002288-57.2017.4.03.6000) e que obteve decisão de antecipação de tutela, em 18/07/2019 (fl. 286/291); no entanto, esta decisão foi cassada por esta Corte Regional, nos autos do agravo de instrumento nº 5019724-16.2019.4.03.0000 (fls. 324/335 e vº.), de modo que foi afastada a alegação de caducidade do decreto presidencial que criou o Parque Nacional da Serra da Bodoquena.

A circunstância de as decisões judiciais terem produzidos efeitos no âmbito civil não é o bastante para excluir o dolo do agente. De fato, a discussão jurídica sobre os limites do parque não indica que o réu não tinha a intenção de impedir ou dificultar a regeneração da floresta ao cultivar lavoura de soja transgênica.

Desta feita, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas e comprovado dolo, o réu deve ser condenado pela prática do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98.

Do crime de embaraço à fiscalização ambiental (artigo 69 da Lei 9.605/98)

A apelação defensiva não deve ser provida no tocante ao pedido de absolvição do delito em análise.

O tipo penal prevê o quanto segue:

Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim entendido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, pelo que é imposto ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O §1º do mesmo dispositivo estabelece uma série de deveres do Poder Público a fim de que se assegure a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A título de exemplo, compete ao Poder Público a proteção da fauna e da 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 (inciso VII).

No cumprimento destas atribuições, o Poder Público exerce o poder de polícia ambiental, de modo que os agentes ambientais devem agir com atenção aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37 da Constituição Federal). Nesse sentido, é fundamental que exista uma atuação colaborativa entre a Administração Pública e os administrados, pelo que não são admitidas condutas no sentido de obstar a atuação da administração ambiental.

Assim, a Lei nº 9.605/98 tutela, entre outros bens jurídicos, a regularidade e a eficiência da atuação do Poder Público na seara ambiental (artigos 66 a 69-A).

Neste contexto, o delito de obstar ou impedir fiscalização ambiental constitui espécie de crime contra a Administração Ambiental, que se configura com a provocação de embaraço, de obstáculo ou com a oposição de impedimentos ou criação de dificuldades, tornando difícil a fiscalização. Para que conduta delitiva se aperfeiçoe, basta que o agente impeça o regular trabalho fiscalizatório dos servidores do órgão público responsável pelas questões ambientais.

Em relação ao direito de propriedade, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 protege a propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII), de modo que esta não pode ser validamente invadida.

No entanto, no que tange aos direitos inerentes ao domínio, o proprietário não tem o direito de obstar o exercício do poder de polícia ambiental. Em outros termos, o poder de polícia permite à administração, mesmo sem autorização judicial, realizar atividades fiscalizatórias, ainda que contra a vontade do administrado.

A auto-executoriedade é ínsita ao ato administrativo, de modo que não é razoável exigir decisão judicial para a realização de fiscalização por parte dos fiscais ambientais, ou seja, a ação dos agentes fiscais do meio ambiente não está sujeita à reserva de jurisdição. Eventual ilegalidade do ato administrativo poderá ser questionada tanto na esfera administrativa como na judicial.

E ainda que assim não fosse, as pastagens e campos de propriedades rurais não se sujeitam às regras de proteção de domicílio, motivo pelo qual não é necessária autorização do proprietário ou ordem judicial para ingressar em tais locais.

Ao pedir a absolvição do réu em relação do crime estabelecido no artigo 69 da Lei nº 9.605/98, a defesa alega ausência de conduta típica diante da incompetência fiscalizatória do IBAMA; ausência de ato que tenha obstado a atividade fiscalizatória e ausência de dolo.

Sem razão.

No caso, durante a deflagração da “Operação Quimera”, que teve o objetivo de apurar o cultivo irregular de variedades geneticamente modificadas de soja, milho e algodão, os agentes fiscais do IBAMA foram impedidos de entrar na fazenda de propriedade do réu, no dia 07/04/2017, razão pela qual retornaram no dia seguinte e forçaram a entrada, mediante rompimento de uma corrente e de um cadeado, na saída, após a realização da vistoria.

A *materialidade* e a *autoria* do delito foram suficientemente demonstradas pela prova testemunhal e documental: a) ofício nº 28/2017 NUFIS-MS/DITEC-MS-IBAMA (mídia à fl. 07, arquivo “IBAMA - 0235679 - Ofício”); b) Auto de Infração nº 9062014-E e relatório nomeado “causas e circunstâncias - AI 9062014-E” (fls. 12, 14 e 18/20); c) relatório de fiscalização (fls. 16/17); d) ofício SEI nº 38/2016-PARNA Serra da Bodoquena/ICMBio (fl. 22); e) imagem de satélite e vídeos constantes na mídia de fl. 07 e f) depoimentos das testemunhas constantes nas mídias de fls. 156 e 169.

De fato, os testemunhos de *Andrea Souza*, *Ari Alfredo* e *Michel Lopes Machado*, servidores do IBAMA, são unânimes no sentido de houve resistência por parte do condenado em permitir a vistoria em sua propriedade. Todos eles afirmaram que, no dia dos fatos, foram atendidos pelo funcionário de apelido “Xumbrega”, que impediu o acesso à fazenda em razão de ordem expressas de seu patrão. Tanto é que os agentes retornaram no dia seguinte e romperam corrente do portão para adentrar a fazenda e realizar a vistoria (mídia, fl. 156).

As testemunhas também relataram a contumácia do acusado em dificultar e impedir a fiscalização ambiental. Nesse sentido, *Andrea Souza* declarou que o condenado possuía o comportamento de protelar e embarçar as fiscalizações ambientais (mídia - fl. 156).

Tal fato foi confirmado pela testemunha *Sandro Roberto da Silva Pereira*, chefe da Unidade de Conservação do Parque Nacional da Serra da Bodoquena, que afirmou que, há muito tempo, desde antes da deflagração da “Operação Quimera”, o réu já vinha obstando a fiscalização do ICMBio e que, em outra oportunidade, diante da notícia de desmatamento ambiental, *Luiz Lemos de Sousa Brito* impediu a Polícia Militar Ambiental de entrar em sua propriedade, “peitando” os policiais (mídia, fl. 169).

A prova oral produzida nos autos está em consonância com os documentos juntados aos autos, principalmente, o relatório de “causas e consequências” e o ofício SEI nº 38/2016 encaminhado pela ICMBio (fl. 22). Este último documento foi encaminhado por *Sandro Roberto da Silva Pereira* ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, com relato da dificuldade causada pelo réu para permitir toda fiscalização ambiental.

Além disso, a decisão de homologação do Auto de Infração nº 9062014-E e com fixação de multa administrativa de R\$12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), em processo administrativo que tramitou perante o IBAMA (processo nº 02014. 000521/2017-90, mídia à fl. 07, documento “IBAMA 1117979 - Decisão 1ª Instância Homologatória”) e a conversa gravada (mídia à fl. 07 - “Video_conversa_telefone”) dão conta da prática do crime, sem qualquer dúvida.

Com efeito, no dia 07/04/2017, o réu, em conversa telefônica com o fiscal *Michel Lopes Machado*, impediu a ação fiscalizatória, motivo pelo qual foi administrativamente condenado ao pagamento de multa em razão da conduta de obstar ou dificultar a ação do poder público o exercício de atividades de fiscalização ambiental (artigo 77 do Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente).

Desta feita, não merece prosperar a tese defensiva de ausência de conduta típica diante da incompetência fiscalizatória do IBAMA.

De fato, o poder de polícia do IBAMA não é irrestrito, devendo a conduta dos agentes de fiscalização ser pautada pelos princípios regentes da Administração Pública, como acima explicitado.

No entanto, não é correto afirmar que o IBAMA não tem competência para fiscalizar propriedades privada, como quer a defesa. O IBAMA é, por excelência, o órgão executor da política de proteção ao meio ambiente e, por esta razão, não houve qualquer ilegalidade na conduta dos agentes ambientais, que se encontravam em meio a uma operação de âmbito nacional (“Operação Quimera”), deflagrada em vários Estados da Federação.

O poder de polícia permite à Administração Pública realizar atividades de fiscalização contra a vontade do administrado e independentemente de ordem judicial.

Com efeito, de acordo com o artigo 23, incisos VI e VII, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora.

Ainda, o argumento da defesa de que *Luiz Lemos de Sousa Brito* não colocou qualquer óbice à realização da fiscalização, mas tão somente requereu que a inspeção se desse em sua presença, em claro exercício regular de direito, também não merece guarida.

Note-se que o fato de o réu ter solicitado o reagendamento da vistoria para que pudessem acompanhá-la não afasta a conduta delitiva, uma vez que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público, no caso, o cumprimento de fiscalização no âmbito de uma operação ambiental nacional.

Em suas razões de recurso, o réu questiona em que consiste a ação de impor óbices à atividade fiscalizatória do IBAMA, uma vez que, se o poder de polícia é absoluto e pode ser oponível contra todos em qualquer situação, os agentes não precisariam de autorização para entrar na propriedade, bastando apenas a transposição das cercas da fazenda para que pudessem realizar a fiscalização.

Aqui, percebe-se que o condenado tenta se beneficiar da própria torpeza, o que vedado no ordenamento jurídico brasileiro (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Isto porque, de fato, os agentes do IBAMA não precisavam de autorização para adentrar a propriedade;

tão somente entraram em contato com o réu porque foram informados pelo funcionário da fazenda que os atendeu que existiam ordem expressa de seu patrão de não permitir a entrada de quem quer que fosse, inclusive dos agentes de fiscalização.

Ficou demonstrado pelos elementos de prova que os fiscais transpuseram as cercas da propriedade tão somente porque foram impedidos pelo réu de adentrar o local, o qual de fato obstou e dificultou a ação fiscalizadora dos servidores públicos. Não existia, pois, a necessidade de autorização para adentrar a propriedade e não houve invasão da propriedade do réu, como quer fazer crer a defesa.

Aliás, a intenção de impedir a fiscalização ficou demonstrada no instante em que o réu deu ordem ao seu funcionário para proibir os agentes de adentrarem na propriedade, motivo pelo qual a entrada deles somente ocorreu no dia seguinte, por meio de ruptura de corrente.

Por fim, o dolo de agir também ficou comprovado.

Não prospera a alegação defensiva no sentido de que o apelante não tinha a intenção de dificultar a fiscalização e que agiu na certeza de exercer seu direito à propriedade.

O fato de tramitar perante o juízo cível ação em que se discute a caducidade do decreto presidencial de criação do Parque Nacional da Serra da Bodoquena não respalda a sua ação resistente em impedir a fiscalização. Tanto é que, após a negativa de acesso à propriedade no dia 07/04/2017, os fiscais do IBAMA obtiveram informações com o agente do ICMBio que relatou que se tratava de uma prática reiterada do acusado obstar a fiscalização dos órgãos públicos, ocasião em que o servidor *Michel Lopes Machado* resolveu retornar, no dia seguinte, para adentrar na propriedade pelo acesso norte, mediante arrombamento do cadeado.

Não houve uma mera omissão do réu. Pelo contrário: ficou demonstrado que ele trancou com cadeados os acessos à propriedade e deu ordens ao seu funcionário e aos arrendatários que impedissem a entrada de qualquer agente público, tornando o clima hostil.

Demonstrada contumácia do acusado quanto às fiscalizações anteriores, verificada, nestes autos, a dificuldade para intimar o réu, fica evidente que *Luiz Lemos de Sousa Brito*, de forma usual, impõe à máquina pública toda a sorte de obstáculo.

Presentes a autoria, a materialidade e dolo, deve ser mantida a condenação de *Luiz Lemos de Sousa Brito* pela prática do crime contra a administração ambiental previsto no artigo 69 da Lei nº 9.605/98.

A dosimetria penal foi estabelecida pelo juiz de primeiro grau dos seguintes termos:

II.2.3 - Dosimetria:

79. O cálculo da pena é a ocasião em que está será individualizada.

80. Com relação ao crime tipificado no art. 69 da Lei nº 9.605/98, a pena varia de um a três anos de detenção, e multa.

81. Para a primeira fase da dosimetria, fazem-se as seguintes observações:

81.1. Na culpabilidade, entendo que a mesma é exacerbada. Para além de ser formado em direito, tendo elevado grau de instrução e, portanto, plenas condições de cooperar em vez de inibir fiscalizações e o poder de polícia ambiental, fato é que o réu deu ordens para colocação de cadeados para impedir o trânsito e, além disso, determinou que outros cadeados fossem colocados ao final da fiscalização, para impedir que as equipes saíssem da terra fiscalizada. Isso demonstra a obstinação no intuito de prejudicar e punir as equipes do IBAMA, pelo que o dolo é - às claras - mais intenso que o normal.

81.2. Não há registro de antecedentes nos autos. Considere-se que o MPF menciona a existência de processos (fl. 218), assim como traz documentos que a eles concernem (fls. 175/213).

Entretanto, não cabe utilizar processos em curso, segundo a jurisprudência dos tribunais pátrios, como maus antecedentes, antes de seu trânsito em julgado. Portanto, deixo de valorá-los negativamente.

81.3. Embora o STJ entenda (Súmula 444) que a existência de processos em curso não pode ser utilizada para agravar a pena na primeira fase da dosimetria quando não houver o trânsito em julgado, os mesmos apenas ratificam, pelo próprio teor do que a instrução processual coletou, que o acusado apresenta uma personalidade intimidadora, que se expressou sobre arrendatários no contexto dos fatos. Foi ratificado pelo depoimento de Michel em Juízo tal realidade, o qual asseverou mesmo que, durante o cumprimento das diligências, eles disseram a Michel que tinham medo do IBAMA, mas também de Luiz Lemos, e não sabiam de quem “tinham mais medo”. Portanto, na avaliação concreta da personalidade, tenho que esta merece reproche além do ordinário.

81.4. Não há informações que mereçam destaque acerca da sua conduta social

81.5. O motivo do crime não desborda do que inerente ao tipo.

81.6. As circunstâncias do delito, aqui, são típicas e devem ser tidas como neutras.

81.7. Não há relato e informações sobre as consequências do delito.

81.8. Não há que se falar propriamente em comportamento da vítima.

82. Considerando-se que a pena vai de um a três anos (interstício de dois anos), considero que as oito circunstâncias devam provocar, cada uma, a majoração de 3 (três) meses. Mantendo-se a mesma e idêntica base de mensuração, entre o mínimo de 10 dias-multa e o máximo de 360 dias-multa (art. 49 do CP) há o intervalo de 350 dias-multa; cada circunstância judicial provoca o aumento de 43 (quarenta e três) dias-multa. Considerando-se que foram duas as circunstâncias judiciais valorada negativamente, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, e 96 (noventa e seis) dias-multa.

83. Na segunda fase, não houve confissão espontânea, porque o réu insiste em que teria direito de fazer o que fez, negando, pois, que houvesse causado embarços ou obstado a fiscalização. Incide aqui a agravante específica do art. 15, II, e da Lei nº 9.605/98, pois o crime foi cometido atingindo área de unidade de conservação. Aumenta-se a pena em 1/6, pelo que é fixada nesta etapa em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, e 112 (cento e doze) dias-multa.

84. Não há, em terceira fase de dosimetria, causas de aumento ou de diminuição de pena. Fixo a pena em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, e 112 (cento e doze) dias-multa.

85. O regime inicial fixado será o aberto (art. 33, *caput* e 2º, c do CP).

86. Fixo o valor do dia-multa em 1/2 do salário mínimo vigente à data do fato, diante do poder econômico do condenado.

87. Não obstante o previsto no artigo 387, 2º, do Código de Processo Penal, verifica-se que o regime inicial não se altera, mesmo porque o acusado não teve prisão cautelar decretada.

II.2.4 - Substituição da pena por restritivas de direito:

88. Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por se encontrarem presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

89. Diante do quantum da pena privativa de liberdade fixada para a ré, o artigo 44, 2º, do Código Penal prevê que a sanção poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

90. Determino como pena restritiva de direitos: a) prestação pecuniária (artigo 43, inciso I, do Código Penal), consistente no pagamento do valor de oito salários mínimos, para a data da execução, a ser pago ao ICMBio e ao IBAMA, pro rata, por serem eles vítimas diretas do delito; e b) prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, pelo prazo da pena aplicada, nos termos do artigo 46 do Código Penal. O D. Juiz da execução fixará as entidades beneficiadas, a forma e as condições de cumprimento da pena.

91. Sendo cabível a substituição da pena por restritivas de direitos, não há que se falar em aplicação do *sursis*, nos termos do artigo 77, III, do CP.

92. Tendo respondido ao feito em liberdade, despidiendos considerandos sobre o status da prisão cautelar ou sobre detração da pena para fins de fixação do regime inicial.

Do crime previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98

Condenado, nesta instância, pelo cometimento do delito de impedir a regeneração natural de floresta, passo a dosar a pena do réu.

Na *primeira fase*, o artigo 59 do Código Penal estabelece as circunstâncias judiciais que devem ser consideradas na fixação da pena: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

O Ministério Público Federal requer o aumento da pena-base do crime do artigo 48 da Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, mediante a valoração negativa da conduta social do réu, que responde a três processos criminais.

Sem razão.

Prevê a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não se confundem e o desvirtuamento de sua análise, valendo-se de elementos que pertencem a uma circunstância para valoração de outra, não é recomendável.

Os registros criminais devem ser considerados tão somente para a apreciação dos antecedentes criminais do agente e não para qualquer outra circunstância judicial como culpabilidade, conduta social ou personalidade. Nestes termos, se os apontamentos não são aptos a agravar a reprimenda a título de maus antecedentes, não devem ser utilizados sob qualquer outra denominação.

Assim, inquéritos e ações penais em curso não configuram maus antecedentes, nem personalidade voltada para a prática de crime, nem conduta social reprovável, nem culpabilidade exacerbada.

No particular, a despeito de inúmeros registros criminais em nome de *Luiz Lemos de Sousa Brito* (fls. 173/213), não há indicação de trânsito em julgado.

Note-se que o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus de comprovar o trânsito em julgado de eventuais condenações advindas das ações penais indicadas em seu recurso. Pelo contrário: ele próprio informa que uma ação penal se encontra na fase de embargos infringentes e nas outras duas ações penais há tão somente denúncia oferecida em desfavor do réu (fl. 323).

Sendo assim, não é possível consignar a má conduta do acusado em razão de ação penal em curso, sem trânsito em julgado.

No caso, a conduta social do agente tem os seus próprios contornos e diz respeito ao modo de ser e agir do autor do delito, de modo que tal circunstância não pode se confundir com os antecedentes criminais.

As demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal são favoráveis, pelo que, na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Na *segunda fase*, ausentes circunstâncias atenuantes e, especialmente incabível a confissão, uma vez que a todo o momento o réu negou a prática das condutas delitivas imputadas pelo órgão acusatório (interrogatório, mídia à fl. 156).

Incide, outrossim, a circunstância agravante específica prevista no artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.605/98, relativa à prática delitiva que atinge áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso.

Desse modo, aumento a pena na fração de 1/6 (um sexto), de modo a resultar a sanção intermediária de 7 (sete) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Na *terceira fase*, ausentes causas de diminuição e de aumento, torno definitiva as penas de 7 (sete) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Do crime previsto no artigo 69 da Lei nº 9.605/98

A defesa requer, genericamente, a redução da pena. A acusação, por sua vez, pede o aumento da pena-base, mediante a valoração negativa da conduta social do condenado.

O recurso defensivo comporta parcial provimento, ao passo que o apelo ministerial, não deve ser provido neste ponto.

Na *primeira fase*, a pena-base deve ser reduzida, mas não ao mínimo legal como pleiteia a defesa.

Ao exasperar a pena-base do acusado, o juiz valorou negativamente a culpabilidade e a personalidade do agente e elevou a pena em 3 (três) meses para cada circunstância negativa, de modo a fixá-la em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 96 (noventa e seis) dias-multa.

O pedido ministerial de aumento da pena-base mediante a valoração negativa da conduta social do réu, que responde a três processos criminais, não merece guarida.

Prevê a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não se confundem e o desvirtuamento de sua análise, valendo-se de elementos que pertencem a uma circunstância para valoração de outra, não é recomendável.

Os registros criminais devem ser considerados tão somente para a apreciação dos antecedentes criminais do agente e não para qualquer outra circunstância judicial como culpabilidade, conduta social ou personalidade. Nestes termos, se os apontamentos não são aptos a agravar a reprimenda a título de maus antecedentes, não devem ser utilizados sob qualquer outra denominação.

Assim, inquéritos e ações penais em curso não configuram maus antecedentes, nem personalidade voltada para a prática de crime, nem conduta social reprovável, nem culpabilidade exacerbada.

No particular, a despeito de inúmeros registros criminais em nome de *Luiz Lemos de Sousa Brito* (fls. 173/213), não há indicação de trânsito em julgado.

Note-se que o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus de comprovar o trânsito em julgado de eventuais condenações advindas das ações penais indicadas em seu recurso. Pelo contrário: ele próprio informa que uma ação penal se encontra na fase de embargos infringentes e nas outras duas ações penais há tão somente denúncia oferecida em desfavor do réu (fl. 323).

Sendo assim, não é possível consignar a má conduta do acusado em razão de ação penal em curso, sem trânsito em julgado.

No caso, a conduta social do agente tem os seus próprios contornos e diz respeito ao modo de ser e agir do autor do delito, de modo que tal circunstância não pode se confundir com os antecedentes criminais.

Aqui, mantenho a valoração negativa da culpabilidade e da personalidade do réu; contudo, reduzo a pena-base para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, o que corresponde a uma fração de 1/3 (um terço) acima do mínimo legal.

Registro que a pena de multa deve observar os mesmos critérios utilizados para cálculo da pena corporal (art. 49 c.c. art. 59, ambos do Código Penal, de modo que estabeleço-a, nesta fase da dosimetria, em 13 (treze) dias-multa.

Na *segunda fase*, ausentes circunstâncias atenuantes e conservo a aplicação da circunstância agravante específica prevista no artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.605/98, relativa à prática delitiva que atinge áreas de unidades de conservação. Assim, elevada a pena na fração de 1/6 (um sexto), fixo a pena intermediária de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 15 (quinze) dias-multa.

Na *terceira fase*, ausentes causas de diminuição e de aumento, torno definitiva as penas de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 15 (quinze) dias-multa.

Considerando que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes em circunstâncias próprias e particulares, aplica-se a regra do concurso material de delitos (artigo 69 do Código Penal), com a soma das penas.

Desta feita, estabeleço a pena definitiva de *Luiz Lemos de Sousa Brito* de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de detenção e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Mantido o valor unitário do dia-multa fixado na sentença (1/2 do salário mínimo vigente à data do fato), diante do poder econômico do condenado.

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, nos termos do artigo 33, §2º, *caput*, do Código Penal.

Para a fixação do regime prisional, devem ser observados os seguintes fatores: a) modalidade de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); b) quantidade de pena aplicada (art. 33, §2º, alíneas a, b e c, CP); caracterização ou não da reincidência (art. 33, §2º, alíneas b e c, CP) e d) circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (art. 33, §3º, do CP).

Aqui, a despeito da valoração negativa de uma circunstância judicial subjetiva do réu (personalidade), o regime inicial de cumprimento de pena deve ser *aberto*, em razão da pena concretamente aplicada (2 anos, 1 mês e 20 dias de detenção), nos termos dos artigos 33, §2º, “c”, do Código Penal.

Ademais, fica mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos moldes estabelecidos na sentença (artigo 44, incisos I e III, do Código Penal).

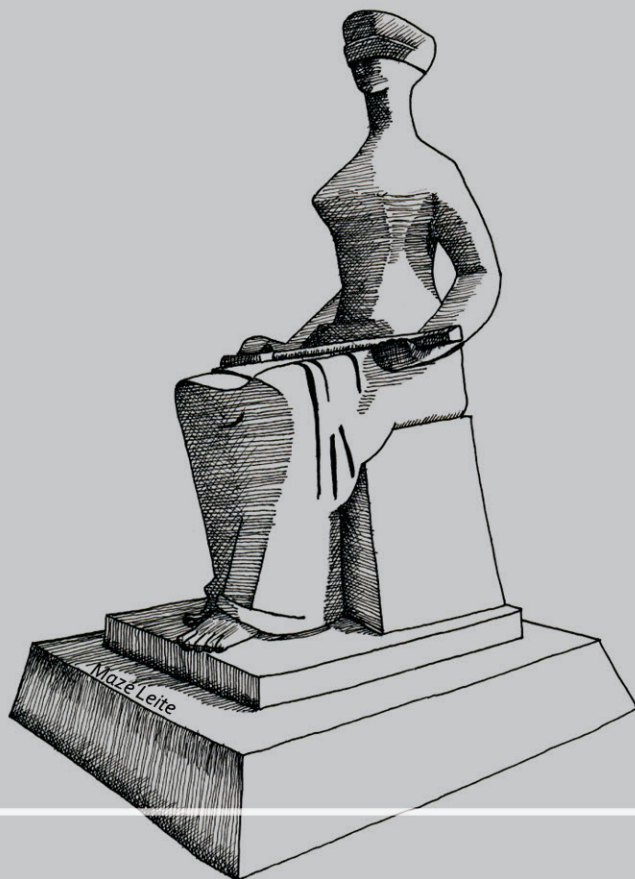
Mantida, no mais, a sentença de 1º grau.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu pela prática do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 e *dou parcial provimento* ao recurso da defesa de *Luiz Lemos de Souza Brito* para reduzir a fração de aumento da pena-base do delito estabelecido no artigo 69 da Lei nº 9.605/98 e estabelecer a pena de multa de forma proporcional à sanção corporal, de modo a resultar as penas definitivas de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial aberto e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada um no valor de 1/2 (meio) salário mínimo vigente à data do fato, com fundamento no artigo 69 do Código Penal; mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos moldes estabelecidos na sentença de 1º grau.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0000305-84.2014.4.03.6139

Apelante: EDILENE CORREA DOS SANTOS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: DJEN 07/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. SALÁRIO-MATERNIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. ATIVIDADE RURAL. FALTA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. APELOS DA PARTE AUTORA PREJUDICADO.

- A demanda versa sobre salário-maternidade, inicialmente devido à segurada empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica, rol que fora acrescido, em momento posterior, da segurada especial pela Lei nº 8.861, de 25/03/1994 e com a edição da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, se estendeu todas as seguradas da Previdência Social - artigos 25, 39, 71, da Lei nº 8.213/91.

- De se salientar que as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do benefício e que, para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência (art. 26, VI, da referida lei).

- A sentença considerou que, no campo jurisprudencial tem-se aceitado a utilização de documento em nome de familiar próximo, do marido ou companheiro, em benefício da mulher ou companheira, para fins de comprovação de tempo rural, salientando que, o ponto controvertido nos autos é o exercício de atividade rural pela autora, em regime de economia familiar, entre 18/03/2012 e 18/01/2013, contudo, deveria a mesma, a fim de comprovar a alegada condição de segurada especial, apresentar início de prova material, o que não se verificou na presente ação, pois os documentos juntados com a inicial são inservíveis como tal.

- Na hipótese, a autora trouxe os seguintes documentos: cópia da certidão de nascimento do filho, nascido em 18.01.2013, salientando na petição inicial, conviver com o genitor do menor; bem como um recibo da entrega da declaração do ITR referente a 2013, em nome de terceiro, que, segundo explicou posteriormente, em emenda à inicial, residir em imóvel cedido por este, para quem trabalharia o seu companheiro.

- Em análise ao CNIS, verifica-se que, de 01.06.2010 a 28.02.2014, o genitor da criança laborava, para referido empregador, na cidade de Ribeirão Branco, Bairro de Cima, Sítio Paiol Velho, como trabalhador agropecuário em geral, bem como que a autora do salário-maternidade não possui quaisquer vínculos de emprego.

- Embora a parte autora tenha requerido a produção de prova oral, indicando três testemunhas, para comprovação do exercício de atividade rural sem anotação em CTPS a produção de tal prova não foi determinada pelo d. Juízo, por entender que ser impossível a concessão do benefício previdenciário baseada unicamente na prova oral.

- Verifica-se que o pedido foi julgado improcedente sem que antes tenha sido determinada a produção de prova oral em juízo para corroboração do início de prova material

juntado pela parte apelante, caracterizando o cerceamento de defesa, incorrendo em incontestável prejuízo para a parte, visto que é preciso, ao menos, que seja dada oportunidade ao requerente de demonstrar o alegado à inicial.
- Sentença anulada. Apelo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu anular a sentença, determinando o retorno dos autos a vara de origem, para regular instrução do feito, restando prejudicado o apelo do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora, em face de sentença - id. 104201606 - que julgou improcedente a pretensão de recebimento de salário-maternidade por trabalhadora rural, visto que nos termos da Súmula de nº 149 do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de, pelo menos, um início razoável de prova documental, os quais considerou frágeis.

Alega a parte apelante, às fls. 88 e ss, que conforme se depreende dos autos, foi determinada a apresentação do rol de testemunhas para a audiência agendada de Instrução agendada para o dia 12 de maio de 2016.

Aduz que as oitivas das testemunhas arroladas faziam parte do corpo probatório e que todos estavam presentes no saguão do fórum federal de Itapeva para sua oitiva quando a demanda fora julgada improcedente sem que se pudesse realizar a prova testemunhal.

Requer, assim, a reforma da decisão, anulando-se a sentença ou julgando-se totalmente procedente a ação.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

A demanda versa sobre salário-maternidade, inicialmente devido à segurada empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica, rol que fora acrescido, em momento posterior, da segurada especial pela Lei nº 8.861, de 25/03/1994 e com a edição da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, se estendeu todas as seguradas da Previdência Social - artigos 25, 39, 71, da Lei nº 8.213/91.

De se salientar que as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do benefício e que, para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência (art. 26, VI, da referida lei).

A sentença considerou que, no campo jurisprudencial tem-se aceitado a utilização de documento em nome de familiar próximo, do marido ou companheiro, em benefício da mulher ou companheira, para fins de comprovação de tempo rural, salientando que, o ponto controvertido nos autos é o exercício de atividade rural pela autora, em regime de economia familiar, entre 18/03/2012 e 18/01/2013, contudo, deveria a autora, a fim de comprovar a alegada condição de segurada especial, apresentar início de prova material, o que não se verificou na presente ação, pois os documentos juntados com a inicial são inservíveis como tal.

Consoante se depreende de seu texto - fl. 78:

“A certidão de nascimento de fi. 14 comprova que a autora é genitora de Eduardo Corrêa da Silva, nascido em 18/01/2013, sendo o seu genitor Ailton Siqueira da Silva.

De início, verifico que a emenda à inicial de fis. 19/20 bastou para cumprir o determinado à fl. 18, pois o titular do comprovante de residência de fi. 12 e o contribuinte qualificado no recibo de entrega da declaração do ITR à fi. 15 são a mesma pessoa, Adilson Martins Crespo, que, conforme manifestação à fi. 19, seria o patrão do marido” da demandante.

No entanto, observo que a autora, na inicial, se qualifica como “amasiada”, mas não indica o nome do seu companheiro nem sua profissão, tampouco esclarece se ele é ou não pai da criança. Ademais, a peça de ingresso não foi instruída com documentos nem do seu companheiro nem do genitor do seu filho. (...)

Na certidão de nascimento do filho da autora, não foi mencionada a profissão dela nem a do pai da criança. Já o Recibo de Entrega de Declaração de ITR da Chácara e 3M, referente exercício de 2013 (fl. 15), foi emitido em nome de terceira pessoa, Adilson Martins Crespo (fi. 19), e, ainda que emitido no nome da demandante ou do seu companheiro, somente serviria como início de prova do labor campesino se os qualificasse como lavradores. Ressalte-se que qualquer pessoa pode ser proprietária de imóvel rural, seja trabalhadora rural ou não.

Assim, o, referido documento também não constitui início de prova material da atividade rural. Por seu turno, o INSS apresentou, com a contestação, pesquisa nos sistemas CNIS e DATA-PREV em nome da autora (fi. 30), não havendo nenhum registro de contrato de trabalho. (...)”

Na hipótese, a autora trouxe os seguintes documentos: cópia da certidão de nascimento do filho, nascido em 18.01.2013 (ID.104201606, fl. 17); salientando na petição inicial, conviver com Adilson Siqueira da Silva, genitor do menor, bem como um recibo da entrega da declaração do ITR referente a 2013, em nome de Adilson Martins Crespo, que, segundo explicou posteriormente, em emenda à inicial, residir em imóvel cedido por este, para quem trabalharia o seu companheiro.

Em análise ao CNIS, verifica-se que, de 01.06.2010 a 28.02.2014, o genitor da criança laborava, para referido empregador, na cidade de Ribeirão Branco, Bairro de Cima, Sítio Paiol Velho, como trabalhador agropecuário em geral, bem como que a autora do salário-maternidade não possui quaisquer vínculos de emprego.

In casu, a parte autora busca a concessão do salário-maternidade.

Embora a parte autora tenha requerido a produção de prova oral, indicando três testemunhas, para comprovação do exercício de atividade rural sem anotação em CTPS (fls. 29-30 - id. 104201606), a produção de tal prova não foi determinada pelo d. Juízo, por entender que ser impossível a concessão do benefício previdenciário baseada unicamente na prova oral.

Verifica-se que o pedido foi julgado improcedente sem que antes tenha sido determinada a produção de prova oral em juízo para corroboração do início de prova material juntado pela parte apelante, caracterizando o cerceamento de defesa.

Portanto, a instrução do processo, com a realização de prova oral, é crucial para que, em conformidade com a prova material carreada aos autos, possa ser analisado o reconhecimento ou não da atividade rural alegada. Dessa forma, deve-se incorrer em incontestável prejuízo para a parte.

É preciso, ao menos, que seja dada oportunidade ao requerente de demonstrar o alegado à inicial.

A orientação pretoriana, também, é pacífica nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROVA. DIREITO À PRODUÇÃO.

“1. Se a pretensão do autor depende da produção/o de prova requerida esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de justiça.”

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - Recurso Especial - 5037; Processo: 1990000090180. UF: SP. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 04/12/1990. Fonte: DJ; Data: 18/02/1991; Página: 1035. Relator: CLÁUDIO SANTOS)

A anulação da r. sentença é medida que se impõe, não sendo possível, nessa hipótese, aplicar-se o preceito contido no artigo 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que não foram produzidas as provas indispensáveis ao deslinde da demanda.

Ante do exposto, anulo a sentença, para determinar o retorno dos autos a vara de origem, para regular instrução do feito. Prejudicado o apelo do autor.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5003096-54.2016.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: APARECIDO ANGELO TIOSSO
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/07/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 966, V, DO CPC/15. ART. 485, V, DO CPC/73. INOBSERVÂNCIA. SÚMULA 343 DO STF. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. AFASTAMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. RE 661.256/SC. REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. CONSERVAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO.

1. A violação manifesta a norma jurídica, na forma do art. 966, V, do CPC, correspondente ao art. 485, V, do CPC/73 (violar literal disposição de lei), deve ser flagrante, evidente e direta, consubstanciada em interpretação contrária à literalidade de texto normativo ou ao seu conteúdo, destituída de qualquer razoabilidade.

2. Consequentemente, a teor da Súmula nº 343 do C. STF, descabida a pretensão à desconstituição calcada em alegada injustiça proveniente de interpretações controversas, devidamente fundamentadas, porquanto a ação rescisória não constitui nova instância de julgamento.

3. Consoante entendimento preconizado por esta E. Terceira Seção, a incidência do referido enunciado sumular é passível de afastamento nas hipóteses de ações rescisórias que se prestam à desconstituição de decisões contrárias a entendimento posteriormente pacificado pelo STF no âmbito de controvérsia para cuja resolução tenha sido envolvida matéria de ordem constitucional.

4. O Plenário do C. STF firmou a seguinte tese a respeito da questão: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91”.

5. O Tribunal Pleno do C. STF, em Sessão Extraordinária realizada em 06/02/2020, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, a fim de assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado daquele julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou redigida nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

6. Consoante precedentes firmados no âmbito desta E. Terceira Seção, tendo em vista a superveniente orientação preconizada pelo C. STF, deverão ser conservadas as decisões concessórias da desaposentação transitadas em julgado até 06/02/2020, data de julgamento dos referidos embargos de declaração, observando-se, ainda, a desnecessidade de devolução das parcelas daí provenientes, percebidas de boa-fé.

7. Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu acolher parcialmente a impugnação ao valor da causa e, no mérito, julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no art. 966, V, do CPC, visando desconstituir o v. acórdão que deu provimento à apelação da parte autora para lhe reconhecer o direito à renúncia do benefício de que era então titular, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos a esse título, concedendo-se nova aposentadoria com a contagem das contribuições vertidas posteriormente ao primeiro jubramento.

Sustenta a parte autora, em síntese, a vedação expressa da utilização do tempo de serviço posterior à aposentação para a obtenção de novo benefício, o que ficou assentado por ocasião do julgamento do RE nº 661.256/SC, em que reconhecida repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, consoante preconizado pela referida Corte Superior, não seria possível a criação ou majoração de quaisquer benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio, a teor do art. 195, §5º, da CF/88, o que afastaria o pleito de desaposentação formulado pela parte autora no âmbito do feito subjacente.

Neste sentido, as prestações vertidas à Previdência Social, de caráter contributivo, nos termos do art. 201 da CF/88, prestam-se ao financiamento de todo o Sistema, não sendo destinadas à majoração ou deferimento de novas prestações pecuniárias mais benéficas ao segurado já aposentado, o que vem ao encontro da consecução do princípio da solidariedade na previdência social, bem como da manutenção do ato jurídico perfeito, que não é passível de alteração unilateral.

Desta feita, considerando a impossibilidade de aproveitamento de período contributivo posterior à aposentação para que, incluídos ao período já utilizado para o jubramento anterior, seja concedido novo benefício mais vantajoso ao segurado, sem prévia previsão legal, restaria evidenciada a vulneração ao art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91, e os arts. 40, 194 e 195, da Constituição Federal, bem como aos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita dos atos administrativos, a ensejar a pretendida rescisão e, em juízo rescisório, a improcedência do pedido vertido pela parte autora no feito subjacente.

Requer, por fim, que a parte ré seja compelida ao ressarcimento integral da diferença entre os valores dos benefícios, restaurando-se o valor da benesse originária, a teor do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91.

Anteriormente à citação da parte ré, houve a prolação de decisão por meio da qual, rescindindo-se o acórdão impugnado, o pedido de desaposentação formulado no feito de origem foi julgado improcedente, determinando-se a imediata cessação do benefício decorrente do pedido de desaposentação (ID 945682).

Apresentado o recurso de agravo interno por ambas as partes, houve a parcial retratação da decisão recorrida a fim de que fosse dado regular prosseguimento ao feito, mantendo-se,

contudo, a tutela antecipada para o fim de determinar a cessação do pagamento da benesse advinda da desaposentação. Na oportunidade, ainda, foi determinada a emenda à petição inicial, à minguia de documentos essenciais à integral percepção da controvérsia vertida na presente ação rescisória (ID 134118919).

Recebida a emenda à inicial apresentada pelo INSS, a parte autora foi citada, apresentando contestação em que suscita, preliminarmente, a incorreção do valor da causa, bem como a violação à segurança jurídica e à coisa julgada, porquanto não teriam sido exauridos todos os meios de impugnação no âmbito do feito de origem.

No mérito, aponta a inexistência de qualquer violação a norma jurídica, pugnano pela aplicação do impeditivo constante da Súmula 343 do STF, a conduzir à improcedência do pedido.

Apresentada contestação, em que a parte ré pugna (i) pela aplicação do impeditivo constante da Súmula 343 do STF, porquanto não caberia a ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, e (ii) pelo reconhecimento da boa-fé na percepção do benefício, de natureza alimentar, razão por que incabível a correspondente devolução.

Determinado o sobrestamento do presente feito, diante da questão ora discutida ser idêntica àquela abordada no REsp nº 1.381.734/RN: “Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social”. (ID 6509358).

Diante do desinteresse das partes na produção de outras provas, houve a apresentação de alegações finais.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

Inicialmente, cumpre salientar que, consoante reiterados precedentes desta E. Terceira Seção, à ação rescisória se aplica a legislação vigente à época em que ocorrido o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO: PRELIMINAR REJEITADA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. LABOR RURAL. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. ERRO DE FATO. PROVA NOVA. HIPÓTESES NÃO CONFIGURADAS. I - A apreciação da presente ação rescisória dar-se-á em conformidade com as disposições do atual Código de Processo Civil, porquanto ajuizada sob sua égide. II - Segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda. E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge com o trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente. III - O julgado rescindendo transitou em julgado em 29/04/2016 e a presente ação foi ajuizada em 02/11/2017, ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 975 do CPC/2015. (...) - Ação rescisória improcedente. (TRF3 - AR 5021144-27.2017.4.03.0000. RELATOR: Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, 3ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020)

Assim, a presente ação rescisória será apreciada de acordo com as disposições constantes do CPC/15, vigente quando do trânsito em julgado da decisão rescindenda, datado de 14/04/2016 (ID 137871269 - Pág. 17).

Da Impugnação ao valor da causa

Inicialmente, cumpre asseverar que o valor da causa na demanda rescisória deve necessariamente corresponder ao valor atribuído à demanda subjacente, devidamente atualizado, a não ser que haja evidente descompasso entre tal valor e o do bem almejado pelo autor da presente ação.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR DA CAUSA. REGRA GERAL. IDENTIDADE COM O VALOR DA CAUSA RESCINDENDA. EXCEÇÃO. DISCREPÂNCIA COM O PROVEITO ECONÔMICO BUSCADO. CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assenta que o valor da causa a ser atribuído na ação rescisória deve guardar identidade com o valor dado à demanda original rescindenda, salvo a hipótese de discrepância fundada no proveito econômico buscado, que prevalecerá.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1712475/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 15/08/2019, DJe 20/08/2019)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. “DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA”. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. SÚMULA Nº 343, DO C. STF. TEMPO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE COM BASE EM ENQUADRAMENTO APÓS 28/04/95. VIOLAÇÃO À NORMA CARACTERIZADA. JUÍZO RESCISÓRIO. LIMITAÇÃO DO PERÍODO RECONHECIDO COMO ATIVIDADE ESPECIAL. MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA.

I - Consoante entendimento pacífico do C. STJ e desta E. Terceira Seção, o valor da causa, nas ações rescisórias, deve corresponder ao valor do feito originário acrescido de correção monetária, salvo se houver notória discrepância entre este e o benefício econômico efetivamente perseguido pelo autor da rescisória. Precedentes.

...

(AR 5013257-89.2017.4.03.0000, Des. Fed. Newton de Lucca, 3ª Seção, DJe 03/03/2020)

No caso, embora a parte autora tenha atribuído à presente demanda, em 12/12/2016, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), constato que o valor dado à causa subjacente, ajuizada em 04/12/2014, foi de R\$ 11.460,12 (onze mil quatrocentos e sessenta reais e doze centavos), de modo que o referido montante se mostra discrepante em relação ao atribuído à lide originária, impondo-se o parcial acolhimento da impugnação apresentada pela parte ré.

Assim, valendo-me da tabela de atualização disponível no *site* desta Corte, procedo à correção do valor da causa para R\$ 13.603,31 (treze mil seiscentos e três reais e trinta e um centavos).

Superada essa questão, prossigo.

Do juízo rescindente

A violação manifesta a norma jurídica, na forma do art. 966, V, do CPC, correspondente ao art. 485, V, do CPC/73 (violar literal disposição de lei), deve ser flagrante, evidente e direta, consubstanciada em interpretação contrária à literalidade de texto normativo ou ao seu conteúdo, destituída de qualquer razoabilidade.

Consequentemente, a teor da Súmula nº 343 do C. STF, descabida a pretensão à desconstituição calcada em alegada injustiça proveniente de interpretações controvertidas, devidamente fundamentadas, porquanto a ação rescisória não constitui nova instância de julgamento.

Sobre o tema:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. REVELIA. MANIFESTA VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA. ARTIGO 966, V, DO CPC. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (CTC). ARTIGOS 40, §10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 96, INCISO II, DA LEI 8.213/91. CONTAGEM FICTA DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. (...) 4. *Admite-se a rescisão de decisão judicial que viole manifestamente uma norma jurídica (art. 966, V, do CPC). A manifesta violação a norma jurídica deve ser flagrante, ou seja, evidente, direta, que de modo patente deflagre conclusão contrária ao dispositivo legal, não configurando a decisão rescindenda que se utiliza de uma dentre as interpretações possíveis ou de integração analógica. É inadmissível a desconstituição do julgado com base em mera injustiça, em interpretações controvertidas, embora fundadas. A rescisória não se confunde com nova instância recursal. Exige-se mais, que o posicionamento adotado desborde do razoável, que agrida a literalidade ou o propósito da norma.* 5. Sobre o tema, já decidiu o STJ (REsp 448302/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 10/03/2003) (...) 9. Condenada a parte ré ao pagamento da verba honorária, fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção, devendo ser observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por tratar-se de beneficiária justa gratuita.

(TRF3 - AR 5014716-29.2017.4.03.0000. RELATOR: Desembargador Federal LUIZ DE LIMA STEFANINI, 3ª Seção, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. AQUISIÇÃO DO DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ANTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/1998 E AO INGRESSO EM REGIME PRÓPRIO. SITUAÇÃO DISTINTA DE CONTAGEM RECÍPROCA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. PROVA NOVA NÃO CONFIGURADA. REVELIA DO RÉU. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - *A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. Súmula n. 343 do E. STF.* II - *A r. decisão rescindenda reconheceu o exercício de atividade rural empreendido pelo ora requerido no período de 29.01.1962 a 31.07.1973, que somado aos demais períodos nos quais houve anotações em CTPS e recolhimento de contribuições na condição de contribuinte individual, resultou num total de 34 (trinta e quatro) anos, 09 (nove) meses e 27 (vinte e sete) dias de tempo de serviço, suficientes para o deferimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, na forma proporcional, a contar da citação (15.07.2004). (...) XI - Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.*

(TRF3 - AR 5001566-10.2019.4.03.0000, Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, 3ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA. ART. 485, INC. V, DO CPC/73. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO NA VIA ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. VIOLAÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA. 1. Como o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu quando já estava em vigor o CPC/2015, aplica-se, *in casu*, o disposto no novo diploma processual. Segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge com o trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.

2. A presente ação foi ajuizada dentro do prazo previsto no artigo 975, do CPC/2015. 3. O artigo 966, V, do CPC/2015, prevê que “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar manifestamente norma jurídica”. A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece 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”. (...) 9. Esta C. Seção, entretanto, tem adotado o entendimento majoritário no sentido de que, em casos como o dos autos, não é cabível a suspensão do julgamento, “prestigiando-se o caráter protetivo do direito previdenciário, bem como a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional”

(TRF3 - AR 5005667-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, julg. 27/05/2019, e - DJF3 Jud. 1 29/05/2019)

Entretanto, consoante entendimento preconizado por esta E. Terceira Seção, a incidência do referido enunciado sumular é passível de afastamento nas hipóteses de ações rescisórias que se prestam à desconstituição de decisões contrárias a entendimento posteriormente pacificado pelo STF no âmbito de controvérsia para cuja resolução tenha sido envolvida matéria de ordem constitucional.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO. MATÉRIA ASSENTADA PELO E. STF. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. 1. Tendo a ação rescisória sido ajuizada na vigência do CPC/2015, ela deve ser apreciada em conformidade com as normas ali inscritas. 2. Observado o prazo decadencial previsto no artigo 975 do CPC/2015. 3. A violação à norma jurídica precisa ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece 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”. No entanto, o STF e o STJ têm admitido rescisórias para desconstituir decisões contrárias ao entendimento pacificado posteriormente pelo STF, afastando a incidência da Súmula. Essa é precisamente a hipótese destes autos, em que não se aplica a Súmula 343, do E. STF, já que a questão envolve matéria constitucional. 4. A decisão rescindenda não está em conformidade com o entendimento que veio a ser assentado pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que não é possível a desaposentação no âmbito do RGPS. Em casos como o dos autos, esta C. Seção tem feito desconstituído os julgados que contrariam o entendimento assentado pelo E. STF no RE 661.256/SC. 5. Julgado procedente o pedido de rescisão do julgado, deve-se proceder ao re julgamento do feito subjacente. A controvérsia posta nos autos foi objeto de pronunciamento do C. Supremo Tribunal Federal, sob o regime do artigo 543-B do CPC/73, no julgamento proferido no R.E 661.256/SC, em que se assentou o entendimento de que não há, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91. Assim, em sede de juízo rescisório, deve ser reconhecida a improcedência do pedido deduzido no feito subjacente, até mesmo em função do quanto estabelecido no art. 927, inc. III, do CPC/2015, que impõe aos Tribunais a observância aos acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

6. Essa C. Seção tem entendido que nos casos em que o direito à desaposentação é afastado apenas em sede de ação rescisória, não se pode condenar o segurado a restituir ao INSS os valores indevidamente recebidos em função da execução da decisão judicial que veio a ser rescindida. 7. Vencida a parte ré, fica ela condenada ao pagamento da verba honorária, fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção. A exigibilidade ficará suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 12, da Lei 1.060/50, e no artigo 98, § 3º, do CPC/15. 8. Ação rescisória procedente. Pedido deduzido no feito subjacente (desaposentação) improcedente.

(TRF3 - AR 5023305-10.2017.4.03.0000, Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, 3ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO. DESAPOSENTAÇÃO. RE'661.256. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, §2º, DA LEI N. 8.213/91. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 343 DO E. STF. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. INVIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE NOVO BENEFÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA. I - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF. II - A r. decisão rescindenda reconheceu o direito do ora réu à desaposentação, mediante o acolhimento da renúncia ao benefício previdenciário de que estava usufruindo (NB 155.594.668-o) e a implantação de novo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da sentença, computando no cálculo o período de trabalho posterior à aposentadoria anteriormente concedida e objeto da renúncia. III - O E. STF, em 26.10.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 661.256, com repercussão geral reconhecida, na forma prevista no art. 1.036 do CPC (artigo 543-B, do CPC de 1973), cuja publicação se deu em 28.09.2017, assentou o entendimento de que: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991". IV - *Considerando a adoção de fundamento constitucional para a resolução definitiva do tema "desaposentação", e não tendo se verificado, anteriormente, posição contrária do e. STF, impõe-se o afastamento da incidência da Súmula n. 343 do e. STF.* V - Evidencia-se clara afronta ao art. 18, §2º, da Lei n. 8.213/91, a autorizar a desconstituição do julgado rescindendo e, em novo julgamento, impõe-se reconhecer a inviabilidade da adoção da "desaposentação", a implicar a improcedência do pedido. VI - Ante a sucumbência sofrida pela parte ré e em se tratando de beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, este deve arcar com honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), ficando sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC. VII - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga improcedente.

(AR 5029651-40.2018.4.03.0000, Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, TRF3 - 3ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019)

Do caso concreto

Consoante se depreende do acórdão rescindendo, o qual tratou de dar provimento à apelação da parte autora no feito subjacente, houve o reconhecimento do direito à renúncia de aposentadoria de que era titular, nos seguintes termos (ID 137871269 - Pág. 6/15):

"Cabe, portanto, a renúncia da aposentadoria da parte autora, com aproveitamento de todo o tempo de contribuição, bem como o recálculo e pagamento, pelo INSS, de benefício mais

vantajoso (art. 122 da Lei 8.213/91), sem exigência de devolução dos valores percebidos até a data inicial da nova aposentadoria.

(...)

No caso em testilha, a parte autora demonstrou que lhe foi deferida aposentadoria por tempo de contribuição, em 01.12.2010 (fls. 27 e 50), tendo permanecido em atividade posteriormente, com registro em CTPS, circunstância, que denota o recolhimento periódico de contribuições previdenciárias, conforme documento de fl. 47/50. Assim uma vez implementados os requisitos, é de se reconhecer o direito da parte autora de renunciar ao primeiro jubileamento, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos a esse título, e à concessão de nova aposentadoria, contando-se as contribuições recolhidas após o primeiro ato de aposentação”

Acerca do tema, impende salientar que o cancelamento de benefício previdenciário com o fim de percepção de benesse diversa mais vantajosa, incluindo-se novas contribuições decorrentes da permanência do segurado em atividade, caracteriza o instituto da desaposentação, questão que já foi debatida e definitivamente rechaçada pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 661.256, em 27/10/2016 (acórdão publicado em 28/09/2017), sob a sistemática da repercussão geral, Tema 503.

O C. STF, no RE nº 661.256/SC, de relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, em 17/11/2011 (DJe de 26/04/2012), reconheceu a repercussão geral nesta questão constitucional, decidindo pela impossibilidade de sua concessão, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), na sessão de julgamento de 26/10/2016.

A seguir, na sessão realizada em 27/10/2016, o Plenário do C. STF firmou a seguinte tese a respeito da questão: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91”*.

O acórdão do inteiro teor do referido julgamento foi publicado em 28/09/2017 (Ata nº 142/2017. DJe nº 221, divulgado em 27/09/2017), assim ementado:

“Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”. 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).”

(RE 661256, Relator(a):Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão:Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 27-09-2017 PUBLIC 28-09-2017)

O Tribunal Pleno do C. STF, em Sessão Extraordinária realizada em 06/02/2020, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, a fim de assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado daquele julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou redigida nos seguintes termos: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reapostentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”*. Ato contínuo, o Tribunal, por maioria, decidiu preservar as hipóteses concernentes às decisões transitadas em julgado até a data daquele julgamento (ATA Nº 1, de 06/02/2020. DJE nº 33, divulgado em 14/02/2020).

Nestes termos, consoante precedentes firmados no âmbito desta E. Terceira Seção, tendo em vista a superveniente orientação preconizada pelo C. STF, deverão ser conservadas as decisões concessórias da desaposentação transitadas em julgado até 06/02/2020, data de julgamento dos referidos embargos de declaração, observando-se, ainda, a desnecessidade de devolução das parcelas daí provenientes, percebidas de boa-fé.

Neste sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. DESAPOSENTAÇÃO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AFASTAMENTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS PELO C. STF EM JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO IMPROCEDENTE. 1. Sobre o tema em análise, este Relator vinha entendendo pela procedência dos pleitos de “desaposentação” em favor dos segurados, seguindo jurisprudência pacífica desta E. Corte e também do C. Superior Tribunal de Justiça. 2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 661.256/SC (sessão de julgamento de 26/10/2016), submetido à sistemática da repercussão geral (artigo 543-B do CPC/73), decidiu ser inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da denominada “desaposentação”. 3. Ato contínuo, na sessão plenária de 27/10/2016, fixou a seguinte tese: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”*. 4. O art. 927, inc. III, do CPC/2015, dispõe que os tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, não podendo mais subsistir as decisões contrárias ao que restou firmado em sede de repercussão geral. 5. Afasta-se, ademais, a aplicação da Súmula 343 do STF, por envolver a presente questão interpretação de preceito constitucional. 6. *Não obstante o julgamento supramencionado - no RE nº 661.256/SC -, tem-se que mais recentemente, ao julgar os embargos de declaração nos autos em referência, em sessão plenária de 06.02.2020, o C. STF modulou os efeitos daquele julgado a fim de preservar as hipóteses relativas às decisões transitadas em julgado até aquela data, resguardando-se, assim, a segurança jurídica aos segurados que já haviam obtido a desaposentação.* 7. O V. Acórdão no RE 661.256 transitou em julgado em 18.12.2020, conforme extraído do “site” do C. STF. 8. Dessa forma, considerando que o trânsito em julgado na ação subjacente ocorreu em 11.09.2019 - ID 122841963, fl. 5 -, isto é, antes do julgamento dos embargos de declaração pelo C. STF, que modulou os efeitos do julgamento, conclui-se que o presente caso enquadra-se na hipótese de exclusão do alcance do Tema 503 da Repercussão Geral, o que impõe a rejeição do pedido da autarquia, com a improcedência desta ação rescisória. 9. Ação rescisória julgada improcedente.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5001506-03.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ DE LIMA STEFANINI, julgado em 16/04/2021, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2021)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. CÔMPUTO DE PERÍODO POSTERIOR À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO EM SEDE ADMINISTRATIVA. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OBJETO DO TEMA 503 DA REPERCUSSÃO GERAL QUE VEDA A DESAPOSENTAÇÃO NO RGPS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. MANUTENÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. 1. O julgado rescindendo reconheceu ao autor o direito à revisão da aposentadoria por tempo de contribuição mediante o cômputo de período de contribuição posterior à sua concessão e, com isso, obter benefício mais vantajoso, com o que permitiu ao autor a desaposentação ao conceder-lhe nova aposentadoria, com aproveitamento dos salários de contribuição anteriores e os recolhidos após a concessão do benefício atual. 2 - A questão relativa ao direito do segurado à renúncia à aposentadoria e obtenção de benefício mais vantajoso foi resolvida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256/SC, submetido à sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil/73 (repercussão geral da questão constitucional), tese objeto do Tema 503 de repercussão geral, com o teor seguinte: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.”. 3. *Ainda que o entendimento adotado pelo julgado rescindendo tenha se mostrado contrário à orientação estabelecida pelo Pretório Excelso acerca da matéria relativa à desaposentação sob a sistemática da repercussão geral, em julgamento de embargos de declaração ocorrido na sessão plenária de 06/02/2020 houve a modulação dos efeitos e foi esclarecido o alcance do julgado, sem eficácia modificativa, para preservar as decisões judiciais transitadas em julgado que concederam a desaposentação aos segurados e afastar a necessidade de devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos segurados que usufruem da desaposentação até o julgamento dos embargos de declaração.* 4. *Diante da superveniente orientação firmada pelo Pretório Excelso e considerando enquadrar-se o julgado rescindendo na hipótese de exclusão do alcance do Tema 503 da Repercussão Geral, impõe-se seja rejeitada a pretensão rescindente deduzida, reconhecendo como não caracterizada a hipótese de rescindibilidade prevista no artigo 966, V do Código de Processo Civil.* 5 - Ação rescisória improcedente. 6 - Honorários advocatícios fixados arbitro moderadamente em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção. (TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5007444-47.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 30/03/2021, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2021)

Desta feita, tendo o v. acórdão rescindendo transitado em julgado em 14/04/2016, anteriormente, portanto, ao julgamento dos embargos de declaração opostos no âmbito do RE nº 661.256/SC, de rigor a improcedência do pedido vertido na presente ação rescisória, revogando-se a tutela antecipada anteriormente concedida (ID 137871269 - Pág. 17).

Por fim, condeno o INSS ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *acolho, em parte*, a impugnação ao valor da causa e *julgo improcedente* o pedido.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
5000346-12.2018.4.03.6143

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA APARECIDA LANCIA MARCO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 17/06/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODOS EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA, DESDE QUE INTERCALADOS COM PERÍODOS CONTRIBUTIVOS. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*”.
2. O art. 48 da Lei nº 8.213/91 dispõe que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
3. Em relação à carência, são exigidas 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II da Lei de Benefícios).
4. Os períodos em gozo de auxílio-doença devem ser computados para fins de carência, desde que intercalados com períodos de atividade, em que haja recolhimento de contribuições. Carência cumprida.
5. Os requisitos para a concessão do benefício, quais sejam idade mínima e atividade urbana, foram preenchidos.
6. Nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, não há condenação em verba honorária.
7. Apelação do INSS e remessa necessária não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando o cômputo de períodos de gozo de auxílio-doença (13.12.97 a 20.01.98, 08.02.2006 a 30.11.2006 e de 11.01.2007 a 11.03.2014) para efeito de carência e a concessão de benefício de aposentadoria por idade.

A sentença concedeu a segurança, para reconhecer o cômputo de períodos de gozo de auxílio-doença (13.12.97 a 20.01.98, 08.02.2006 a 30.11.2006 e de 11.01.2007 a 11.03.2014 – ID 19269978/19), inclusive para efeito de carência, e conceder o benefício de aposentadoria por idade a partir do requerimento administrativo (17.07.2017), porquanto preenchidos o requisito etário e o da carência. Não houve condenação em honorários de advogado.

Foi concedido o pedido liminar e determinada a implantação imediata do benefício.

Sentença submetida ao reexame necessário (art. 14, §1º, Lei 12.016/2009).

Apela o INSS, alegando a impossibilidade do cômputo de períodos de auxílio doença para efeito de carência, porquanto desprovidos de recolhimento de contribuição previdenciária.

Contrarrazões pela parte apelada.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da apelação (ID 29171882).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da remessa necessária e do recurso de apelação.

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: *“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”*.

O art. 48 da Lei nº 8.213/91 dispõe que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Em relação à carência, são exigidas 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II da Lei de Benefícios).

No caso de segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até 24/07/91, deve ser considerada a tabela progressiva inserta no art. 142 da Lei de Benefícios. Anoto, ainda, a desnecessidade de o trabalhador estar filiado na data de publicação daquela lei, bastando que seu primeiro vínculo empregatício, ou contribuição, seja anterior a ela.

Por sua vez, o art. 102 da mencionada norma prevê, em seu § 1º, que *“a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos”*.

Assim, dúvida não há em relação ao direito daqueles que, ao pleitearem a aposentadoria por idade, demonstram o cumprimento da carência e do requisito etário antes de deixarem de contribuir à Previdência.

No entanto, havia entendimentos divergentes quanto à necessidade de as condições exigidas à concessão do benefício serem implementadas simultaneamente.

Solucionando tal questão, o art. 3º, §1º, da Lei 10.666/03 passou a prever que “*na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício*”.

Portanto, o legislador entendeu que não perde o direito ao benefício aquele que tenha contribuído pelo número de meses exigido e venha a completar a idade necessária quando já tenha perdido a qualidade de segurado (STJ, EDRESP 776110, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10/03/2010, v.u., DJE 22/03/2010).

Conforme prevê o art. 55, §3º, da Lei de Benefícios, para o reconhecimento do labor urbano é necessário início de prova material corroborado por prova testemunhal (STJ, 5ª Turma, Ministro Adilson Vieira Macabu (Des. Conv. TJ/RJ), AgRg no REsp 1157387, j. 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

No entanto, também é possível a utilização da prova material desacompanhada de prova testemunhal, desde que robusta e apta a demonstrar todo o período que se deseja comprovar, como as anotações em CTPS, por exemplo, que possuem presunção relativa de veracidade, admitindo prova em contrário.

Ressalte-se, ainda, que os documentos em questão devem ser contemporâneos ao período que se quer ver comprovado, no sentido de que tenham sido produzidos de forma espontânea, no passado.

Quanto ao recolhimento das contribuições, preconizava o art. 79, I, da Lei nº 3.807/60 e atualmente prevê o art. 30, I, a, da Lei nº 8.213/91, que é responsabilidade do empregador, motivo pelo qual não se pode punir o empregado urbano pela ausência de recolhimentos, sendo computado o período laborado e comprovado para fins de carência, independentemente de indenização aos cofres da Previdência (TRF3, 10ª Turma, AC 1122771/SP, v.u., Rel. Des. Federal Jedrael Galvão, D 13/02/2007, DJU 14/03/2007, p. 633).

Resta, portanto, verificar se houve cumprimento do requisito etário e o da carência.

A parte autora inscreveu-se no regime da previdência após a vigência da lei nº 8.213/91. Portanto, quanto ao requisito da carência, há que ser aplicado o disposto no artigo 25, II, da Lei nº 8.213/91 (180 meses).

Implementou o requisito etário em 09/06/2016, devendo, por conseguinte, comprovar o exercício de atividade urbana por 180 meses.

Para comprovar a atividade urbana, a parte autora apresentou:

- I) extratos do CNIS;
- II) cópias da CTPS (ID 19269978/10-16);
- III) demonstrativo de cálculo de tempo de contribuição.

Consta dos extratos do CNIS (ID 19269978/19) que a impetrante recebeu auxílio-doença nos períodos de 13.12.97 a 20.01.98, 08.02.2006 a 30.11.2006 e de 11.01.2007 a 11.03.2014, tendo efetuado recolhimentos na qualidade de facultativo, de 01.03.2015 a 31.10.2017.

De acordo com o disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, os períodos em gozo de auxílio-doença devem ser computados para fins de carência, desde que intercalados com períodos de atividade, em que haja recolhimento de contribuições.

No caso, verifica-se que os períodos de fruição do auxílio-doença estão intercalados com períodos contributivos e, portanto, podem ser computados para fins de carência.

Assim, somados os períodos constantes da CTPS apresentada, com os vínculos do CNIS e os períodos nos quais a impetrante recebeu auxílio-doença, afastada a concomitância dos períodos, observa-se que foi cumprida a carência necessária para a concessão do benefício pleiteado.

Devida, portanto, a aposentadoria por idade, nos termos do art. 48 e seguintes da Lei de Benefícios, com renda mensal inicial nos moldes do art. 29, I, do mesmo diploma legal.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (17.07.2017), uma vez que a parte autora demonstrou que já havia preenchido os requisitos necessários à concessão do benefício desde então.

Assim, de rigor a manutenção da sentença, bem como da medida liminar, tendo em vista o caráter alimentar das prestações vindicadas.

Nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, não há condenação em verba honorária. Custas na forma da lei.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação do INSS e à remessa necessária.*

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5001769-24.2018.4.03.6105

Apelante: IRENE MARIA DA SILVA RODRIGUES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74. OBSERVÂNCIA DEVIDA DOS ARTIGOS 74 E 77, §2º, V DA LEI 8.213/91.

1. O fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo, pois, ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência
2. Presentes os requisitos previstos no artigo 74, *caput*, da Lei n.º 8.213/91, é devido o benefício de pensão por morte. A qualidade de segurado do falecido restou comprovada, uma vez que foi deferida administrativamente o benefício de pensão por morte à autora, esposa do segurado falecido.
3. A partir da vigência da Lei 13.135/2015, a pensão por morte que antes era paga de forma vitalícia, independentemente da idade do beneficiário, passou a ter sua duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário, bem como passou a ser exigida a comprovação de dois anos de casamento ou de união estável
4. Não há nenhuma norma da Constituição Federal de 1988 que determine que a pensão por morte seja concedida de forma vitalícia em todas as hipóteses. As limitações previstas no artigo 77 da Lei 8213/91 decorrem do exercício de liberdade do legislador dada pelo constituinte.
5. É certo que a união estável se iniciou em menos de 2 anos antes da data do óbito, sendo o benefício devido pelo período de 4 (quatro) meses, nos termos do artigo 77, §2º, inciso V, 'b', da Lei 8213/91.
6. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando que o benefício

deve ser concedido de forma vitalícia, tendo em vista a inconstitucionalidade das limitações temporais previstas no artigo 77, parágrafo 2º da Lei 8.213/91.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

Inicialmente, recebo o recurso de apelação da parte autora, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, haja vista que tempestivo.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo, pois, ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência: “O fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício, portanto, a pensão por morte deve ser concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência desse fato.” (Resp nº 529866/RN, Relator MINISTRO JORGE SCARTEZZINI, DJ 15/12/2003, p. 381).

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, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97; Lei nº 10.666/03).

O óbito de Aparecido Donizetti Gozze, ocorrido em 19/03/2016, restou devidamente comprovado, conforme cópia da certidão de óbito (ID. 30197177 - Pág. 1).

A qualidade de segurado do falecido restou comprovada, uma vez que foi deferida administrativamente o benefício de pensão por morte à autora, esposa do segurado falecido, (NB 173.121.306-6 – ID. 30197173 - Pág. 1).

Ainda, no caso dos autos, o óbito do instituidor do benefício ocorreu em 19/03/2016, na vigência da Lei nº 13.135/2015 que passou a estabelecer novos regramentos quanto ao período de gozo da pensão por morte, conforme art. 77, § 2º, V, e alíneas, da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

V - pelo decurso do prazo de recebimento de pensão pelo cônjuge, companheiro ou companheira, nos termos do § 5º.

V - para cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas ?b? e ?c?;

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Dessa forma, a partir da vigência da Lei nº 13.135/2015, a pensão por morte que antes era paga de forma vitalícia, independentemente da idade do beneficiário, passou a ter sua duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário, bem como passou a ser exigida a comprovação de dois anos de casamento ou de união estável.

Ao contrário do que alega a apelante, não há nenhuma norma da Constituição Federal de 1988 que determine que a pensão por morte seja concedida de forma vitalícia em todas as hipóteses. Assim, as limitações previstas no artigo 77 da Lei 8213/91 decorrem do exercício de liberdade do legislador dada pelo constituinte. Além disso, impossível afirmar que a concessão da pensão de forma provisória fira qualquer norma atuarial, já que se trata de benefício que dispensa tempo de contribuição e carência para a sua concessão.

No caso dos autos, portanto, a controvérsia dos autos cinge-se à duração da união estável. É certo que a união estável se iniciou em menos de 2 anos antes da data do óbito, sendo o benefício devido pelo período de 4 (quatro) meses, nos termos do artigo 77, §2º, inciso V, 'b', da Lei 8213/91, razão pela qual a r. sentença recorrida deve ser mantida.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA*, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5001970-07.2018.4.03.6108

Apelante: CLEIDE VITAL MARTINS
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. AGENTES BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS.

- O conjunto probatório dos autos revela o exercício de labor com exposição ao agente nocivo no intervalo indicados, devendo ser reconhecida a especialidade.
- No tocante aos agentes biológicos, a jurisprudência tem se direcionado no sentido de ser dada maior flexibilidade ao conceito de permanência, de sorte a considerar a especialidade do trabalho em razão da potencialidade do risco de contato com esses agentes e não do contato propriamente dito. Precedentes.
- Preenchidos os requisitos legais, é devida a concessão da aposentadoria especial.
- O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão é a data da concessão administrativa, observada a prescrição quinquenal. Precedentes do C. STJ.
- Juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.
- Provido o recurso de apelação da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação previdenciária ajuizada aos 27/07/2018, por meio da qual a parte autora formula pedido para a revisão de seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com sua conversão em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de período de atividade nociva de 27/07/1992 a 06/01/2006.

A r. sentença proferida aos 08/07/2019 julgou improcedente o pedido (id 93231759 – págs. 01/04).

Em suas razões recursais, requer a autora a reforma da sentença para o integral acolhimento do pedido formulado na exordial, com a condenação o INSS à averbação do intervalo

laboral de atividade especial por exposição ao agente biológico e conversão de sua aposentadoria em aposentadoria especial.

Sem as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial - modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição com tempo mínimo reduzido - é devida ao segurado que tiver trabalhado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme disposição legal, a teor do preceituado no art. 57 da Lei nº 8.213/91 e no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo art. 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu art. 142.

Registre-se, por oportuno, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1310034/PR, Primeira Seção, Rel.Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, decidiu que a “lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço”, de modo que a conversão do tempo de atividade comum em especial, para fins de aposentadoria especial, é possível apenas no caso de o benefício haver sido requerido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exigindo que todo o tempo de serviço seja especial.

A caracterização e comprovação da atividade especial, de acordo com o art. 70, § 1º, do Decreto nº 3.048/1999, “obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço”, como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria e restou sedimentado em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1151363/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2011, e do REsp 1310034/PR, citado acima.

Dessa forma, até o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, para a configuração da atividade especial, bastava o seu enquadramento nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, os quais foram validados pelos Decretos nºs. 357/91 e 611/92, possuindo, assim, vigência concomitante.

Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes em regulamento é meramente exemplificativa, não exaustiva, sendo possível o reconhecimento da especialidade do trabalho executado mediante comprovação nos autos. Nesse sentido, a súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”.

A partir de referida Lei nº 9.032/95, que alterou o art. 57, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91, não mais se permite a presunção de insalubridade, tornando-se necessária a comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado e, ainda, que o tempo trabalhado em condições especiais seja permanente, não ocasional nem intermitente.

A propósito: STJ, AgRg no AREsp 547559/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

A comprovação podia ser realizada por meio de formulário específico emitido pela empresa ou seu preposto - SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 ou DIRBEN 8030, atualmente, Perfil Profissiográfico Previdenciário-PPP -, ou outros elementos de prova, independentemente da existência de laudo técnico, com exceção dos agentes agressivos ruído e calor, os quais sempre exigiram medição técnica.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523/96, com início de vigência na data de sua publicação, em 14/10/1996, convertida na Lei nº 9.528/97 e regulamentada pelo Decreto nº 2.172, de 05/03/97, acrescentou o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, determinando a apresentação do aludido formulário “com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”. Portanto, a partir da edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe o rol dos agentes nocivos, passou-se a exigir, além das informações constantes dos formulários, a apresentação do laudo técnico para fins de demonstração da efetiva exposição aos referidos agentes.

Ademais, o INSS editou a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21/01/2015, estabelecendo, em seu art. 260, que: “Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei nº 8.213, de 1991, passou a ser o PPP”.

À luz da legislação de regência e nos termos da citada Instrução Normativa, o PPP deve apresentar, primordialmente, dois requisitos: assinatura do representante legal da empresa e identificação dos responsáveis técnicos habilitados para as medições ambientais e/ou biológicas.

Na atualidade, a jurisprudência tem admitido o PPP - perfil profissiográfico previdenciário como substitutivo tanto do formulário como do laudo técnico, desde que devidamente preenchido.

A corroborar o entendimento esposado acima, colhe-se o seguinte precedente: STJ, AgRg no REsp 1340380/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, no julgamento do ARE nº 664.335/SC, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito, decidiu que, se o aparelho “for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”. Destacou-se, ainda, que, havendo divergência ou dúvida sobre a sua real eficácia, “a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial”.

Especificamente em relação ao agente agressivo ruído, estabeleceu-se que, na hipótese de a exposição ter se dado acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, no sentido da eficácia do EPI, “não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”. Isso porque não há como garantir, mesmo com o uso adequado do equipamento, a efetiva eliminação dos efeitos nocivos causados por esse agente ao organismo do trabalhador, os quais não se restringem apenas à perda auditiva.

Outrossim, como consignado no referido julgado, não há que se cogitar em concessão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, haja vista os termos dos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98:

“Art. 57. [...]”

§ 6º O benefício previsto neste art. será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*. [...]”

Ademais, sendo responsabilidade exclusiva do empregador o desconto devido a esse título, a sua ausência ou recolhimento incorreto não obsta o reconhecimento da especialidade verificada, pois não pode o obreiro ser prejudicado pela conduta de seu patrão.

DO CASO CONCRETO

Por oportuno, verifica-se que o INSS procedeu ao enquadramento como atividade especial, dos períodos de 03/09/1975 a 08/10/1979, de 1º/08/1981 a 03/03/1990, de 09/07/1991 a 13/09/1991 de 27/11/1991 a 22/07/1992. Trata-se, portanto de períodos incontroversos (id 93230131-págs. 18/19).

Passo à análise dos períodos de atividade especial, requerido pela parte autora, face às provas coligidas aos autos:

- de 27/07/1992 a 06/01/2006

Empregador(a): *Faculdade de Odontologia de Bauru*

Atividade(s): ajudante/auxiliar de serviços gerais

Descrição: “Executar trabalhos de limpeza e conservação em geral nas dependências internas e externas da unidade(...); efetuar a limpeza e conservação de utensílios, móveis e equipamentos em geral, para mantê-los em condições de uso; executar as atividades de copa; (...) separar os materiais recicláveis para descarte (vidraria, papéis, resíduos laboratoriais); reabastecer banheiros, com papel higiênico, toalhas e sabonetes (...)executar o tratamento e descarte dos resíduos materiais provenientes de seu local de trabalho (...)”

Prova(s): PPP id 93230127- págs. 13/14- com emissão em 06/-01/2006

Agente(s) agressivo(s) apontado(s): agentes biológicos – vírus e bactérias

Conclusão: Cabível o enquadramento do intervalo em questão, como atividade especial, nos termos dos códigos 3.0.1 do Anexo IV dos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.048/99, em razão da comprovação da sujeição da parte autora, a agentes biológicos.

Ainda, impende assinalar, a título de esclarecimentos, que, no tocante aos agentes biológicos, a jurisprudência tem se direcionado no sentido de ser dada maior flexibilidade ao conceito de permanência, de sorte a considerar a especialidade do trabalho em razão da potencialidade do risco de contato com esses agentes e não do contato propriamente dito. É certo também que, sendo o risco imanente à rotina laboral, como ocorre na situação em tela, o uso do EPI realmente não tem o condão de arredar a nocividade do mister, como se vê do julgado a seguir transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL. CATEGORIA PROFISSIONAL. AGENTES BIOLÓGICOS. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DA DER. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO. DIFERIMENTO PARA A FASE PRÓPRIA (EXECUÇÃO).

1. Demonstrado o exercício de tarefa sujeita a enquadramento por categoria profissional, o período respectivo deve ser considerado especial.

2. Em se tratando de agentes biológicos, é desnecessário que o contato se dê de forma permanente, já que o risco de acidente independe do tempo de exposição e, ainda que ocorra a utilização de EPI, eles não são capazes de elidir, de forma absoluta, o risco proveniente do exercício da atividade com exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa.
 3. O tempo de serviço sujeito a condições nocivas à saúde, prestado pela parte autora na condição de contribuinte individual, deve ser reconhecido como especial.
 4. Em condições excepcionais esta Corte tem admitido a contagem de tempo posterior à entrada do requerimento para completar o tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria, desde que devidamente registrado no CNIS a continuidade do vínculo que mantinha na DER, através de consulta feita nos termos do artigo 29-A da Lei 8.213/91, o que possibilita sua reafirmação, caso em que a data de início do benefício será a data do ajuizamento do feito, com o tempo de contribuição contado até esse momento.
 5. Tem direito à aposentadoria especial o segurado que possui 25 anos de tempo de serviço especial e implementa os demais requisitos para a concessão do benefício.
 6. As teses relativas ao percentual de juros e o índice de correção monetária devem ser diferenciadas para a fase de execução, de modo a racionalizar o andamento do presente processo de conhecimento.
- (TRF4, AC 5002922-74.2010.404.7001, Sexta Turma, Relatora Salise Monteiro Sanchotene, data da decisão: 24/08/2016, juntado aos autos em 29/08/2016 - destaquei)

Cite-se, outrossim, por similitude temática:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Da análise do Perfil Profissiográfico Previdenciários (PPP) juntados aos autos (fls. 20/22) e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, o autor comprovou o exercício da atividade especial nos seguintes períodos: - 04/08/1989 a 31/03/1998, uma vez que trabalhou como vigilante em ambiente hospitalar, estando exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se nos códigos 1.3.2 e 2.5.7 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79; - 01/04/1998 a 13/05/2015, pois exerceu atividade laborativa como recepcionista em ambiente hospitalar, recepcionando e prestando serviços de apoio a pacientes, marcando consultas, averiguando suas necessidades e os dirigindo ao lugar procurado, estando, de igual forma, exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se no código 1.3.2, Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79. [...]

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, AC 0022921-45.2016.4.03.9999, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Toru Yamamoto, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017)

Atente-se à regularidade formal dos documentos apresentados, inexistindo necessidade de contemporaneidade do formulário ou laudo ao período de exercício da atividade insalubre, à falta de previsão legal nesse sentido e de comprovação de significativa alteração no ambiente laboral.

Frise-se, ainda, que o simples fato de a empresa informar a utilização do EPI pelo trabalhador não elide a configuração do trabalho insalubre, havendo a necessidade da comprovação de sua eficácia, o que não ocorreu no caso vertente.

Somados o período de atividade especial reconhecido nestes autos, aos demais períodos de atividade especial enquadrados na via administrativa, excluídos os intervalos concomi-

tantes, verifica-se que a demandante, até a data do requerimento administrativo formulado em 23/02/2006- DER, contava com tempo de 26 anos, 11 meses e 20 dias, o que é suficiente ao deferimento do benefício de aposentadoria especial como se demonstra da planilha de contagem abaixo reproduzida:

“CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
TEMPO DE SERVIÇO COMUM

- Data de nascimento: 23/01/1959
- Sexo: Feminino
- DER: 23/02/2006
- Período 1 - 03/09/1975 a 08/10/1979 - 4 anos, 1 meses e 6 dias - 50 carências - Tempo comum
- Período 2 - 01/08/1981 a 03/03/1990 - 8 anos, 7 meses e 3 dias - 104 carências - Tempo comum
- Período 3 - 09/07/1991 a 13/09/1991 - 0 anos, 2 meses e 5 dias - 3 carências - Tempo comum
- Período 4 - 27/11/1991 a 22/07/1992 - 0 anos, 7 meses e 26 dias - 9 carências - Tempo comum
- Período 5 - 27/07/1992 a 06/01/2006 - 13 anos, 5 meses e 10 dias - 162 carências - Tempo comum
- * Não há períodos concomitantes.
- Soma até 23/02/2006 (DER): 26 anos, 11 meses, 20 dias, 328 carências
- * Para visualizar esta planilha acesse <https://planilha.tramitacaointeligente.com.br/planilhas/TECJM-ERPEP-9Y>”

O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve fixado a contar da concessão do benefício pelo INSS, *observada a prescrição quinquenal*, em harmonia com a jurisprudência do c. STJ, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. EFEITOS FINANCEIROS DA REVISÃO. DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO.

1. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve retroagir à data de início do benefício previdenciário, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, observada a prescrição quinquenal. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.467.290/SP, REL. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE 28.10.2014; REsp 1.108.342/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 3.8.2009.2. Recurso Especial provido.”(REsp 1719607/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 02/08/2018).(g.n.)

Oportuno destacar, que o requerimento administrativo se deu aos 23/02/2006, restando deferida a concessão administrativa da aposentadoria por tempo de contribuição em 19/03/2009, com o acolhimento de recursos interpostos na via administrativa, restando ajuizada a presente ação revisional aos 27/07/2018 (id 93230125 -pág.04).

Solucionado o mérito, passo à análise dos consectários.

Cumprido esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: “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.”

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, incidirão juros em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Deve o INSS arcar com os honorários advocatícios em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do Código de Processo Civil, observando-se o disposto nos §§ 3º e 5º desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA* para reconhecer o período de atividade especial de 27/07/1992 a 06/01/2006, com a condenação do INSS à conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, desde o requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal. Explicitados os critérios de juros de mora e de correção monetária, bem como a verba relativa aos honorários advocatícios, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5006758-96.2019.4.03.6183

Apelante: OSWALDO STOPPA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DE RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO. PEDIDO DE PAGAMENTO DE DANOS MORAIS DIANTE DE DEMORA INJUSTIFICADA NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSECTÁRIOS.

- Afirma a parte autora, titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/044.406.637-3, com DER/DIB em 28.01.92, deferido apenas em 2019, que sua renda mensal inicial foi calculada a menor, *“uma vez que o INSS não corrigiu os salários de contribuição até a data do início do benefício como determinava o art. 31 da Lei 8.213/91 (...)”*.

- Nos termos do art. 31 da Lei 8.213/91, todos os salários de contribuição utilizados no cálculo da renda mensal inicial deveriam ser monetariamente corrigidos. Ao regulamentar o dispositivo em comento, o art. 31 do Decreto 611/92 previu que a referida correção ocorreria até o mês anterior ao do início da prestação.

- A redação do artigo 31, do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, não teve por escopo alterar o termo *ad quem* de incidência da correção monetária sobre os salários-de-contribuição, mas apenas adequar sua aplicação ao caso concreto, tendo em vista que a incidência do índice integral da inflação apurada somente é possível até o mês que antecede ao início do benefício.

- No caso concreto, conforme se depreende da carta de concessão e memória de cálculo, verifica-se que a autarquia, ao calcular a renda mensal inicial do benefício da parte autora, corrigiu todos os salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo (01/89 a 12/91), dando efetivo cumprimento à legislação vigente, não havendo nenhuma irregularidade no ato consubstanciado.

- O dano moral pode ser conceituado como a violação a um direito da personalidade, causadora de sofrimento e angústia a seu titular. Sendo essa espécie de direitos um corolário da dignidade da pessoa humana, enquanto expressão desta na legislação cível, a agressão a um direito da personalidade não deixa de ser também uma lesão indireta à dignidade daquele que sofreu o dano.

- Para caracterização do dano moral, além de uma lesão a um direito da personalidade, é necessário que essa injusta lesão seja revestida de gravidade, ultrapassando os meros aborrecimentos.

- Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta da ré (fato danoso) e a lesão acarretada, porquanto os danos morais causados ao apelante decorreram da ineficiência do serviço prestado pela apelada, sem que a autarquia provasse qualquer causa excludente de responsabilidade. Configurou-se, também a gravidade necessária a ensejar caracterização de dano moral, restando comprovado o sofrimento da parte autora causado pela demora exacerbada da autarquia na concessão do benefício.

- A indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Diante dos fatos demonstrados pelas partes, entendo razoável fixar a indenização no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra adequado ao caso concreto, na medida que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
- A forma de cálculo da correção monetária e os juros de mora deve ser norteadas pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação do julgado.
- A fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal. Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência, contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.
- Recurso da parte autora parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por OSWALDO STOPPA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a revisão do cálculo da renda mensal inicial de seu benefício (DIB 28.01.92), com a correção, pelo INPC integral, do salário de contribuição de janeiro de 1992, nos termos da redação contida no art. 31 da Lei n. 8.213/91. Além disso, requer a condenação da autarquia ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 30.000,00, vez que pleiteou sua aposentadoria por tempo de contribuição em 1992 e, em razão de extravio do processo administrativo, obteve êxito na concessão apenas em 2019, ou seja, 27 anos depois.

Em contestação, a autarquia sustentou que o benefício foi devidamente calculado, nos termos dos artigos 29 e 31 da Lei 8.213/91, na redação vigente na data do requerimento. Quanto ao dano moral, afirmou que *“para que haja discussão sobre indenização a título de dano moral por ‘indeferimento de benefício’, mister que a parte demonstre ter suportado desconforto além do comum, capaz de lesar os direitos da personalidade da vítima, o que não ocorreu na espécie”*. Ainda, aduziu que, *“em que pese tenha ocorrido uma demora exagerada por parte da autarquia na concessão do benefício (vinte e sete anos), observa-se que o autor estava percebendo o benefício de abono de permanência em serviço, o qual seria cessado quando da concessão da aposentadoria. Assim, o segurado teve paciência para aguardar a análise do seu pedido de aposentadoria, tanto que não ingressou em juízo, apenas o fazendo após a obtenção da aposentadoria. Resta descaracterizado, portanto, o alegado sofrimento, dano ao patrimônio imaterial do autor”* (ID 152210359).

Em réplica, o autor argumenta que *“o benefício foi requerido e com DIB e vigência em 28/01/1992. O INPC acumulado até o dia 28 daquele mês de janeiro de 1992 foi da ordem*

de 23,41%, que não foram aplicados à correção dos salários de contribuição, contrariando o art. 31. Quanto ao dano moral, afirma que “ocorreu negligência do INSS que tinha o dever de cuidar da documentação do segurado e não zelou e extraviou o processo administrativo dentro da agência, o que gerou o atraso de 27 anos até a concessão da aposentadoria. (...) O autor dirigiu-se inúmeras vezes até o INSS, o que podemos destacar algumas das vezes nos anos 2007, 2012 e 2018, e o INSS sempre com a mesma alegação de que o processo administrativo encontrava-se extraviado e o segurado tinha que aguardar a vinda do processo para que pudesse decidir sobre o benefício” (ID 152210364).

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos. Condenou o autor ao pagamento da verba honorária, arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a execução, nos termos do artigo 98, parágrafos 2º e 3º do Código de Processo Civil (ID 152210367).

A parte autora interpôs recurso de apelação. Pugna pela reforma da sentença e pela decretação de procedência do pedido inicial (ID 152210372).

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DO RECÁLCULO DO BENEFÍCIO

Afirma a parte autora, titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/044.406.637-3, com DER/DIB em 28.01.92, deferido apenas em 2019, que sua renda mensal inicial foi calculada a menor. Aduz, na exordial, que “o INSS efetuou os cálculos apurando-se os 36 últimos Salários de Contribuições compreendidos no período básico de Cálculo (PBC) desde a competência mês 01/1989 até ao mês 12/1991, atualizando-se monetariamente todos os salários de contribuição integrantes do PBC (período básico de cálculo) somente até o mês 12/1991 (dezembro de 1991), quando deveria ter corrigido até a (DIB) data do início do benefício, que ocorreu no dia 28/01/1992”. Dessa forma, a parte autora conclui que o “INSS feriu o princípio *tempus regit actum*, uma vez que o INSS não corrigiu os salários de contribuição até a data do início do benefício como determinava o art. 31 da Lei 8.213/91 (...)”

De outro lado, a autarquia sustenta que calculou a aposentadoria nos termos da legislação vigente à época do requerimento.

A r. sentença, ao analisar referido pleito, assim dispôs:

“Não há nos autos, porém, prova de que a situação narrada pelo autor tenha ocorrido. Com efeito, a carta de concessão/memória de cálculo id. 18119018 - Pág. 1 informa que o período básico de cálculo do benefício compreende o intervalo de 01/1989 a 12/1991. Porém, o fato da última competência informada naquele documento ser a do mês 12/1991 não significa que os salários de contribuição somente foram corrigidos até o fim de 1991, e sim que o último salário sobre o qual recaiu a correção foi o do mês 12/1991, que é justamente a derradeira competência que compõe o PBC. Nesse sentido, ademais, verifico que a parte autora não questiona os índices aplicados pela Autarquia, mas apenas o termo final da correção. Por tais motivos, indevida a revisão postulada”.

Importante destacar, de plano, o preceituado no art. 31 da Lei 8.213/91 (na sua redação original) e no art. 31 do Decreto 611/92, *in verbis*:

“Art. 31 - Todos os salários de contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário de contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais” (Lei nº 8.213/91).

“Art. 31 - Todos os salários-de-contribuição utilizados no cálculo do salário-de-benefício serão reajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário-de-contribuição até a do mês anterior ao do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais” (Decreto nº 611/92).

Nos termos do art. 31 da Lei 8.213/91, todos os salários de contribuição utilizados no cálculo da renda mensal inicial deveriam ser monetariamente corrigidos. Ao regulamentar o dispositivo em comento, o art. 31 do Decreto 611/92 previu que a referida correção ocorreria até o mês anterior ao do início da prestação.

A redação do artigo 31, do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, não teve por escopo alterar o termo *ad quem* de incidência da correção monetária sobre os salários-de-contribuição, mas apenas adequar sua aplicação ao caso concreto, tendo em vista que a incidência do índice integral da inflação apurada somente é possível até o mês que antecede ao início do benefício.

A aplicação de índice de correção referente à competência do início do benefício equivaleria à prática do *bis in idem*, pois a aposentadoria teve sua primeira renda, que venceu nesse mesmo mês, devidamente reajustada segundo percentual que é apurado mensalmente. Neste sentido, trago à colação precedentes do C. STJ, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - ARTIGO 31 DA LEI 8.213/91 E DO DECRETO 611/92 - PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO - TERMO *AD QUEM*.

- Os salários de contribuição, incluídos no período básico de cálculo do benefício, devem ser atualizados pelo INPC até o mês anterior ao do início do benefício. Inteligência do artigo 31, da Lei nº 8.213/91, Decreto 611/92.

- Precedentes.

- Recurso conhecido e provido.” (Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, 500890/SP, j. 05/02/2004, pub. DJ. em 26/04/2004)

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO. TERMO FINAL. ART. 31 E 41, INCISO II, DA LEI 8.213/91.

I - Os salários-de-contribuição incluídos no período básico de cálculo do benefício (PBC) devem ser atualizados até o mês anterior ao do início do benefício, consoante entendimento dos arts. 31 e 41, inciso II, da Lei 8.213/91.

II - *In casu*, em que o Tribunal *a quo* deferiu a atualização até a data do início do benefício (04.01.93), mantém-se o acórdão, em respeito aos arts. 460, 512 e 515, do CPC.

III - Recurso conhecido, mas desprovido”. (STJ - Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, 330732, j.13/03/2002, pub. DJ 08/04/2002).

Além disso, a pretensão da parte autora ensejaria a aplicação de índice parcial de correção monetária, o que não é permitido no ordenamento jurídico. Neste diapasão, segue a jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. TERMO FINAL DA ATUALIZAÇÃO. ARTIGOS 31 E 41, INCISO II, DA LEI Nº 8.213/91. ARTIGO 31 DO DECRETO Nº 611/92.

1. Os salários-de-contribuição devem ser atualizados mês a mês, em conformidade com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, a contar da data de competência do salário-de-contribuição até o mês anterior ao do efetivo início do benefício, tendo em vista que o INPC possui periodicidade mensal.
2. Tendo sido o benefício requerido administrativamente em 20 de agosto de 1992, impossível a aplicação do INPC de agosto de 1992 aos vinte primeiros dias do mês, por não existir índice parcial de correção monetária.
3. Segundo o artigo 41, inciso II, da Lei nº 8.213/91, o INPC do mês do início do benefício é incluído quando do seu primeiro reajuste, de modo que sua aplicação também ao mês de início do benefício implicaria *bis in idem*.
4. Não há ilegalidade no Decreto nº 611/92, que apenas se limitou a regulamentar a Lei nº 8.213/91, dando-lhe efetivo cumprimento.
5. Precedentes.
6. Recurso especial provido”. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., proc. nº 200201496725, DJU 25.10.2004, p 403).

“PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DO VALOR DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO - ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO ATÉ A EXATA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES A SETEMBRO DE 1991 - ATUALIZAÇÃO PELO ÍNDICE DE 147,06% - IMPOSSIBILIDADE.

1. Atualizados os salários-de-contribuição até o mês de início do benefício e, apurada a renda mensal inicial, repassado ao benefício todo o índice inflacionário referente ao referido mês, não cabe falar em atualização daqueles salários-de-contribuição até o exato dia de início do benefício.
2. Os salários-de-contribuição anteriores a setembro de 1991 devem ser atualizados pelo INPC do IBGE, por força do artigo 31 da Lei 8213/91, não cabendo, pois, falar em atualização pelo índice de 147,06%, que se refere à variação do salário-mínimo no mês de setembro de 1991 (de Cr\$ 17.000,00 para Cr\$ 42.000,00).
3. O Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que o artigo 58 do ADCT, ao criar sistema dúplice de reajustes dos benefícios previdenciários, não viola o princípio da isonomia, por se tratar de norma emanada do próprio poder constituinte originário.
4. Recurso improvido.” (TRF - 3ª Região, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., proc. nº 2003.03.99.011985-2, DJU 09.12.2004, p. 453).

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO.

1. A correção de todos os salários-de-contribuição até o mês anterior ao do início do benefício, não incluindo o trintídio da concessão ou parte dele, é sistemática legal oriunda do disposto no art. 31 do Decreto nº 611/92, regulamentação que não se afastou do espírito do art. 31 da Lei de Benefícios.
2. A norma do § 5º do art. 41 da Lei nº 8.213/91, que autoriza o pagamento dos benefícios concedidos a partir de 01/08/92, em caráter excepcional, no 11º e 12º dia útil do mês seguinte ao de sua competência, não conflita com a regra geral do § 4º do art. 41 da mesma Lei (pagamento até o 10º dia útil), porquanto é uma norma que visa atender dificuldades transitórias geradas pelo incremento das prestações previdenciárias.

3. Descabida a pretensão da parte autora de pagamento da gratificação natalina até o 20º dia de dezembro, com base nos proventos devidos no mês de dezembro de cada ano, visto que a Lei de Benefícios e o RBPS/91 não têm previsão nesse sentido, o que autoriza o seu pagamento por ocasião da competência de dezembro/91, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 41 da Lei nº 8.213/91.

4. Improcede a pretensão de que se aplique, ao primeiro reajuste do benefício, o índice integral do INPC/IRSM, eis que o art. 9º, § 1º, da Lei 8.542/92 não contrasta com a regra constitucional assecuratória da preservação real do valor do benefício". (TRF 4ª Região, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Virgínia Scheibe, v.u., proc. nº 199904010741478, DJU 27.06.2001, p. 686).

No caso concreto, conforme se depreende da carta de concessão e memória de cálculo, verifica-se que a autarquia, ao calcular a renda mensal inicial do benefício da parte autora, corrigiu todos os salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo (01/89 a 12/91), dando efetivo cumprimento à legislação vigente, não havendo nenhuma irregularidade no ato consubstanciado.

DOS DANOS MORAIS

O dano moral pode ser conceituado como a violação a um direito da personalidade, causadora de sofrimento e angústia a seu titular. Sendo essa espécie de direitos um corolário da dignidade da pessoa humana, enquanto expressão desta na legislação cível, a agressão a um direito da personalidade não deixa de ser também uma lesão indireta à dignidade daquele que sofreu o dano.

Nesse sentido, preceituam os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002:

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.

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para caracterização do dano moral, além de uma lesão a um direito da personalidade, é necessário que essa injusta lesão seja revestida de gravidade, ultrapassando os meros aborrecimentos. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. DANOS MORAIS. EXTRAVIO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL (CTPS). AGÊNCIA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). DANO MORAL *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. O cerne da questão está no saber se o extravio da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do ora embargante pelo INSS ensejaria ou não dano moral passível de indenização.

2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público ensejadora da indenização por dano moral é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
3. A indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.
4. Evidenciado o dano causado ao embargante em razão do extravio da CTPS, documento este essencial para comprovar diversas situações do empregado perante a Justiça do Trabalho e a Previdência Social, conforme se denota do art. 40 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).
5. Do mesmo modo, como se sabe, é por meio do aludido documento que o trabalhador tem a possibilidade de demonstrar, perante o seu novo empregador, a experiência profissional adquirida durante o exercício de funções em atividades profissionais pretéritas.
6. É cada vez mais forte a jurisprudência no sentido de que o simples extravio da CTPS gera dano moral *in re ipsa*, isto é, presumido, prescindindo de comprovação.
7. Quanto à ação do agente, a Declaração emitida por servidores do INSS da Agência de Ribeirão Preto comprova que a Carteira de Trabalho e Previdência Social do embargante encontra-se extraviada naquele local, fato este, inclusive, que em nenhum momento foi refutado pela autarquia previdenciária nos presentes autos.
8. Havendo demonstração inequívoca de que da conduta da ré resultou efetivamente prejuízo de ordem moral ao ora embargante, mostra-se de rigor a prevalência do voto vencido que negou provimento à apelação do INSS, mantendo a fixação de indenização a título de danos morais conforme fixada na r. sentença.
9. Embargos infringentes providos.
(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 839059 - 0006099-57.2001.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 06/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/08/2019)

DANOS MORAIS. EXTRAVIO DE CTPS. INSS. DANOS MORAIS. NEXO CAUSAL E ABALO EMOCIONAL CARACTERIZADOS.

1. O autor apresentou ao INSS pedido administrativo para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, tendo sido indeferido em 07.12.09.
2. Solicitada a devolução, pelo segurado, de suas três Carteiras de Trabalho, a autarquia federal não as encontrou.
3. É de se salientar que o INSS, instituído com base na Lei 8.029/90, autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, caracteriza-se como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade brasileira, aplicando-se, portanto, a redação do § 6º, do art. 37, da CF/88, a qual fundamenta a indenização por dano moral.
4. O ressarcimento do dano funda-se na existência de prejuízo, que, no caso, é apontado na lesividade praticada pelo INSS quando do extravio das carteiras profissionais do autor, cujo alcance tem o condão de atingir os direitos assegurados ao indivíduo como ser humano.
5. Cabe à vítima provar o nexo de causalidade entre o fato ofensivo e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.
6. Para a configuração dos danos morais, não basta o aborrecimento ordinário, diuturnamente suportado por todas as pessoas. Impõe-se que o sofrimento infligido à vítima seja de tal forma grave, invulgar, justifique a obrigação de indenizar do causador do dano e lhe fira, intensamente, qualquer direito da personalidade.
7. *In casu*, não há dúvidas de que não se trata de mero aborrecimento. O ente autárquico não procedeu com a cautela necessária que se espera de um órgão público. Pela importância que o documento tem para o trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego, o

extravio da CTPS, quando do pleito de aposentadoria, impede a efetiva conferência dos vínculos constantes no sistema CNIS e traz consequências ao segurado, causando-o prejuízos, os quais, *in casu*, surgiram pela falha na prestação do serviço público, sem que o autor tivesse dado causa. Constatada ofensa à dignidade humana, justifica-se a condenação.

(...)

10. Recurso da parte autora parcialmente provido. Recurso autárquico desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2010991 - 0003644-75.2013.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 13/06/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/07/2019)

No caso dos autos, a parte autora sustenta que “ocorreu negligência do INSS que tinha o dever de cuidar da documentação do segurado e não zelou e extraviou o processo administrativo dentro da agência, o que gerou o atraso de 27 anos até a concessão da aposentadoria. (...) O autor dirigiu-se inúmeras vezes até o INSS, o que podemos destacar algumas das vezes nos anos 2007, 2012 e 2018, e o INSS sempre com a mesma alegação de que o processo administrativo encontrava-se extraviado e o segurado tinha que aguardar a vinda do processo para que pudesse decidir sobre o benefício”.

De outro lado, a autarquia explicita que, “em que pese tenha ocorrido uma demora exagerada por parte da autarquia na concessão do benefício (vinte e sete anos), observa-se que o autor estava percebendo o benefício de abono de permanência em serviço, o qual seria cessado quando da concessão da aposentadoria. Assim, o segurado teve paciência para aguardar a análise do seu pedido de aposentadoria, tanto que não ingressou em juízo, apenas o fazendo após a obtenção da aposentadoria. Resta descaracterizado, portanto, o alegado sofrimento, dano ao patrimônio imaterial do autor”.

Passo à análise das provas juntadas aos autos.

Conforme a carta de concessão e memória de cálculo juntada aos autos, verifica-se que aposentadoria por tempo de contribuição foi requerida em 28.01.92, com início de vigência nesta mesma data, tendo sido deferida em 18.02.19 (ID 152210341, p. 1).

Há nos autos, ainda, documento comprobatório no sentido de que o autor recebia abono de permanência em serviço (DIB 22.10.86), cessado apenas com o deferimento da aposentadoria em 2019 (ID 152210344, p. 10); resumo de documentos para cálculo de tempo de serviço, emitido pelo INSS em 05.07.93, com a contagem de 35 anos, 7 meses e 1 dia (ID 152210344, p. 22); carta de exigência, emitida em 05.07.93, em que consta a seguinte listagem: “falta informar DRD, código despacho não existe e faltam valores da concessão – relação de salários ou mensalidade forte” (ID 152210344, p. 24); e pesquisa CNIS, com vínculos de 03.03.49 a 12.04.51; 19.01.57 a 16.11.61; 25.01.62 a 04.05.62; 07.05.62 a 28.02.65; 15.03.65 a 15.09.79; 06.07.65 a 11.01.66; 02.01.67 a 01.12.67 e recolhimentos de contribuições previdenciárias, de 01.11.75 a 31.12.91, como autônomo, de 01.12.96 a 30.06.97 e de 01.11.97 a 30.11.99, como empresário; de 01.12.99 a 31.03.00 e de 01.04.00 a 30.11.00, como contribuinte individual; de 01.12.00 a 31.12.00, como empresário; de 01.01.01 a 31.03.03 e de 01.04.03 a 31.01.04, e de 01.04.04 a 30.04.04, como contribuinte individual (ID 152210346, p. 11).

Para comprovar o alegado extravio, o autor requisitou ao INSS cópia de seu processo administrativo aos 08.02.19 (ID 152210344, p. 1), tendo instruído a inicial da vertente demanda, proposta em 05.06.19, com os seguintes documentos:

- pedido de requisição de documentos arquivados, realizado em 10.10.07 (ID 152210344, p. 2);

- pedido de requisição de papéis arquivados, de 12.07.93, relativo ao processo 48/811.781.275 para instruir o NB 42/444.060.637-3 (Vl. Mariana) (ID 152210344, p. 25);

- informação emitida pelo INSS, no sentido de que o processo de benefício não se encontrava arquivado em São Paulo, tendo em vista que o feito havia sido encaminhado para Inspetoria do Rio de Janeiro, em 02.06.89, sem retorno até aquela data, em 16.07.93 (ID 152210344, p. 27);

- informação emitida pelo INSS, em 20.07.93, com o seguinte despacho:

“1. Tendo em vista as informações constantes da RPA, ou seja, de que o processo de Abono de Permanência, sob nº 48/81.178.127-5, foi encaminhado para a Inspetoria, sem informar o motivo de tal encaminhamento, não vemos como conceder a presente aposentadoria. 2. Diante do exposto, devolvemos o presente processo para ciência e conclusão na própria Gerência” (ID 152210344, p. 29);

- informação emitida pelo INSS, em 09.08.93, com a solicitação se havia sido registrado o retorno do NB 48/81.178.127-5, encaminhado em 02.06.89 ao Grupo de Trabalho da Auditoria da Direção Geral. Aos 6.08.93, houve a seguinte resposta:

“nada consta em nome do segurado GERALDO STOPPA, contudo de acordo com informações telefônicas, verificamos que o processo do B48 de fato encontra-se na Auditoria Estadual e que a mesma irá encaminhar a esta Gerência para apuração” (ID 152210344, p. 30);

- informação emitida pelo INSS, em 27.08.93, no sentido de que o processo B48 havia sido recebido; que não tinha sido analisado por aquela especializada; que foi encaminhado ao Posto Especial do Seguro Social para sua revisão; que deveria ficar sobrestada a aposentadoria por tempo de contribuição (B42/44.406.638-3) até a conclusão da revisão abono de permanência em serviço (B48) (ID 152210344, p. 31).

Do conjunto probatório produzido, não vislumbro esclarecimentos, por parte da autarquia, do motivo pelo qual o processo concessório da aposentadoria por tempo de contribuição ter ficado tantos anos suspenso no aguardo da revisão do processo concessório do abono de permanência em serviço. Não há, também, informações a respeito da causa da necessária reanálise do abono para o deferimento da aposentadoria. Apenas há informações de que os processos foram encaminhados e retornaram de Auditorias, sem qualquer revisão.

Ademais, o INSS não comprovou qualquer responsabilização por parte do segurado na demora ou na paralização do feito administrativo.

Verifico que o único documento juntado, que mostra exigências administrativas, refere-se à diligências a serem praticadas pela própria autarquia: “ausência de data de regularização da documentação, ausência de código de despacho e de relação dos valores dos salários para a concessão”. Ainda, conforme se observa do resumo de contagem, o INSS já havia reconhecido o tempo necessário à concessão do benefício ao segurado em 05.07.93.

Quanto às alegações de defesa da autarquia, o fato de o segurado ter ficado em gozo de abono de permanência em serviço, por certo, amenizou seus prejuízos de ordem financeira, todavia não excluiu, de forma alguma, a omissão e a negligência do INSS, quando da prestação de seus serviços ao segurado, o qual manifestou o interesse em se aposentar em janeiro de 1992 e obteve referido êxito apenas em 2019 (27 anos depois).

Configurou-se, portanto, o nexo causal, liame entre a conduta da ré (fato danoso) e a lesão acarretada, porquanto os danos morais causados ao apelante decorreram da ineficiência

do serviço prestado pela apelada, sem que a autarquia provasse qualquer causa excludente de responsabilidade. Configurou-se, também a gravidade necessária a ensejar caracterização de dano moral, restando comprovado o sofrimento da parte autora causado pela demora exacerbada da autarquia na concessão do benefício.

A indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Diante dos fatos demonstrados pelas partes, entendo razoável fixar a indenização no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra adequado ao caso concreto, na medida que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. EXTRAVIO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL (CTPS). AGÊNCIA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). INDENIZAÇÃO CABÍVEL. RECURSO DESPROVIDO.

- A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37, § 6º).

- Restou demonstrado nos autos que a CTPS da autora foi extraviada no âmbito do INSS conforme se verifica da conclusão do inquérito policial instaurado pela Polícia Federal para a apuração da prática de suposto crime de estelionato pela apelante, o qual foi arquivado (id 89917033), fato que não foi impugnado pela autarquia, que, na contestação, se cingiu a alegar a ausência de comprovação dos danos morais na espécie.

- São notórios os danos morais na espécie, porquanto, independentemente de a autora ter ou não razão no que toca ao seu direito à aposentadoria que foi suspensa pela autarquia previdenciária que concluiu pela existência de fraude na concessão, fato é que a questão ainda está em litígio e, evidentemente, a ausência desse documento, no qual se registram os vínculos de trabalho da autora, dificulta ou até pode impedir a sua prova. Assim, é nítido o sofrimento impingido à apelante, eis que referido documento é de extrema importância ao trabalhador empregado, pois por meio dele lhe são garantidos direitos laborais e benefício previdenciários e seu conteúdo, muitas vezes pode ser irrecuperável, ainda mais em casos, como o dos autos, em que existe dúvida acerca do efetivo exercício da atividade declarada pela segurada para fins de concessão de benefício. Precedentes desta corte regional.

- Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta da ré (fato danoso) e a lesão acarretada, porquanto os danos morais causados ao apelado decorreram da ineficiência do serviço prestado pela apelada. Ademais, o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade e se cingiu a sustentar a inexistência do dano, que como visto não se coaduna com a prova dos autos.

- Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Na espécie, ficou provado o sofrimento da autora causado desnecessariamente e sem justificativa plausível pela recorrente. Diante dos fatos demonstrados, penso que a indenização por danos morais fixada na sentença no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra adequada, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

- Não há se falar em incidência de multas, à vista da insurgência da parte, porquanto a apresentação do recurso decorre do direito ao duplo grau de jurisdição concernente ao devido processo legal e não consubstancia litigância de má-fé ou conduta atentatória à dignidade da justiça. Todavia, impõe-se a majoração dos honorários de sucumbência, com base no artigo 85, § 11, do CPC, vigente à época da sentença. para 15% incidentes sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC.

- Apelação desprovida. Verba honorária majorada (TRF3, Quarta Turma, Rel Des. Fed. André Nabarrete, 5000533-10.2018.4.03.6114, j. em 27.11.20, Dje 27.11.20).

ADMINISTRATIVO. DEMORA INJUSTIFICADA NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INSS. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de pedido de indenização por danos morais, em razão da demora no cumprimento de determinação judicial relativa à implantação de benefício assistencial.
2. O Poder Público possui responsabilidade objetiva fundamentada pela teoria do risco administrativo, com o consequente enquadramento dos atos lesivos praticados por seus agentes no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, bastando a comprovação da conduta lesiva, do resultado danoso e do nexo de causalidade, os quais estão presentes na hipótese dos autos.
3. No caso em apreço, a autarquia previdenciária não procedeu com a eficiência que se espera de um órgão público, privando a autora, por tempo considerável, de uma verba de natureza alimentar que já lhe havia sido assegurada judicialmente.
4. No tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, algumas diretrizes hão de ser observadas, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido. Deve-se ter em conta, ademais, que a indenização não pode acarretar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório.
5. Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado fixar a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros de mora e correção monetária.
6. Inversão do ônus sucumbencial.
7. Apelação provida (TRF3, Terceira Turma, Rel Des. Fed. Nilton dos Santos, 5197698-79.2020.4.03.9999, j. em 23.04.21, Dje 29.04.21).

CONSECTÁRIOS

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

A forma de cálculo da correção monetária e os juros de mora deve ser norteados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação do julgado.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência, contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora, para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o INSS ao pagamento de danos morais fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da fundamentação, observados os consectários acima estabelecidos.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5822422-35.2019.4.03.9999

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO

Agravada: R. DECISÃO ID 154258665

Interessado: JONAS MARIANO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE. JULGAMENTO DO TEMA 1031 PELO STJ. PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO.

I – A atividade de guarda patrimonial é considerada especial, vez que se encontra prevista no Código 2.5.7 do Decreto 53.831/64, do qual se extrai que o legislador a presumiu perigosa, não havendo exigência legal de utilização de arma de fogo durante a jornada de trabalho.

II - No julgamento do Tema 1031, o E. Superior Tribunal de Justiça, firmou o entendimento sobre a possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço especial para a atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei nº 9.032/95 e do Decreto nº 2.172/97, com ou sem o uso de arma de fogo.

III - Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade exercida sob condições prejudiciais, não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário.

IV – Agravo (art. 1.021 do CPC) do INSS improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo (art. 1.021 do CPC) do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS na forma do art. 1.021 do CPC, em face da decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação da parte autora, para julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de reconhecer a especialidade do labor desempenhado nos períodos de 01.12.1989 a 29.01.1994, 01.08.1994 a 13.11.1997, 01.04.1999 a 12.06.2003, totalizando 34 anos, 05 meses e 06 dias de tempo de serviço até 15.12.2016, data do requerimento administrativo. Em consequência, condenou o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a DER, calculada nos termos do art.29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99.

A Autarquia se insurge contra o reconhecimento da especialidade da atividade desenvolvida pelo autor como vigilante após o advento da Lei n. 9.032/1995, que alterou a redação dos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, e dos Decretos n. 2.172/1997 e n. 3.048/1999, que excluíram as atividades perigosas do rol dos agentes passíveis de caracterização como atividade especial, seja para a concessão de aposentadoria especial, seja para conversão em tempo de serviço comum. Aduz que não há fonte de custeio para concessão de aposentadoria ao impetrante, já que o adicional previsto no art. 57, §§ 6º e 7º, da Lei nº 8.213/91, é devido somente pelas empresas que possuam empregados submetidos a condições que prejudiquem sua saúde ou integridade física e incide exclusivamente sobre a remuneração destes; portanto, visto que as atividades perigosas não são nocivas à saúde, não incide sobre elas o referido adicional. Prequestiona a matéria para fins de acesso às instâncias recursais superiores.

Devidamente intimado, o demandante ofereceu resposta ao recurso do INSS.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O recurso de agravo interno do INSS não merece provimento.

Com efeito, restou consignado na decisão agravada que a atividade de guarda patrimonial é considerada especial, vez que se encontra prevista no Código 2.5.7 do Decreto 53.831/64, do qual se extrai que o legislador a presumiu perigosa, não havendo exigência legal de utilização de arma de fogo durante a jornada de trabalho.

Ademais, no julgamento do Tema 1031, o E. Superior Tribunal de Justiça, firmou o entendimento sobre a possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço especial para a atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei nº 9.032/95 e do Decreto nº 2.172/97, com ou sem o uso de arma de fogo, tendo fixado a seguinte tese:

“É admissível o reconhecimento da atividade especial de vigilante, com ou sem arma de fogo, em data posterior à edição da Lei 9.032/95 e do Decreto 2.172/97, desde que haja comprovação da efetiva nocividade da atividade por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, após essa data, mediante apresentação de laudo técnico ou elemento material equivalente, para a comprovar a permanente, não ocasional, nem intermitente, exposição a agente nocivo que coloque em risco a integridade física do segurado.”

De outro giro, os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade exercida sob condições prejudiciais, não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo do INSS (art. 1.021 do CPC).*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5902425-74.2019.4.03.9999

Apelante: TALES MOREIRA DE ALMEIDA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 06/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE NA DATA DA PERÍCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO.

1. Cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não determinada prova ou sua complementação, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, não havendo que se falar em cerceamento de defesa se o Juízo sentenciante entendeu suficientes os elementos contidos no laudo pericial apresentado.
2. O benefício de auxílio doença é devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão, nos termos do Art. 59, da Lei nº 8.213/91. Já a aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 42, da Lei nº 8.213/91, exige que o segurado seja considerado incapaz e insusceptível de convalescença para o exercício de ofício que lhe garanta a subsistência.
3. Laudo pericial conclusivo pela inexistência de incapacidade no momento da perícia.
4. A análise da questão da incapacidade da parte autora, indispensável para a concessão do benefício, exige o exame do conjunto probatório carreado aos autos e não apenas as conclusões do laudo pericial, assim como a análise de sua efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como idade, aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas.
5. De acordo com os documentos médicos que instruem a inicial, o autor, por ocasião da cessação do benefício, estava ainda em tratamento e sem condições para o trabalho, fazendo jus à percepção do benefício de auxílio doença.
6. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
7. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
8. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
9. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.
10. Apelação provida em parte

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença proferida em ação de conhecimento em que se busca o restabelecimento do benefício de auxílio doença e a conversão em aposentadoria por invalidez.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor em honorários advocatícios de 10% do valor da causa, nos termos do Art. 85, §2º, do CPC, ficando suspensa a execução ante a justiça gratuita concedida.

Inconformado, apela o autor, arguindo, em preliminar, cerceamento de defesa, requerendo a realização de novo exame por médico especialista. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

Por primeiro, não antevejo a necessidade de realização de nova perícia por médico especialista, diante da coerência entre o laudo pericial e o conjunto probatório acostado aos autos, bem como por não restar demonstrada a ausência de capacidade técnica do profissional nomeado pelo Juízo, tendo em vista não ser obrigatória sua especialização médica para cada uma das doenças apresentadas pelo segurado, segundo a jurisprudência desta Corte Regional:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42, *CAPUT* E § 2º, 59 e 62 DA LEI Nº 8.213/91. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. NÃO COMPROVADA A INCAPACIDADE LABORAL. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. A alegação de nulidade da sentença para a realização de nova perícia com especialidade em oftalmologia deve ser rejeitada. No presente caso, o laudo pericial produzido apresenta-se completo, fornecendo elementos suficientes para formação da convicção do magistrado a respeito da questão.

2. Não comprovada a incapacidade para o trabalho, desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão.

3. Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora não provida.

(10ª Turma, AC-32.2018.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Maria Lucia Lencastre Ursoaia, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2019);

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA COM ESPECIALISTA. REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. CONECTIVOS.

- Laudo pericial conduzido de maneira adequada, dispensando qualquer outra complementação.

- O perito é médico devidamente registrado no respectivo Conselho de Classe (CRM), presumindo-se detenha ele conhecimentos gerais da área de atuação, suficientes ao exame e produção da prova determinada, independentemente da especialidade que tenha seguido. Preliminar rejeitada.

- ... "omissis".

- ... "omissis".

- ... "omissis".

- ... "omissis".

- ... "omissis".

- ... "omissis".

- Apelação da autora provida.

(9ª Turma, AC - 36.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal Gilberto Rodrigues Jordan, Intimação via sistema DATA: 01/03/2019);

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CAPACIDADE LABORATIVA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, ante a necessidade de formulação de quesitos complementares ou de designação de audiência de instrução e julgamento, a fim de que fosse produzida prova testemunhal e fossem prestados esclarecimentos pelo perito judicial, vez que suficientes os elementos constantes nos autos para o deslinde da matéria.

II - O laudo judicial revela que o autor não apresenta incapacidade laboral, revelando-se inviável a concessão dos benefícios pleiteados.

III - Suficientes os elementos contidos nos autos para o deslinde da matéria, tendo o perito indicado pelo Juízo fornecido respostas claras e objetivas, de modo a esclarecer quanto à capacidade laborativa do requerente, revela-se desnecessária a realização de novo exame médico por profissional especializado, como requer a parte autora.

IV - ... "omissis".

V - Preliminar argüida pela parte autora rejeitada. Apelação da parte autora, no mérito, improvida.

(10ª Turma, AC 2008.61.27.002672-1, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, DJF3 CJ1 24/06/2009, p. 535)".

Assim, cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não determinada prova ou sua complementação, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, não havendo que se falar em cerceamento de defesa se o Juízo sentenciante entendeu suficientes os elementos contidos no laudo pericial apresentado.

Passo ao exame da matéria de fundo.

O benefício de auxílio doença está expresso no Art. 59, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

"Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos."

Portanto, é benefício devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão.

Já a aposentadoria por invalidez, disciplinada no Art. 42, da Lei 8.213/91, tem a seguinte redação:

“Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.”

A qualidade de segurado e a carência encontram-se demonstradas.

A presente ação foi ajuizada em janeiro de 2018, após o indeferimento da solicitação de prorrogação apresentada em 19/10/2017 e da cessação do benefício de auxílio doença, ocorrida em 14/12/2017.

Quanto à capacidade laboral, o laudo, referente ao exame realizado em 14/06/2018, atesta que o autor é portador de cegueira em um olho e outros transtornos da retina, não apresentando incapacidade no momento da perícia.

Ainda que a perícia médica tenha concluído que a parte autora não está incapacitada para o trabalho habitual, é cediço que o julgador não está adstrito apenas à prova pericial para a formação de seu convencimento, podendo decidir contrariamente às conclusões técnicas, com amparo em outros elementos contidos nos autos, tais como os atestados e exames médicos colacionados (AgRg no REsp 1055886/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 09/11/2009 e AgRg no Ag 1102739/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009).

Acresça-se que a análise da questão da incapacidade da parte autora, indispensável para a concessão do benefício, exige o exame do conjunto probatório carreado aos autos e não apenas as conclusões do laudo pericial, assim como a análise de sua efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas.

De acordo com os documentos médicos que instruem a inicial, o autor, por ocasião do pleito administrativo, estava em tratamento e sem condições para o trabalho.

Analisando o conjunto probatório, é de se reconhecer o direito do autor à percepção do benefício de auxílio doença, não estando configurados os requisitos legais à concessão da aposentadoria por invalidez, que exige, nos termos do Art. 42, da Lei nº 8.213/91, que o segurado seja considerado incapaz e insusceptível de convalescença para o exercício de ofício que lhe garanta a subsistência.

Neste sentido já decidiu a e. Corte Superior:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS DELIMITADOS NO ART. 59 DA LEI 8.213/1991. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE HABITUAL DO SEGURADO. NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL A EXIGÊNCIA DE QUE O TRABALHADOR ESTEJA COMPLETAMENTE INCAPAZ PARA O EXERCÍCIO DE QUALQUER ATIVIDADE. AGRAVO INTERNO DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos termos do art. 59 da Lei 8.213/1991, para que seja concedido o auxílio-doença, necessário que o Segurado, após cumprida a carência, seja considerado incapaz temporariamente para o exercício de sua atividade laboral habitual. 2. A análise dos requisitos para concessão do benefício deve se restringir, assim, a verificar se a doença ou lesão compromete (ou não) a aptidão do Trabalhador para desenvolver suas atividades laborais habituais.

3. Não encontra previsão legal a exigência de comprovação de que o Segurado esteja completamente incapaz para o exercício de qualquer trabalho para concessão do benefício de auxílio-doença, tal exigência só se faz necessária à concessão da prestação de aposentadoria por invalidez.

4. Nesse cenário, reconhecendo o laudo técnico que a Segurada apresenta capacidade apenas para o exercício de atividades leves, não é possível afirmar que esteja ela capaz para o exercício de sua atividade habitual, como era seu trabalho de cozinheira.

5. Verifica-se, assim, que o acórdão recorrido não deu a adequada qualificação jurídica aos fatos, impondo-se a sua reforma. Não há que se falar, nesta hipótese, em revisão do conjunto probatório, o que esbarraria no óbice contido na Súmula 7 desta Corte, mas sim na correta submissão dos fatos à norma, mediante a reavaliação da sua prova.

6. Em situações assim, em que o Segurado apresenta incapacidade para o exercício de sua atividade habitual, mas remanesce capacidade laboral para o desempenho de outras atividades, o Trabalhador faz jus à concessão do benefício de auxílio-doença até ser reabilitado para o exercício de outra atividade compatível com a limitação laboral diagnosticada, nos termos do art. 62 da Lei 8.213/1991.

Precedentes: AgInt no REsp. 1.654.548/MS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.6.2017; AgRg no AREsp. 220.768/PB, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.11.2012.

7. Agravo Interno do INSS a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 866.596/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 26/03/2019);

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. DATA DO PRIMEIRO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O auxílio-doença é um benefício previdenciário de certa duração e renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. É um benefício pago em decorrência de incapacidade temporária. Se houver incapacidade total do segurado, poderá ser concedido o benefício aposentadoria por invalidez.

2. O termo inicial do benefício aposentadoria por invalidez, se o segurado estava em gozo de auxílio-doença, é o dia imediato da cessação deste benefício, nos termos do art. 43 da Lei 8.213/1991.

3. ... “omissis”.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1458133/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 20/10/2014);

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS PARA CONCESSÃO.

1. Em face da relevância da questão social envolvida, pode o Tribunal *a quo* conceder Auxílio-doença ao invés de aposentadoria por invalidez, pedida na inicial, desde que satisfeitos os requisitos daquele.

2. Tendo a perícia médica reconhecido a incapacidade para o trabalho da segurada, em caráter temporário, tem esta o direito ao recebimento do auxílio-doença. (g. n.)

3. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 312.197/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5a Turma, j. 15.5.01, DJ 13.8.01 p. 251) e

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. NECESSIDADE DE REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

1. A concessão de aposentadoria por invalidez depende, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência, da comprovação de incapacidade definitiva para atividade que garanta a subsistência do segurado. (g.n.)

2. ... “omissis”.

3. ... “omissis”.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 907.833/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6a Turma, j. 20.5.08, DJe 25.8.08)”

O benefício de auxílio doença deve ser restabelecido desde o dia seguinte ao da cessação, ocorrida em 14/12/2017, devendo ser mantido até a data da realização do exame pericial (14/06/2018), quando restou constatada a ausência de incapacidade.

Destarte, é de se reformar a r. sentença, devendo o réu conceder ao autor o benefício de auxílio doença no período de 15/12/2017 a 14/06/2018, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém ressaltar que do montante devido devem ser descontadas as parcelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Diante do exposto, afastada a questão trazida na abertura do apelo, dou-lhe parcial provimento nos termos em que explicitado.

É o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5003808-26.2020.4.03.6104

Apelante: EDESIO DE MELO JUNIOR

Apelados: GERENTE DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO DO ESTADO DO SÃO PAULO, UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE PARCELAS DE SEGURO-DESEMPREGO. SÓCIO DE EMPRESA. AUSÊNCIA DE RENDA.

I- O seguro desemprego é um benefício constitucionalmente previsto visando prover assistência financeira temporária ao trabalhador dispensado involuntariamente. O impetrante comprovou seu vínculo empregatício por meio de cópia de sua CTPS, a dispensa imotivada, bem como o requerimento do seguro desemprego.

II- A Lei nº 7.998/90 que regula o programa do seguro desemprego, dispôs em seu art. 3º, vigente à época do desligamento do impetrante, que faria jus ao benefício o trabalhador dispensado sem justa causa que comprovasse não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

III- A simples condição de ser sócio de pessoa jurídica não constitui óbice ao recebimento do seguro desemprego, quando há a comprovação de inexistência de renda decorrente do exercício da empresa.

IV- Ressalto que em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

V- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, 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): Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do *Gerente do Ministério do Trabalho e Emprego do Estado de São Paulo*, objetivando a liberação das parcelas do seguro desemprego.

O Juízo *a quo* denegou a segurança.

Inconformado, apelou o impetrante, requerendo a reforma integral da R. sentença.

Com contrarrazões da União, subiram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal pugnou pelo prosseguimento do feito.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, sustenta o impetrante que era empregado com registro em CTPS, tendo sido dispensado imotivadamente.

Ao requerer o seguro desemprego, teve seu pedido indeferido, em razão de possuir renda própria, por ser sócio de empresa.

Com efeito, o seguro desemprego é um benefício constitucionalmente previsto visando prover assistência financeira temporária ao trabalhador dispensado involuntariamente.

A Lei nº 7.998/90, que regula o programa do seguro desemprego, estabeleceu em seu art. 3º, vigente à época do desligamento do impetrante, *in verbis*:

“Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a: (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da primeira solicitação; (incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da segunda solicitação; (incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando das demais solicitações; (incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

II- revogado.

III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973;

IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e

V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

(...)”

O impetrante comprovou seu vínculo empregatício nos períodos de 20/12/11 a 25/5/16, tendo o contrato de trabalho sido rescindido por iniciativa do empregador, ocasião em que pleiteou a concessão do benefício.

No entanto, a simples condição de ser sócio de pessoa jurídica não constitui óbice ao recebimento do seguro desemprego, quando há a comprovação de inexistência de renda decorrente do exercício da empresa, conforme precedente desta Corte, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO.

- Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, a liberação do pagamento de parcelas de seguro-desemprego à parte autora, negado em razão da constatação de que era sócio de uma pessoa jurídica inativa.

- A ação foi instruída com documentos, destacando-se os seguintes: distrato social da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, da qual o impetrante era sócio, constando a data de abertura em 14.02.2005 e encerramento das operações em 31.12.2005; comprovante de inscrição no CNPJ da referida empresa, constando a situação cadastral “baixada”; termo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, em nome do impetrante, com vínculo empregatício iniciado em 13.04.2006 junto ao Itaú Unibanco S/A e encerrado em 15.07.2015.
- O simples fato de o impetrante ter figurado como sócio em sociedade empresarial, não constitui fundamento para indeferimento do seguro desemprego. Os documentos anexados aos autos comprovam que o impetrante foi proprietário da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, de 14.02.2005 a 31.12.2005, portanto, quando foi contratado em 13.04.2006, a empresa já estava inativa.
- Devido o seguro desemprego em razão do término do vínculo perante o Itaú Unibanco S/A em 15.07.2015.
- Reexame necessário improvido. Apelação da União Federal improvida.”
(TRF3, Apelação/ Remessa Necessária nº 0011489-86.2016.4.03.6100/SP, Oitava Turma, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 10/7/17, v.u., e-DJF3 Judicial I 25/7/17)

Dessa forma, deve ser reformada a R. sentença.

Por fim, ressalto que em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para condenar a autoridade impetrada a pagar as parcelas de seguro desemprego ao impetrante, nos termos da inicial.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5033445-98.2020.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Ré: SONIA MARIA DA COSTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/07/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSITIVO DE LEI. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE ATIVIDADE ESPECIAL INSUFICIENTE. DETERMINADA REVISÃO DA RMI. *IUDICIUM RESCINDENS*. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. *IUDICIUM RESCISORIUM*. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO SUBJACENTE. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO.

1. A viabilidade da ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica, não se admitindo a mera ofensa reflexa ou indireta (confira-se: STJ, S1, AR 4264, relator Ministro Humberto Martins, DJe 02.05.2016). Ressalta-se que, em 13.12.1963, o e. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento, objeto do enunciado de Súmula nº 343, no sentido de 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”.

2. Para que seja reconhecido erro de fato, hábil à rescisão da coisa julgada na forma do artigo 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, exige-se que, sem que tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, o julgado tenha admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, que tenha influído de forma definitiva para a conclusão do decidido. O erro de fato, necessariamente decorrente de atos ou documentos da causa, deve ser aferível pelo exame do quanto constante dos autos da ação subjacente, sendo inadmissível a produção de provas na demanda rescisória a fim de demonstrá-lo.

3. Para concessão de aposentadoria especial é necessário o implemento de 25 (vinte e cinco) anos de exercício de atividade sob condições especiais, a teor do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

4. No caso concreto, verifica-se que na planilha de cálculo de tempo de contribuição constante do julgado rescindendo houve cômputo em duplicidade de período de atividade concomitante. Somados os períodos de labor especial reconhecidos administrativamente e na ação subjacente, a autora atingiu 24 (vinte e quatro) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de atividade exercida sob condições especiais, insuficiente, portanto, à concessão e aposentadoria especial.

5. Reconhecida a ocorrência no julgado rescindendo de erro de fato relativamente à suficiência do tempo de contribuição para fins de aposentação especial, bem como, por consequência, violação direta ao artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

6. É devida a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, com acréscimo do tempo de serviço relativo às atividades de natureza especial reconhecidas na ação subjacente até a data de início de seu benefício, isto é,

de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, devidamente convertidas para comum.

7. É possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, conforme se extrai da conjugação das regras dos artigos 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, com fator de conversão a ser aplicado de 1,20, nos termos do art. 70 do Decreto nº 3.048/99 (com redação vigente à época), conforme orientação sedimentada pela 3ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.151.363, em sede de recurso representativo de controvérsia.

8. O termo inicial do benefício, assim como respectivos efeitos financeiros da revisão, deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa (DIB 05.10.2012/05.10.2012), uma vez que se trata de revisão do coeficiente de cálculo e da renda mensal inicial, em razão do reconhecimento dos períodos laborados sob condições especiais, afastada a prescrição quinquenal, tendo em vista o ajuizamento da demanda subjacente em 23.05.2017 e a concessão do benefício em 09.11.2012.

9. Os valores devidos por força da presente condenação deverão ser compensados com aqueles já pagos administrativamente no período concomitante.

10. A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada, desde a data de cada vencimento, de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos da Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

11. Os juros de mora, incidentes mês a mês a partir da citação na ação subjacente até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos aplicável à Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

12. Mantidos os honorários advocatícios fixados na ação subjacente, observando-se o ora decidido quanto à sua base de cálculo. Na ação rescisória, condenada a parte ré no pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo do § 3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da causa, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º e 4º, III, do artigo 85 e parágrafo único do artigo 86 do CPC.

13. Em juízo rescindendo, com fundamento no artigo 966, V, do CPC/2015, julgada procedente a ação rescisória para desconstituir parcialmente o julgado na ação subjacente, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, restando mantido, portanto, no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos. Em juízo rescisório, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, julgado parcialmente procedente o respectivo pleito revisional formulado na ação subjacente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu, em *iudicium rescindens*, com fundamento no artigo 966, V, do

CPC/2015, julgar procedente a presente ação rescisória para desconstituir parcialmente o julgado na ação subjacente, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, restando mantido, portanto, no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos; e, em *iudicium rescisorium*, consoante o artigo 487, I, do CPC/2015, julgar parcialmente procedente o respectivo pleito revisional formulado na ação subjacente, a fim de, reconhecido o exercício de atividade especial nos períodos de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, assim como o direito à sua conversão em tempo comum pelo fator de 1,20, condenar a autarquia a revisar a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição com acréscimo do referido tempo de atividade, bem como no pagamento das prestações vencidas, desde a data da concessão da benesse em sede administrativa, devidamente acrescidas de correção monetária e juros de mora, compensando-se os valores devidos com aqueles já pagos administrativamente no período concomitante, 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 pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de SONIA MARIA DA COSTA, com fundamento no artigo 966, V e VIII, do CPC/2015, objetivando rescindir decisão monocrática terminativa de mérito, a fim de que seja julgado improcedente o pleito formulado na ação subjacente de conversão em especial da aposentadoria por tempo de contribuição.

Aduziu que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato e violação direta ao artigo 57 da Lei nº 8.213/91, pois a ré não possui tempo de atividade especial suficiente à concessão de aposentadoria especial.

Consta decisão (ID 149763595) que reconheceu a observância do prazo bienal para ajuizamento da ação rescisória e deferiu em parte a tutela provisória de urgência, para suspender em parte a execução do julgado rescindendo, inclusive quanto ao pagamento da renda mensal do benefício de aposentadoria especial, devendo ser restaurada a aposentadoria por tempo de contribuição originariamente concedida, procedendo-se à averbação dos períodos de labor especial submetidos à coisa julgada (01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995, 14.01.2003 a 05.10.2012), com a consequente revisão da renda mensal do benefício.

Ofício da autarquia comunicando o cumprimento da decisão, constante do ID 150206336.

Citada (ID 89858360), a ré apresentou contestação (ID 152363722), sustentando, em preliminar, a carência da ação e, no mérito, a inexistência de vício no julgado rescindendo.

Em atenção à determinação ID 156632720, foi regularizada a representação processual da ré, com a juntada de procuração ID 157025876.

O autor ofereceu réplica (ID 159440196).

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação rescisória (ID 159779163).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

O autor fundamenta a ação rescisória no artigo 966, V e VIII, do CPC, sustentando que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato e violação direta ao artigo 57 da Lei nº 8.213/91, pois a ré não possui tempo de atividade especial suficiente à concessão de aposentadoria especial.

Sonia Maria da Costa ajuizou a demanda subjacente (ID 149470494, p. 5-18), em 23.05.2017, visando à conversão em especial de sua aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 05.10.2012, mediante o reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais nos períodos de 01.03.1977 a 23.04.1980, 26.05.1980 a 27.04.1990, 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e a partir de 14.01.2003.

Registra-se que, administrativamente, foram computados como especiais os lapsos laborais de 01.03.1977 a 11.04.1980, 26.05.1980 a 27.04.1990 (ID 149470503, p. 16-21).

Em 1ª Instância, o pleito foi julgado parcialmente procedente (ID 149470506, p. 45-53), apenas para reconhecer a natureza especial dos períodos laborados de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995, *verbis*:

“[...] A autora objetiva a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em especial, mediante o reconhecimento da especialidade dos períodos de 01/03/1977 a 23/04/1980 (PRODUTOS ALIMENTÍCIOS KELLOGG’S LTDA), 26/05/1980 a 27/04/1990 (GTE DO BRASIL S/A), 01/03/1993 a 24/03/1994 (AMPARO MATERNAL), 06/10/1993 a 17/01/1995 (AMICO SAÚDE LTDA) e 14/01/2003 “a atual” (SPDM – HOSPITAL ESTADUAL DE DIADEMA).

Como se pode observar da contagem administrativa, os períodos de 01/03/1977 a 11/04/1980 e 26/05/1980 a 27/04/1990 (id 1830247, fl. 16) já foram reconhecidos como especiais pelo INSS, sendo, portanto, incontroversos.

Quanto ao período de (AMPARO MATERNAL), consta na CTPS (id 1404896, fl. 02) 01/03/1993 a 24/03/1994 que a autora exerceu a função de atendente de enfermagem. Nota-se que esse período pode ser enquadrado como tempo especial pela categoria profissional, com base em interpretação extensiva dos códigos 2.1.3, anexo II, do Decreto nº 83.080/79, 2.1.3, do anexo IV, do Decreto nº 53.831/64.

Em relação ao interregno de (AMICO SAÚDE LTDA), o PPP id 1405009, fl. 01, 06/10/1993 a 17/01/1995 indica que a autora exerceu o cargo de atendente de enfermagem, zelando pela higiene de pacientes, medicação, controle de temperatura, pressão e fazendo curativo. Consta que houve a exposição a vírus, bactérias, fungos, parasitas e bacilos, de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente. Logo, deve ser enquadrado, como tempo especial, com base nos códigos 1.3.2, artigo 2º, do Decreto nº 53.831/64 e 1.3.4, anexo II, do Decreto nº 83.080/79.

Por último, em relação ao lapso de 14/01/2003 até a data atual (SPDM – HOSPITAL ESTADUAL DE DIADEMA), que, no caso, só poderá ser até a data da DER (05/10/2012), a autora juntou o PPP id 1405071.

Consta no documento que a autora foi auxiliar de enfermagem. Ocorre que, no campo “Fator de risco”, há indicação de fatores químicos e biológicos, contudo, sem menção pormenorizada dos agentes nocivos em que a autora ficou exposta, tais como vírus, bactérias, fungos e outros parasitas. No tocante ao ruído, a média de decibéis indicada no PPP, de acordo com o período (59-67 dB e 83-85 dB entre 2004 e 2005; 74,2 dB em 2006; 74,2 dB em 2007; 74,2 dB em 2008), não se afigura suficiente para o reconhecimento da especialidade. Já em relação ao

calor, vê-se que o nível de intensidade é inferior a 28º Celsius. Enfim, não deve ser reconhecida a especialidade do período.

Reconhecidos os períodos especiais de 01/03/1993 a 24/03/1994 e 06/10/1993 a 17/01/1995, e somando-o aos demais intervalos especiais já computados administrativamente, excluindo-se os lapsos concomitantes, verifica-se que a autora, na DER do benefício NB: 161992559-9 (05/10/2012 – id 1405103), totaliza 14 anos, 11 meses e 12 dias de tempo especial, conforme tabela abaixo, insuficiente para a concessão da aposentadoria especial pleiteada nos autos. [...]

Diante do exposto, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), *julgo a demanda, apenas para reconhecer os períodos PARCIALMENTE PROCEDENTE os especiais de 01/03/1993 a 24/03/1994 e 06/10/1993 a 17/01/1995, pelo que extingo o processo com resolução de mérito. [...]* (grifo nosso)

Sentença parcialmente reformada no 2º grau de jurisdição, dando-se provimento à apelação da autora para reconhecer o labor especial também entre 14.01.2003 e 05.10.2012 e determinar a transformação em especial da aposentadoria por tempo de contribuição concedida, desde a data de entrada do requerimento administrativo, conforme decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Luiz Stefanini (ID 149470509, p. 1-12), da qual destaco:

“[...] No caso em questão, há de se considerar inicialmente que o INSS reconheceu administrativamente o exercício de atividade especial pela parte autora nos períodos de 01/03/1977 a 11/04/1980 e de 26/05/1980 a 27/04/1990, conforme resumos constantes de ID 61432526, pág. 14/16.

O magistrado a “quo”, por sua vez, reconheceu os períodos de 01/03/1993 a 24/03/1994 e de 06/10/1993 a 17/01/1995.

Portanto, permanece controverso o período de 14/01/2003 a 05/10/2012 (data da DER), que passo a analisar. [...]

Assim, é possível o reconhecimento da especialidade nos termos dos códigos 3.0.1 dos Anexos IV dos Decretos nº 2.172/97 e 3.048/99. [...]

Presente esse contexto, tem-se que os períodos reconhecidos no presente feito (de 01/03/1993 a 24/03/1994, de 06/10/1993 a 17/01/1995 e de 14/01/2003 a 05/10/2012), somados àqueles enquadrados no âmbito administrativo (01/03/1977 a 11/04/1980 e de 26/05/1980 a 27/04/1990), totalizam mais de 25 anos de labor em condições especiais, conforme tabela anexa:

Processo:

Autor: Sexo (m / f): (M / F) : m Réu: INSS [...]

1 01/03/1977 11/04/1980 3 1 11 - - -

2 26/05/1980 27/04/1990 9 11 2 - - -

3 01/03/1993 24/03/1994 1 - 24 - - -

4 06/10/1993 17/01/1995 1 3 12 - - -

5 14/01/2003 05/10/2012 9 8 22 - - -

Soma: 23 23 71 0 0 0

Correspondente ao número de dias: 9.041 0 Tempo total : 25 1 11 0 0 0

Conversão: 1,40 0 0 0 0,000000 Tempo total de atividade (ano, mês e dia): 25 1 11

Outrossim, a autora faz jus à aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91 [...]

O termo inicial da aposentadoria especial deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (05/10/2012), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91. Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido nos termos do artigo 487, inciso I, CPC, condenando o réu a conceder aposentadoria especial ao autor a partir do requerimento administrativo [...]

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO à apelação da parte autora, para conceder ao autor o benefício de aposentadoria especial, desde 05/10/2012, com renda mensal equivalente a 100%

do salário-de-benefício e sem aplicação do fator previdenciário, fixando os juros e correção monetária na forma acima exposta. [...]”

Sem interposição de recurso pelas partes, foi certificado o trânsito em julgado ocorrido em 13.12.2019 (ID 149470509, p. 40).

A viabilidade da ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica, não se admitindo a mera ofensa reflexa ou indireta (confira-se: STJ, S1, AR 4264, relator Ministro Humberto Martins, DJe 02.05.2016).

Ressalto que, em 13.12.1963, o e. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento, objeto do enunciado de Súmula nº 343, no sentido de 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”.

De outro lado, para que seja reconhecido erro de fato, hábil à rescisão da coisa julgada na forma do artigo 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, exige-se que, sem que tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, o julgado tenha admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, que tenha influído de forma definitiva para a conclusão do decidido.

Ainda, o erro de fato, necessariamente decorrente de atos ou documentos da causa, deve ser aferível pelo exame do quanto constante dos autos da ação subjacente, sendo inadmissível a produção de provas na demanda rescisória a fim de demonstrá-lo.

Nesse sentido, encontra-se sedimentada a jurisprudência dos Tribunais superiores e desta Corte:

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA EM 25.02.2016. 1. A hipótese de rescindibilidade insculpida no artigo 485, IX, do CPC de 1973, em que fundado o pedido, resulta configurada quando “a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”, sendo indispensável, em ambos os casos, “que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato” (CPC, artigo 485, §§ 1º e 2º). [...] o erro apto a ensejar a desconstituição do julgado é aquele que, corrigido, impõe outra solução para a causa, ou seja, deve ser capaz de influir de forma definitiva para a conclusão do julgado.[...]” (STF, 1ª Turma, AgRg/AR 1931, relatora Ministra Rosa Weber, DJe 10.03.2017)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ART. 485, IX, DO CPC. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. LEI 4.242/63. CONCEITO AMPLO DE EX-COMBATENTE. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. 1. O erro que dá ensejo à ação rescisória é o que passa despercebido pelo juiz e não aquele incidente sobre fato que foi alvo de divergência entre as partes e pronunciamento judicial. [...]” (STJ, 2ª Turma, REsp 1349189, relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 19.06.2013)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, VII e IX DO CPC/73. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. REQUISITOS PARA QUALIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMO “NOVOS” NÃO DEMONSTRADOS. EXTENSÃO DA QUALIFICAÇÃO RURAL DO COMPANHEIRO. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO A LITERAL

DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO DEMONSTRADA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDO. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CPC, C/C O ART. 5º, XXXVI DA C.F. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. [...] 5 - O erro de fato apto a ensejar a configuração da hipótese de rescindibilidade prevista no artigo 485, IX, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil/73 é aquele que tenha influenciado decisivamente no julgamento da causa e sobre o qual não tenha havido controvérsia nem tenha sido objeto de pronunciamento judicial, apurável independentemente da produção de novas provas. [...]” (TRF3, 3ª Seção, AR 00189594320134030000, relator Desembargador Federal Paulo Domingues, DJe 19.05.2017)

Verifica-se na planilha de cálculo de tempo de contribuição constante do julgado rescindendo que foi contado em duplicidade o período de atividade concomitante exercida entre 06.10.1993 e 24.03.1994.

Conforme demonstrativo de tempo de contribuição ID 149763614, verifica-se que excluída a contagem em dobro do período relativo à atividade concomitante, a autora atingiu 24 (vinte e quatro) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de atividade exercida sob condições especiais, insuficiente, portanto, à concessão e aposentadoria especial, a qual demandaria 25 (vinte e cinco) anos de exercício de labor especial, na forma do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Reconheço, portanto, a ocorrência no julgado rescindendo de erro de fato relativamente à suficiência do tempo de contribuição para fins de aposentação especial, bem como, por consequência, violação direta ao artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Em *iudicium rescindens*, de rigor a desconstituição parcial do julgado, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, restando mantido, portanto, no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos.

Passo à análise de mérito em *iudicium rescisorium*,

Consequentemente e considerando o quanto supra exposto, não restando maiores dilações a respeito do tema, verifica-se que, exclusivamente até a data de início de seu benefício, em 05.10.2012, a autora contava apenas com 24 (vinte e quatro) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de atividade exercida sob condições especiais, insuficientes para a transformação de seu benefício em aposentadoria especial.

Não obstante, é devida a revisão da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de contribuição, com acréscimo do tempo de serviço relativo às atividades de natureza especial reconhecidas na ação subjacente até a data de início de seu benefício, isto é, de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, devidamente convertido para comum.

Acresça-se ser possível a conversão do tempo especial em comum, independentemente da data do exercício da atividade especial, conforme se extrai da conjugação das regras dos arts. 28 da Lei nº 9.711/98 e 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

A matéria foi sedimentada com o julgamento do Recurso Especial nº 1.151.363 pela 3ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo de controvérsia:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC E RESOLUÇÃO N. 8/2008 - STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA. DESCABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO PERMANENTE AOS AGENTES AGRESSIVOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. [...]”

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS 1998. MP N. 1.663-14, CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998 SEM REVOGAÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO. 1. Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991. 2. Precedentes do STF e do STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DECRETO N. 3.048/1999, ARTIGO 70, §§ 1º E 2º. FATOR DE CONVERSÃO. EXTENSÃO DA REGRA AO TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA. 1. A teor do § 1º do art. 70 do Decreto n. 3.048/99, a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais. Ou seja, observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho. 2. O Decreto n. 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto n. 3.048/99, estendeu ao trabalho desempenhado em qualquer período a mesma regra de conversão. Assim, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento. 3. A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária. 4. Com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827/2003 ao Decreto n. 3.048/1999, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pela regra da tabela definida no artigo 70 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007). [...]” (STJ, 3ª Seção, REsp 1151363, relator Ministro Jorge Mussi, DJe 05.04.2011)

Observa-se que o fator de conversão a ser aplicado é o 1,20, nos termos do artigo 70 do Decreto nº 3.048/99, com redação vigente à época.

O termo inicial do benefício, assim como respectivos efeitos financeiros da revisão, deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa (DIB 05.10.2012), uma vez que se trata de revisão do coeficiente de cálculo e da renda mensal inicial, em razão do reconhecimento dos períodos laborados sob condições especiais, afastada a prescrição quinquenal, tendo em vista o ajuizamento da demanda subjacente em 23.05.2017 e a concessão do benefício em 09.11.2012.

Os valores devidos por força da presente condenação deverão ser compensados com aqueles já pagos administrativamente no período concomitante.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada, desde a data de cada vencimento, de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos da Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes mês a mês a partir da citação na ação subjacente até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos aplicável à Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Mantidos os honorários advocatícios fixados na ação subjacente, observando-se o ora decidido quanto à sua base de cálculo.

Ante o exposto, em *iudicium rescindens*, com fundamento no artigo 966, V, do CPC/2015, *julgo procedente a presente ação rescisória* para desconstituir parcialmente o julgado na ação subjacente, tão somente no que tange aos critérios de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, restando mantido, portanto, no que se refere aos períodos de atividade especial reconhecidos; e, em *iudicium rescisorium*, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, *julgo parcialmente procedente o respectivo pleito revisional formulado na ação subjacente*, a fim de, reconhecido o exercício de atividade especial nos períodos de 01.03.1993 a 24.03.1994, 06.10.1993 a 17.01.1995 e 14.01.2003 a 05.10.2012, assim como o direito à sua conversão em tempo comum pelo fator de 1,20, condenar a autarquia a revisar a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição com acréscimo do referido tempo de atividade, bem como no pagamento das prestações vencidas, desde a data da concessão da benesse em sede administrativa, devidamente acrescidas de correção monetária e juros de mora nos termos da fundamentação supra, compensando-se os valores devidos com aqueles já pagos administrativamente no período concomitante.

Custas na forma da lei.

Condeno a ré, não beneficiária da gratuidade de justiça, no pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo do § 3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da causa, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º e 4º, III, do artigo 85 e parágrafo único do artigo 86 do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0007162-52.2008.4.03.6109

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelado: ARIEL RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 07/07/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. AQUISIÇÃO SUCESSIVA DE VEÍCULO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. É certo que nas execuções fiscais, a fraude é caracterizada quando a alienação ocorrer após a inscrição do débito em dívida ativa e se o devedor não possuir bens para o seu pagamento, sendo irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente, nos termos do art. 185 do CTN.

2. O caso em tela, contudo, é diverso. Isso porque além de constar como proprietária do veículo na época da venda, a Sra. Maria Eny Ribeiro Fulfule, a alienação do veículo não se deu pelo coexecutado José Roberto Raphael, ou seja, pelo “*sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa*”, mas sim pela empresa “Aversa Automóveis Ltda”, concessionária da Honda, que nada tem a ver com o débito cobrado na execução fiscal, não havendo que se falar em infração ao art. 185, ao qual se aplica o julgado proferido pelo C. STJ, nos autos do REsp nº 1.141.990/PR.

3. Não havendo prova nos autos de que a compra do automóvel tenha sido fruto de conluio fraudulento entre o vendedor e o apelado, tendente a frustrar o êxito do executivo fiscal, presume-se em favor do mesmo a boa-fé por ele alegada, não se aplicando o disposto no art. 185 do CTN.

4. Reexame necessário não conhecido. Apelação da União Federal desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, NÃO CONHECEU da remessa oficial, e NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pela União/Fazenda Nacional, para manter integralmente a r. sentença recorrida que julgou procedentes os presentes embargos de terceiro, determinando o cancelamento do bloqueio imposto sobre o veículo de propriedade do embargante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de embargos de terceiro, com pedido liminar, opostos por ARIEL RODRIGUES em face da UNIÃO/

FAZENDA NACIONAL, objetivando o levantamento do bloqueio judicial imposto sobre o veículo Honda/Civic LXL, placa DIY-2737, cor dourada, ano/modelo 2004, bem como o afastamento da declaração de ineficácia de sua alienação, consoante determinado nos autos da execução fiscal nº 1999.61.09.002951-0, ajuizada contra a empresa “CFR CONSTRUTORA DE OBRAS CIVIL LTDA” e José Roberto Raphael, para cobrança de créditos tributários.

Alega o embargante, em síntese, ser legítimo proprietário do citado veículo, o qual foi adquirido de boa-fé em 14/12/2005, junto à Concessionária Honda “Aversa Automóveis”, ocasião em que além de constar como proprietária, a Sra. Maria Eny Ribeiro Fulfulle, e não o coexecutado, não existia anotação de qualquer gravame ou restrição pendente sobre o veículo, no órgão de trânsito. Assim, considerando que o citado bem pertence ao embargante não pode sofrer constrição judicial, tendo em vista o princípio da patrimonialidade, não se sujeitando, portanto, à responsabilização de dívida que não contraiu.

Requeru, também, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, atribuindo à causa o valor de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais) (Id 143292493 Volume 01, fls. 04/11).

Distribuídos os embargos, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de gratuidade da justiça, deferindo em parte a liminar pleiteada, apenas para suspender a execução fiscal em relação ao automóvel objeto da discussão (fls. 27/28, dos autos digitalizados).

Citada, a União/Fazenda Nacional ofertou contestação, alegando preliminares de ausência de recolhimento das custas iniciais, e de pressuposto processual subjetivo, visto que a ação foi promovida contra a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que não detém personalidade jurídica para figurar no polo passivo da ação, razão pela qual, pugnou pela extinção da ação, sem julgamento de mérito.

No mérito, sustentou a ocorrência de fraude à execução na alienação do citado veículo, uma vez que em 30/03/2005, data do requerimento da constrição, o bem pertencia ao coexecutado. Além disso a alienação foi realizada após a inscrição do débito em dívida ativa e após a regular citação do codevedor/alienante na demanda executiva. Aduziu, também, que fato de o embargante ter adquirido o veículo de terceiro estranho à lide executiva não obstava o reconhecimento da fraude à execução, ante sua ocorrência desde a primeira alienação, requerendo, ao fim, a improcedência do pedido (fls. 36/40, dos autos digitalizados).

Manifestação da embargante sobre a contestação (fls. 51/54, dos autos digitalizados), com superveniente juntada de guia de recolhimento das custas iniciais (fls. 62 e 67/68).

A r. sentença recorrida, proferida em 10/04/2013, julgou procedentes os embargos de terceiro, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para afastar a restrição judicial imposta sobre o veículo Honda/Civic LXL, placa DIY 2737, revogando a decisão que decretou a ineficácia da alienação do referido bem. Condenou a União ao reembolso das custas judiciais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, fixando-os em R\$ 1.000,00 (mil reais) com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC. Sentença submetida ao reexame necessário (art. 476, I, do CPC) (Id 143292493 Volume 01, fls. 80/84).

A Fazenda Nacional apelou, com vistas à reforma da sentença, reiterando os mesmos argumentos deduzidos na contestação, no sentido da ocorrência de fraude à execução na alienação do veículo objeto da controvérsia, visto que a alienação, pelo coexecutado, ocorreu após a citação daquele na lide executiva, sem reservar outros bens passíveis de garantir o adimplemento total do crédito tributário exigido. Anotou, ainda, que o fato de o embargante não ter adquirido o bem diretamente do codevedor fiscal, não desnatura a fraude verificada na alienação anterior (fls. 87/90, dos autos digitalizados).

Sem contrarrazões (fls. 93), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator): Não conheço da remessa oficial, tendo em vista que o direito controvertido nem o valor da condenação excedem a 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475, § 2º, do CPC).

Nos termos da atual redação do art. 185 do CTN, é certo que nas execuções fiscais a fraude é caracterizada quando a alienação ocorrer após a inscrição do débito em dívida ativa e se o devedor não reservar bens suficientes para o seu pagamento, sendo irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente.

A propósito, transcrevo o dispositivo supracitado, em sua redação originária e atual:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)”

O caso em tela, contudo, é diverso. Isso porque, além de constar como proprietária do veículo na época da venda, a Sra. Maria Eny Ribeiro Fulfulé, a alienação do automóvel em questão não foi efetivada pelo coexecutado José Roberto Raphael, ou seja, pelo “*sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa*”, mas sim pela empresa “Aversa Automóveis Ltda”, concessionária da Honda, que nada tem a ver com o débito cobrado na execução fiscal, não havendo que se falar em infração ao art. 185, ao qual se aplica o julgado proferido pelo C. STJ, nos autos do REsp nº 1.141.990/PR.

Deveras, constata-se do conjunto probatório carreado aos autos, que o veículo Honda/Civic LXL, placa DIY-2737, cor dourada, ano/modelo 2004, foi alienado pelo coexecutado à Maria Eny Ribeiro Fulfulé, em 20/09/2005, conforme Ofício nº 1.865/08, da 13ª CIRETRAN de Piracicaba/SP, que, por sua vez, o vendeu ao embargante, por intermédio da concessionária de veículos retro citada, em 14/12/2005, conforme nota fiscal acostada a fls. 16, dos autos digitalizados, emitindo-se os documentos de propriedade - Certificado de Registro de Veículo, em 20/12/2005 -, bem como os certificados de licenciamentos subsequentes (fls. 17/18), em nome do embargante.

Assim, se fraude à execução houve, esta se deu relativamente à alienação feita anteriormente, por José Roberto Raphael, não podendo alcançar, todavia, o negócio jurídico celebrado entre a concessionária Aversa Automóveis Ltda e o ora apelado.

Demais disso, observo que ao consumidor que adquire um veículo em concessionária, sem que haja pendência de restrições, não pode ser imputada má-fé.

Nesse sentido:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. AUTOMÓVEL ADQUIRIDO DE UMA LOJA DO SEGMENTO, NÃO DO EXECUTADO, VIA FINANCIAMENTO BANCÁRIO - AUSENTE QUALQUER REGISTRO DE PENHORA, TANTO QUE EXPEDIDO O CERTIFICADO DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO - BOA-FÉ NÃO INFIRMADA PELO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

1. Manifestamente improcedentes os embargos declaratórios, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, que expressamente decidiu que *“o bem litigado não foi adquirido pela parte embargante diretamente do devedor, mas em cadeia sucessória, afluindo cristalina a boa-fé na compra do veículo, tanto que realizada mediante expedição de nota fiscal e de financiamento junto a um banco. Portanto, objetivamente, sui generis o quadro em que situado o polo embargante, afigurando-se de rigor seja mantida a r. sentença, justamente pela condição excepcional em que travado o negócio jurídico hostilizado.”* (...)

(TRF3, EMB. DECLARAÇÃO EM APELREEX 00118334120114036133, Terceira Turma, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, 24/09/2014) (g. n.)

“EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO: NÃO-CONFIGURAÇÃO - OCORRÊNCIA DE SUCESSIVAS ALIENAÇÕES - AUSENTE QUALQUER REGISTRO DE PENHORA NO ASSENTO DO VEÍCULO A INQUINAR DE MÁCULA A ÚLTIMA AQUISIÇÃO PELO COMPRADOR - BOA-FÉ A PROTEGER AO TERCEIRO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1. Cenário extremamente peculiar se descortina aos autos, visto que, anteriormente ao ajuizamento da ação cautelar fiscal (do ano 2007), dali brotando a indisponibilidade combatida, fls. 11, o veículo em pauta já não mais pertencia à empresa devedora, pois, em 09/06/2005, foi vendido para Mercantil do Brasil Financeira S/A, posteriormente, em 04/08/2005, para Milton Cesar Kauffmann e, na data de 23/06/2008, para o embargante Renato Rosa, consoante historial fornecido pelo Detran/SP.

2. A um contexto como o da espécie, no qual deflagrada cadeia de sucessões, onde assim incorrente ciência ao último adquirente, porque obviamente ausente qualquer notícia registral capital sobre mácula ou indisponibilidade em relação à coisa (tanto que livremente registrada por todos os antecessores), não logra de sua face o Erário infirmar objetiva boa-fé que dos autos se extrai, assim sem sentido nem substância, data venia, seja punido aquele comprador com a desejada fraude à execução, por fato a refugir do razoável, pois desconhecia a condição do primeiro alienante executado.

3. Elementar a registral publicidade como princípio inerente à vida dos imóveis na Nação, ex vi legis, revela o todo dos autos, a um só tempo, as capitais premissas hábeis ao insucesso da resistência fazendária. Precedentes.

4. Em que pese argumente a União a existência de diversas inscrições em Dívida Ativa, não logra o Poder Público comprovar a efetiva citação da pessoa jurídica devedora, recordando-se que, ao tempo da primeira alienação, vigente a primitiva redação do art. 185, CTN, que demandava estivesse o débito inscrito em Dívida Ativa e em fase de execução, não bastando, portanto, apenas a primeira situação.

5. Punida se põe a Fazenda por seu próprio descuido, enquanto credora, já que não levou a registro qualquer penhora sobre o imóvel em questão, logo inadmissível seja sancionado o terceiro embargante que, assim, desconhecia eiva que recaísse sobre a coisa (ou viesse a

recair), então conduzindo-se com licitude na aquisição debatida, isso em palco no qual não logra provar o Poder Público má-fé de dito terceiro.

6. Voltando-se os embargos em questão a proteger a não parte, que surpreendida com indisponibilidade jurisdicional decretada em feito alheio, artigo 1.046, CPC, em tutela da posse ou domínio do embargante sobre a coisa, faz reunir exatamente o caso em tela os suficientes contornos de proteção ao titular desta ação, assim prejudicada a incursão por ambicionada “fraude”, artigo 185, CTN, pois, como destacado, sequer cumpriu com seu elementar papel a Fazenda Pública, aqui lamentavelmente um credor relapso, que sequer zela pela publicidade mínima da constrição judicial que lhe benévola.

7. Registre-se não se desconhecer o Recurso Repetitivo nº 1141990, do C. STJ, que a tratar da presunção de fraude à execução; entretanto, como anteriormente descrito e fundamentado, repousa o litígio em palco sui generis, diverso do âmago lá solucionado, porque envolto o embargante/recorrido em cadeia de alienações, obviamente que privado de conhecer a situação do primeiro vendedor, aliás sequer interesse a tanto a possuir, afinal ausente qualquer restrição no registro do bem, sendo o negócio travado com o último proprietário, não com os anteriores, tudo a rumar para o lídimo reconhecimento de sua boa-fé, por incomprovada situação diversa, estando enfocado desfecho delineado entre o justo e o razoável.

8. Improvimento à apelação e à remessa oficial, mantida a r. sentença, tal qual lavrada, inclusive em sede sucumbencial, por consentânea aos contornos do caso vertente e observante às diretrizes do art. 20, CPC, no que toca ao trabalho desempenhado, ao tempo despendido e à natureza dos autos (valor dado à causa de R\$ 20.000,00).”

(TRF3, APELREEX 00018693920104036107, Terceira Turma, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, 13/06/2014) (g. n.)

Entendo que o apelado tinha o dever de ser diligente apenas em relação à empresa Aversa Automóveis Ltda., e à pessoa de Maria Eny Ribeiro Fulfulé que, na ocasião em que efetuou a aquisição, detinha a propriedade do veículo, e não no que diz respeito ao antigo proprietário, o codevedor, José Roberto Raphael.

Assim, não havendo prova nos autos de que a compra do automóvel tenha sido fruto de conluio fraudulento entre o vendedor e o apelado, tendente a frustrar o êxito do executivo fiscal, presume-se em favor deste a boa-fé por ele alegada, não se aplicando o disposto no art. 185 do CTN.

Nesse mesmo sentido ainda:

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. PRESUNÇÃO. VEÍCULO AUTOMOTOR OBJETO DE VENDAS SUCESSIVAS. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. A alienação em fraude à execução não pode ser oposta a terceiro de boa-fé.

2. *Presume-se de boa-fé o adquirente de veículo automotor objeto de sucessivas vendas, sem que haja qualquer indicação da ocorrência de conluio fraudulento. Precedentes.*

3. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AGA nº 650552, 3ª Turma, rel. Paulo Furtado, DJE 04/08/2009) (g. n.)

“PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL EMBARGOS DE TERCEIRO - AQUISIÇÃO SUCESSIVA DE VEÍCULO AUTOMOTOR - PRESUNÇÃO BOA - FÉ - FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA

I - Presume-se a boa-fé do adquirente, a aquisição de veículo automotor mediante sucessivas vendas, sem prova de sua participação em conluio fraudulento objetivando fraudar a execução fiscal.

II - A compra do veículo pela embargante foi objeto de vendas sucessivas, mas não a prova nos autos de sua participação em conluio tendente a fraudar o Fisco.

III - Antecedentes jurisprudenciais.

IV - Apelação improvida.”

(TRF3, AC nº 0026470-10.2012.4.03.6182/SP, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, DATA: 14/03/2017) (g. n.)

Diante do exposto, *NÃO CONHEÇO* da remessa oficial, e *NEGO PROVIMENTO* ao recurso de apelação interposto pela União/Fazenda Nacional, para manter integralmente a r. sentença recorrida que julgou procedentes os presentes embargos de terceiro, determinando o cancelamento do bloqueio imposto sobre o veículo de propriedade do embargante, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002281-42.2011.4.03.6104

Apelante: LUIZ HELIO MUNARI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/07/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. REPRODUÇÃO PARCIAL DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO JULGAMENTO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL. PROCEDÊNCIA.

- Incidente de Restauração de Autos instaurado, nos termos dos artigos 712 a 718 do Código de Processo Civil.

- O incidente de restauração não requer a reprodução completa do processo, peça por peça; pretende apenas satisfazer o Poder Judiciário com elementos que permitam a compreensão da controvérsia e, por consequência, o julgamento da lide.

- Na impossibilidade da juntada das peças necessárias à compreensão da controvérsia, caberá ao julgador do processo a adoção das medidas entendidas cabíveis, sobretudo se houver, no sistema processual, documentos atestando as fases do feito e os atos praticados pelas partes.

- No caso, o incidente não contém a reprodução completa do processo que sofreu a intempérie apontada, mas, a meu ver, traz subsídios capazes de permitir a compreensão necessária ao julgamento da lide, pois há documentos extraídos do sistema processual (GEDPRO) a indicar a fase em que se encontrava o feito, bem como a interposição de recurso especial pela parte autora.

- Nessas circunstâncias, é de rigor a procedência deste incidente de restauração de autos até o momento processual em que houve o sobrestamento do feito pela Vice-Presidência desta Corte, a quem cabe o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais e, portanto, a apreciação do pedido de desistência do recurso especial formulado pela parte autora.

- Restauração de autos julgada procedente e os autos encaminhados a Vice-Presidência para análise do processamento do recurso excepcional.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu julgar procedente a restauração de autos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de restauração de autos *desaparecidos* em virtude de incêndio ocorrido nas dependências do prédio da Presidente Wilson em 30/11/2017, instaurado, de ofício, pela Vice-Presidência desta Corte.

À época do sinistro, os autos encontravam-se suspensos/sobrestados, aguardando o julgamento de casos paradigmas pelas Cortes Superiores de Justiça acerca de questões submetidas às sistemáticas dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

Devidamente intimadas as partes (na Primeira Instância), apenas o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS promoveu a juntada de algumas peças processuais.

Na sequência, foram acostadas aos autos as peças produzidas no GEDPRO, nas quais se observa que os autos se encontravam *sobrestados* por força do recurso excepcional interposto pela parte autora.

Intimadas as partes (na Segunda Instância) para que se manifestassem a respeito da regularidade do incidente de restauração de autos, a parte autora requer a *desistência* do recurso especial interposto, diante do julgamento do REsp n. 1.334.488/SC (desaposentação).

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

Diante do evento noticiado, o feito, sem dúvida, *comporta restauração*.

Como se sabe, a Restauração de Autos é procedimento previsto nos artigos 712 a 718 do Código de Processo Civil (CPC), destinado a restabelecer os documentos e as peças integrantes do processo que, por alguma intempérie, deixaram de existir fisicamente.

Tratando-se de procedimento instaurado de ofício, afasta-se a necessidade de citação, bastando tão somente a intimação das partes para manifestação ou impugnação.

Analisado este procedimento, verifica-se que ele está instruído com cópia das principais peças relativas aos autos da Apelação Cível n. 0002281-42.2011.4.03.6104.

Assim, mesmo diante da não apresentação de cópia do recurso especial interposto pela parte autora, mostra-se inarredável a restauração dos autos, sobretudo porque ela é necessária à concretização de pôr fim lide.

Ademais, o incidente de restauração *não* requer a reprodução *completa* do processo, peça por peça; pretende apenas satisfazer o Poder Judiciário com elementos que permitam a compreensão da controvérsia e, por consequência, o julgamento da lide.

Na impossibilidade da juntada das peças necessárias à compreensão da controvérsia, caberá ao julgador do processo a adoção das medidas entendidas cabíveis, sobretudo se houver, no sistema processual, documentos atestando as fases do feito e os atos praticados pelas partes.

No caso, o incidente não contém a reprodução completa do processo que sofreu a intempérie apontada, mas, a meu ver, traz *subsídios capazes de permitir* a compreensão necessária ao julgamento da lide, pois há documentos extraídos do sistema processual (GEDPRO) a indicar a fase em que se encontrava o feito, bem como a interposição de recurso especial pela parte autora.

Nessas circunstâncias, é de rigor a procedência deste incidente de restauração de autos até o momento processual em que houve o sobrestamento do feito pela Vice-Presidência desta Corte, a quem cabe o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais e, portanto, a apreciação do pedido de desistência do recurso especial formulado pela parte autora.

Diante do exposto, *julgo procedente* este incidente de restauração de autos da Apelação Cível n. 0002281-42.2011.4.03.6104, nos termos dos artigos 716 do CPC e 305, *caput*, do Regi-

mento Interno. Por consequência, determino o respectivo encaminhamento à Vice-Presidência para análise do processamento do recurso excepcional interposto pela parte autora.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, pois as partes não deram causa ao desaparecimento dos autos (art. 718 do CPC).

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0008198-87.2016.4.03.6000

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelado: ONELIO MOREIRA MACIEL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/07/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. TITULARIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 27 A 36 DA LEI Nº 13.327/2016 E DETERMINAÇÃO DE, AO FINAL, CONVERSÃO EM RENDA EM FAVOR DA UNIÃO FEDERAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. QUESTÃO ATINENTE À FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ANULADO O CAPÍTULO DA SENTENÇA QUE TRATOU DA QUESTÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO PREJUDICADA.

1. Depreende-se dos autos que Onélio Moreira Maciel opôs os presentes embargos de terceiro contra a União Federal (Fazenda Nacional), visando o levantamento da penhora sobre o veículo de placa HQL-3258, realizada nos autos da execução fiscal nº 0000870-29.2004.4.03.6000. A embargada apresentou contestação, reconhecendo que a penhora foi requerida em data posterior à alienação e não há elementos que indiquem a má-fé do embargante. Não se opôs à liberação do veículo, nos termos do art. 2º, VI, da Portaria nº 502/2016. Requereu, contudo, a condenação da embargante ao pagamento dos honorários de sucumbência, nos termos da súmula nº 303 do STJ. O MM. Magistrado *a quo*, além de julgar procedente o pedido para determinar o levantamento da penhora incidente sobre o veículo e fixar o ônus de sucumbência, condenando a parte embargante no pagamento de honorários de sucumbência fixados em R\$ 500,00, também (i) declarou, de ofício, a inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 (que regulamentaram o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência pelos ocupantes dos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central do Brasil e dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da MP nº 2.229-43/2001), por incompatibilidade com as normas constitucionais veiculadas pelo artigo 39, §4º; art. 37, *caput*, e inciso XI; art. 169, §1º, I e II, da CF/88, e (ii) determinou que a verba honorária sucumbencial deve ser depositada ao final em juízo para, depois, ser convertida em renda em favor da União Federal.

2. Como se sabe, vige no processo civil brasileiro o princípio da congruência/adstrição, pelo qual o Juiz deve respeitar os limites objetivos ou subjetivos da demanda proposta, sendo-lhe vedado proferir tutela jurisdicional que os extrapole, tratando de (i) sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos distintos, cumulados ou não com os sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos demandados (decisão *extra petita*); (ii) objetos/bens da vida/pedidos quantitativamente mais volumosos que os requeridos (decisão *ultra petita*); (iii) ou, ainda, apreciar menos sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos que os pretendidos (decisão *citra petita*).

3. No caso dos autos, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e a determinação de que os honorários de sucumbência sejam, ao final, convertidos em renda em favor da União Federal não integram a causa de pedir e o objetos/bens da vida/pedidos, respectivamente, demandados pela parte embargante, tampouco foram suscitadas pela parte embargada em impugnação. Trata-se, portanto, de julgamento *extra petita*.

4. Ademais, no caso dos autos, esse capítulo da sentença que tratou da titularidade dos honorários sucumbenciais, além de ferir o princípio da congruência, infringiu também o princípio do contraditório, porquanto não foi concedida às partes oportunidade para se manifestarem sobre a questão.

5. E nem se diga que o MM. Magistrado *a quo* poderia ter apreciado a questão por se tratar de tema relativos aos honorários advocatícios e, portanto, de ordem pública e cognoscíveis de ofício, pois o que se encontra abrangido por essa previsão é tão somente o ônus de sucumbência, isto é, a definição de qual(is) das partes deve(m) arcar com as verbas decorrentes da sucumbência, além da fixação do valor dessas verbas, formando assim o título executivo judicial contra a parte vencida. Diversas - e posteriores - são as questões referentes à eventual inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e à conversão em renda em favor da União ou transferência para eventuais contas vinculadas aos órgãos de advocacia pública. Tais questões são atinentes à fase de cumprimento de sentença, de modo que a sua análise pelo MM. Magistrado *a quo*, neste momento, foi prematura.

6. Anulado, de ofício, o capítulo da sentença que trata da inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e determina, ao final, a conversão em renda da verba honorária sucumbencial em favor da União Federal, com fulcro nos arts. 492 e 1.013, §3º, II, do CPC/2015. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, anulou, de ofício, o capítulo da sentença que trata da inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e determina, ao final, a conversão em renda da verba honorária sucumbencial em favor da União Federal, com fulcro nos arts. 492 e 1.013, §3º, II, do CPC/2015, julgando prejudicada a apelação da União Federal (Fazenda Nacional). O Desembargador Federal Wilson Zauhy acompanhou o Relator, com ressalva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a sentença que, nos autos dos embargos de terceiro opostos por Onélio Moreira Maciel visando o levantamento da penhora sobre o veículo de placa HQL-3258, realizada nos autos da execução fiscal nº 0000870-29.2004.4.03.6000, julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTES os presentes embargos de terceiro ajuizados por Onelio Moreira Maciel em face da União (Fazenda Nacional), para afastar e levantar a penhora incidente sobre o veículo VW11.130, de placas HQL-3258, chassi V004968, ano/modelo 1983/1983.

Defiro a liminar requerida.

Sem custas. Fixo, nos termos do enunciado n. 303 do Superior Tribunal de Justiça, honorários em favor da União no montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos moldes do art. 85, §3º, I, do NCPC.

Afasto a aplicação dos artigos 27 a 36, da Lei 13.327/2016, por incompatíveis com as normas constitucionais veiculadas pelo artigo 39, §4º; art. 37, caput, e inciso XI; art. 169, §1º, I e II, da CF/88.

Afasto também a aplicação do art. 85, §3º, do NCPC.

A verba honorária sucumbencial deverá ser depositada ao final em juízo para, depois, ser convertida em renda em favor da União Federal.

Anote-se que, embora não conste expressamente no dispositivo, é inequívoco que o MM. Magistrado *a quo* declarou, incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36, da Lei 13.327/2016:

Considerando, assim, haver afronta aos artigos 39, §4º; art. 37, *caput*, e inciso XI; art. 169, §1º, I e II, da CF/88, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36, da Lei nº 13.327/2016.

Em suas razões de apelação, a União insurge-se contra o capítulo da sentença que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016. Sustenta que os dispositivos que tratam da titularidade dos advogados públicos em relação aos honorários sucumbenciais são constitucionais e devem ser aplicados ao caso, pois:

(i) há compatibilidade com o regime de subsídios. Alega que a finalidade da instituição do regime de subsídios foi conferir maior transparência à condução da coisa pública, facilitando o controle da destinação de recursos do Erário, assim como eventuais adicionais remuneratórios provenientes dos cofres públicos. Como os honorários advocatícios não saem dos cofres públicos e não ostentam a natureza de despesa corrente, defende que não se justifica conferir-lhes o mesmo tratamento dado à remuneração suportada pelo Erário. Aduz que os honorários sucumbenciais ostentam natureza de verba privada (art. 85, §19, do CPC e art. 23 do Estatuto da Advocacia), de caráter eventual, variável e autônoma em relação ao vínculo funcional do advogado público (não decorrem do exercício de cargo público, mas sim da qualidade de ser profissional inscrito nos quadros da OAB e se sujeitar ao Estatuto da Advocacia). Afirma que são cumuláveis com o subsídio do advogado público, do mesmo modo que, tratando-se de advogados particulares, cumulam-se os honorários contratuais e os sucumbenciais. Também defende que não é vedado aos agentes públicos o recebimento de verbas de natureza privada, sendo que, inclusive, alguns entes federativos autorizam os advogados públicos ao exercício da advocacia privada. Ainda, acrescenta que a verba honorária paga aos advogados públicos guarda congruência com os princípios norteadores do modelo de administração pública gerencial, focada na atuação proativa dos agentes públicos e nos resultados dela advindos;

(ii) não há violação ao princípio da moralidade. Afirma que o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos concretiza o princípio da eficiência, pois, além de incentivar o servidor a ser mais diligente e combativo, não exige dispêndio do Poder Público, porquanto será pago por um particular;

(iii) o CPC/2015 corrigiu os equívocos constantes do CPC/1973, estabelecendo que a titularidade dos honorários de sucumbência é do advogado da parte vencedora, pois sempre foi vinculado à atuação do advogado: originalmente concebido como pena aplicável pela alteração da verdade dos fatos ou atuação com dolo ou culpa por parte do vencido (art. 64 do CPC/1939, os honorários perderam o caráter punitivo com a Lei nº 4.632/65, que lhe atribuiu feições de reparação pecuniária ao vencedor da demanda em face do fato objetivo da sucumbência, o que foi mantido pelo CPC/1973; entretanto, sempre foi da essência dos honorários de sucumbência a vinculação à atuação do advogado em juízo – tanto que o CPC/1973 já previa critérios como o grau de zelo profissional, a complexidade da causa e o tempo despendido na demanda –, e, por outro lado, nunca foi atrelado à comprovação de dispêndio, por parte do vencedor, com a remuneração de seu patrono; o advento do Estatuto da Advocacia, em 1994, já trouxe novo tratamento à verba de sucumbência, retirando-lhe a função reparatória e atribuindo-lhe caráter de remuneração do advogado pela sua atuação em juízo. Cita precedentes do STF (AI 332.908 AgR) e do STJ (REsp repetitivo nº 963.528/PR e Súm. 306), nos quais foi reconhecida a titularidade dos advogados em relação aos honorários de sucumbência. Nesse sentido, o art. 85, §§ 14 e 19, do CPC/2015 visa corrigir o equívoco histórico em relação à titularidade dos honorários de sucumbência. Também afirma que estas disposições estão em consonância com a matriz principiológica do novo Código, tendo em vista que a concessão dos honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora atua como um mecanismo inibidor da litigiosidade, freando o ímpeto dos litigantes temerários, e, por outro lado, a manutenção da sistemática antiga com os honorários à parte litigante acaba por incentivar o demandismo e o enriquecimento sem causa da parte;

(iv) todavia, também afirma que, na verdade, o CPC/2015 não inovou na matéria, pois já era possível se concluir que a titularidade dos honorários sucumbenciais estendia-se aos advogados públicos da leitura conjunta do art. 23 com os arts. 3, §1º, e 22, todos do Estatuto da Advocacia. Defende que o art. 4º da Lei nº 9.527/97 (*“As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista”*) deve ser interpretado, a fim de manter-se a coerência do sistema, da seguinte forma: *“o art. 4º da Lei nº 9.527/97 não traz nenhuma restrição, mas apenas transfere o regime dos advogados públicos empregados à legislação específica (...) não retira dos advogados públicos o direito à percepção dos honorários e nem poderia fazê-lo, sob pena de contrariar diversos outros dispositivos insertos no mesmo Estatuto”*.

Ainda, defende que a sentença violou os princípios da isonomia (art. 5º, II, da CF) e da eficiência na Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), além do disposto nos arts. 3º, 22 e 23, da Lei nº 8.906/94 e art. 85, §19º, do CPC.

Busca o prequestionamento da matéria.

Requer, por fim, seja reformada a sentença “na parte em que afastou a aplicação dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 por entendê-los inconstitucionais”.

Sem as contrarrazões da embargante, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Da admissibilidade do recurso

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise.

Do julgamento extra petita

Depreende-se dos autos que Onélio Moreira Maciel opôs os presentes embargos de terceiro contra a União Federal (Fazenda Nacional), visando o levantamento da penhora sobre o veículo de placa HQL-3258, realizada nos autos da execução fiscal nº 0000870-29.2004.4.03.6000.

A embargada apresentou contestação, reconhecendo que a penhora foi requerida em data posterior à alienação e não há elementos que indiquem a má-fé do embargante. Não se opôs à liberação do veículo, nos termos do art. 2º, VI, da Portaria nº 502/2016. Requereu, contudo, a condenação da embargante ao pagamento dos honorários de sucumbência, nos termos da súmula nº 303 do STJ.

O MM. Magistrado *a quo*, além de julgar procedente o pedido para determinar o levantamento da penhora incidente sobre o veículo e fixar o ônus de sucumbência, condenando a parte embargante no pagamento de honorários de sucumbência fixados em R\$ 500,00, também (i) declarou, de ofício, a inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 (que regulamentaram o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência pelos ocupantes dos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central do Brasil e dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da MP nº 2.229-43/2001), por incompatibilidade com as normas constitucionais veiculadas pelo artigo 39, §4º; art. 37, *caput*, e inciso XI; art. 169, §1º, I e II, da CF/88, e (ii) determinou que a verba honorária sucumbencial deve ser depositada ao final em juízo para, depois, ser convertida em renda em favor da União Federal.

Pois bem.

Como se sabe, vige no processo civil brasileiro o princípio da congruência/adstrição, pelo qual o Juiz deve respeitar os limites objetivos ou subjetivos da demanda proposta, sendo-lhe vedado proferir tutela jurisdicional que os extrapole, tratando de (i) sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos distintos, cumulados ou não com os sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos demandados (decisão *extra petita*); (ii) objetos/bens da vida/pedidos quantitativamente mais volumosos que os requeridos (decisão *ultra petita*); (iii) ou, ainda, apreciar menos sujeitos, causas de pedir ou objetos/bens da vida/pedidos que os pretendidos (decisão *citra petita*).

Colaciono as lições dos professores Dinamarco e Neves:

“É norma inerente ao processo civil moderno dos países de cultura romano-germânica a vinculação do juiz aos limites da demanda, sem lhe ser lícito prover para sujeitos diferentes daqueles que figuram na petição inicial (partes da demanda) ou por motivos diferentes dos que houverem sido regularmente alegados (causa de pedir) ou impondo soluções não pedidas ou referentes a bens da vida que não coincidam com o que na petição inicial estiver indicado (*petitum*). Tais são os limites subjetivos e objetivos da demanda, com os quais o art. 128 do Código de Processo Civil manda que a tutela jurisdicional guarde correspondência. “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”, diz esse dispositivo.

(...)

Decidir nos limites da demanda proposta (art. 128) significa não ir além ou fora deles nem ficar aquém. Eis a primeira das grandes regras em que se desdobra a exigência legal de correlação entre a tutela e a demanda – ou regra da adstrição do juiz a esta. Se o juiz pudesse extravasar tais limites, dispondo sobre algo ou alguém que não figure nela ou com fundamento em fato não alegado, com isso estaria comprometendo a efetividade da garantia

constitucional do contraditório, pois poderia surpreender as partes ou mesmo terceiro não integrado ao processo, com um resultado do qual não se defenderam (Const., art. 5º, inc. LV): a regra *ne eat iudex ultra vel extra petita partitum* é filha do *nemo iudex sine actore*, porque na parte que não corresponde à demanda o juiz estaria decidindo sem a indispensável iniciativa da parte (arts. 2º e 262 – supra, n. 456). *Ir fora da demanda (decisão extra petita)* significa (a) decidir para outras pessoas, por outros fundamentos ou com relação a outro objeto, em vez daqueles que a demanda indicou, ou (b) englobar as partes e mais outras pessoas ou valer-se dos fundamentos postos e mais outros, ou incluir o bem pedido e mais algo. Ir além da demanda é prover sobre objeto quantitativamente mais volumoso que o pedido (decisão *ultra petita*). É decidir sobre um mais quando se pediu um menos. A proibição de extravasar os limites da demanda é uma legítima limitação ao exercício da jurisdição, ditada por aquelas superiores razões (supra, nn. 41/42).

Especificando a norma estabelecida no art. 128, o art. 460 do Código de Processo Civil diz que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Esse dispositivo teve em mira exclusivamente a limitação do poder de decidir, em relação ao pedido, mas sua interpretação sistemática à luz do art. 128 conduz à percepção de que a proibição é mais ampla – para abranger também os limites subjetivos e causais (partes e causa de pedir). Decidir menos do que foi pedido significaria denegar justiça, com infração à promessa constitucional de tutela jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV – supra, n.41). Tais são as decisões *citra petita*, ou aquém dos limites da demanda.”

(Dinamarco, Cândido Rangel; Instituições de direito processual civil – volume III; 6ª edição; São Paulo: Malheiros; 2009; págs. 277-279)

“É materialmente impossível a existência de uma sentença *ultra causa pretendi*, porque não há como se quantificar a causa de pedir. A causa de pedir que fundamenta a sentença pode ser diferente daquela narrada pelo autor, mas nunca poderá ir além dela. E a correlação exigida nesse caso limita-se aos fatos jurídicos, porque na aplicação do fundamento jurídico devem ser adotados os brocardos *iura novit curia* (o juiz sabe o direito) e da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te dou o direito).”

(Neves, Daniel Amorim Assumpção; Manual de direito processual civil – Volume único; 9ª edição; Salvador: Juspodivm; 2017; págs. 843/844)

No caso dos autos, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e a determinação de que os honorários de sucumbência sejam, ao final, convertidos em renda em favor da União Federal não integram a causa de pedir e o objetos/bens da vida/pedidos, respectivamente, demandados pela parte embargante, tampouco foram suscitadas pela parte embargada em impugnação. Trata-se, portanto, de julgamento *extra petita*.

Ademais, no caso dos autos, esse capítulo da sentença que tratou da titularidade dos honorários sucumbenciais, além de ferir o princípio da congruência, infringiu também o princípio do contraditório, porquanto não foi concedida às partes oportunidade para se manifestarem sobre a questão. Confirma-se o comentário do professor Neves:

“Para significativa parcela doutrinária, o princípio da congruência é decorrência do princípio dispositivo. Sem afastar tal entendimento, em análise mais minuciosa nota-se que o princípio ora estudado é fundamentado em dois outros princípios: inércia da jurisdição (princípio da jurisdição) e contraditório (princípio do processo). A inércia da jurisdição determina que o juízo só se movimenta quando provocado pelo interessado, sendo que essa movimentação ocorre nos estritos limites do pedido e causa de pedir elaborados pelo autor, bem como se limita aos sujeitos processuais. Por outro lado, o réu limita sua defesa tomando por base a

pretensão dos autos, não havendo sentido defender-se de pedido não elaborado, causa de pedir não narrada na petição inicial, ou contra sujeito que não participa do processo. Uma decisão proferida fora desses limites surpreenderá o réu, o que não se pode admitir em respeito ao princípio do contraditório.

Registre-se que uma ofensa ao princípio da congruência nem sempre representará ofensa ao princípio do contraditório, bastando que o pedido ou a causa de pedir levada em conta pelo juiz sem que tenha sido provocado a tanto, tenha sido objeto de prévia discussão entre as partes. Ainda que seja improvável tal ocorrência, é possível imaginar um desvio das partes e do próprio juiz durante o processo no tocante aos limites impostos pelo autor, de forma que não haverá nesse caso uma surpresa do réu. O princípio da inércia, entretanto, será sempre desrespeitado diante de sentença que não respeite os limites traçados pelo princípio da congruência.”

(Neves, Daniel Amorim Assumpção; Manual de direito processual civil – Volume único; 9ª edição; Salvador: Juspodivm; 2017; pág. 844)

E nem se diga que o MM. Magistrado *a quo* poderia ter apreciado a questão por se tratar de tema relativos aos honorários advocatícios e, portanto, de ordem pública e cognoscíveis de ofício, pois o que se encontra abrangido por essa previsão é tão somente o ônus de sucumbência, isto é, a definição de qual(is) das partes deve(m) arcar com as verbas decorrentes da sucumbência, além da fixação do valor dessas verbas, formando assim o título executivo judicial contra a parte vencida.

Diversas - e posteriores - são as questões referentes à eventual inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e à conversão em renda em favor da União ou transferência para eventuais contas vinculadas aos órgãos de advocacia pública. Tais questões são atinentes à fase de cumprimento de sentença, de modo que a sua análise pelo MM. Magistrado *a quo*, neste momento, foi prematura.

Por todas as razões expostas, anulo, de ofício, o capítulo da sentença que trata da inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e determina, ao final, a conversão em renda da verba honorária sucumbencial em favor da União Federal, com fulcro nos arts. 492 e 1.013, §3º, II, do CPC/2015, por se tratar de julgamento *extra petita*.

Dispositivo.

Ante o exposto, *anulo, de ofício, o capítulo da sentença* que trata da inconstitucionalidade dos artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016 e determina, ao final, a conversão em renda da verba honorária sucumbencial em favor da União Federal, com fulcro nos arts. 492 e 1.013, §3º, II, do CPC/2015, *julgando prejudicada a apelação da União Federal (Fazenda Nacional).*

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Acompanho o e. Relator, ressaltando apenas que os honorários advocatícios devem ser destinados aos procuradores da União, observando-se, no entanto, o *teto constitucional* do funcionalismo público, nos termos de precedente do Supremo Tribunal Federal – STF firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6053.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL
0013634-18.2016.4.03.6100

Apelantes: ANA MARIA GONÇALVES DE OLIVEIRA, FABIANE GONÇALVES DE OLIVEIRA, FLAVIA GONÇALVES DE OLIVEIRA SILVA, FABIOLA GONÇALVES POLIDO, FABIO GONÇALVES DE OLIVEIRA

Apeladas: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/07/2021

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE MÚTUO. SFH. CESSÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO. NOTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES. PRESCINDIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Como bem asseverou o Magistrado de primeiro grau, a ausência de notificação do devedor sobre a cessão do crédito, não torna a dívida inexigível e nem impede o novo credor de praticar os atos necessários à preservação dos direitos cedidos.

2. O devedor não pode utilizar-se da ausência de notificação prévia da cessão de crédito para desobrigar-se do pagamento da dívida, nem possui a alegada falta de notificação o condão de suprimir a legitimidade da cessionária para cobrar a dívida ou de promover os atos necessários à sua conservação. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte.

3. Não havendo a parte embargante, ora apelante, comprovado o pagamento da dívida, também não lhe socorre a ineficácia prevista no art. 290 do CC/2002, que protege tão somente o devedor que, por não ter conhecimento da cessão, já pagou o débito ao credor primitivo (CC, art. 292).

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de embargos à execução opostos por ANA MARIA GONÇALVES DE OLIVEIRA, FABIANE GONÇALVES DE OLIVEIRA, FLAVIA GONÇALVES DE OLIVEIRA SILVA, FABIOLA GONÇALVES POLIDO e FABIO GONÇALVES DE OLIVEIRA em face da Empresa Gestora de Ativos e da Caixa Econômica Federal.

A r. sentença rejeitou os presentes embargos, condenando a parte vencida a pagar à parte vencedora as despesas que antecipou, com atualização monetária desde o dispêndio, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida atualizado conforme o contrato. No entanto, considerando que os embargantes são benefícios da gratuidade de justiça, tais obrigações ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade (id 155839733).

Apelam os embargantes, aduzindo, em apertada síntese, que a cessão de crédito firmada entre as Embargadas, não possui eficácia em relação a terceiros, ora Recorrentes, pois inexistindo a notificação obrigatória, caracterizada está a ilegitimidade ativa *ad causam*, o que viria a fulminar a execução por ausência de condição da ação.

Devidamente processado o recurso, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Inicialmente, recebo o recurso de apelação interposto no duplo efeito.

A r. sentença não merece reparos.

Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a ausência de notificação do devedor acerca da cessão de crédito prevista no artigo 290 do Código Civil, não torna a dívida inexigível, tampouco impede o novo credor de praticar os atos necessários à preservação dos direitos cedidos.

Confirmam-se, a propósito os seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM CESSÃO DE CRÉDITO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REEMBOLSO DE DESPESAS FUNERÁRIAS. COBERTURA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR. DÍVIDA PERMANECE EXIGÍVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. No caso em exame, investigar os elementos coligidos aos autos aptos a delinearem a legitimidade ativa da recorrida, em especial a documentação comprobatória da cessão de crédito, demandaria inevitável incursão no suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ.

2. O Tribunal de origem firmou entendimento acerca da possibilidade de reembolso das despesas discutidas nos autos com base na realidade do comércio, cláusula contratual que regula a matéria e demais circunstâncias do caso concreto, o que exige indubitável revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, além do reexame contratual, providências, no entanto, obstadas pelas Súmulas 5 e 7/STJ.

3. *O devedor não pode utilizar-se da ausência de notificação prévia da cessão de crédito para desobrigar-se do pagamento da dívida, que, por sua vez, continua exigível. Contudo, na hipótese de prestar a obrigação ao cedente, não precisará fazê-lo novamente ao cessionário. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes.*

4. Agravo interno desprovido.- grifo meu.(AgInt no AREsp 888.406/SC, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 27/09/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CESSÃO DE CRÉDITO DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. *Verifica-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que a ausência de notificação do devedor acerca da cessão do crédito (art. 290 do CC/2002) não torna a dívida inexigível, tampouco impede o novo credor de praticar os atos necessários à preservação dos direitos cedidos.*

2. Ademais, o decisum guerreado partiu de exame dos pressupostos fáticos ali fixados e do contrato de cessão efetuado para concluir que “consoante o art. 1.066 do Código Civil, nas cessões de crédito, todos os acessórios estão abrangidos, salvo na hipótese de ocorrer disposição em contrário, o que não ocorreu na hipótese” (fl. 489, e-STJ). A revisão deste entendimento esbarra nos óbices das Súmula 5 e 7 do STJ.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. - grifo meu. (REsp 1684453/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO - IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1. A ausência de notificação quanto à cessão de crédito, prevista no artigo 290 do CC, não tem o condão de isentar o devedor do cumprimento da obrigação, tampouco de impedir o registro do seu nome, quando inadimplente, em órgãos de restrição ao crédito, mas apenas dispensar o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. 2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, fazendo incidir o disposto na Súmula 83 do STJ à hipótese. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1464190/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO ENTRE AS PARTES. DÉBITO ORIGINÁRIO EXISTENTE. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 2. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AO DEVEDOR. EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. PRECEDENTES. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Revela-se inviável alterar o entendimento do Tribunal de origem que, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que “restou devidamente comprovado nos autos, por prova documental idônea, a existência da dívida contraída pela parte autora com a instituição financeira cedente do crédito a terceiro” (e-STJ, fl. 223), tendo em vista o óbice da Súmula 7 do STJ. 2. “A ausência de notificação do devedor acerca da cessão do crédito (art. 290 do CC/2002) não torna a dívida inexigível, tampouco impede o novo credor de praticar os atos necessários à preservação dos direitos cedidos” (AgRg no AREsp n. 390.888/SC, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 26/8/2015). 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 879.370/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 08/09/2016)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AO DEVEDOR. CONSEQUÊNCIAS.

I - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada.

II - Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação. Não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida,

oponha resistência fundada na ausência de notificação. Afinal, com a citação, ele toma ciência da cessão de crédito e daquele a quem deve pagar.

III - O objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança (inteligência do artigo 294 do CC/02).

IV - Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 936.589/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 22/02/2011).

Na mesma esteira, vem decidindo esta E. Corte por oportunidade de casos análogos:

PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA GESTORA DE ATIVOS – EMGEA. CESSÃO DE CRÉDITO EFETUADA PELA CEF DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. PRECINDÍVEL NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A cessão de crédito prescinde do consentimento do devedor, excetuada cláusula convencional em sentido contrário, nos termos do artigo 286 do Código Civil. Lado outro, a notificação superveniente ao devedor, nos termos do que estipula o artigo 290 do Código Civil, tem por escopo evitar o pagamento do débito ao credor cedente, quando este já não ostentava a titularidade sobre o crédito.

2. A ausência da notificação posterior acerca da cessão efetuada pelo cedente não impede a propositura de demanda judicial objetivando a cobrança do crédito pelo cessionário, pois subsiste a obrigação do devedor de cumprir a obrigação, mediante pagamento.

3. A jurisprudência do C. STJ é pacífica nesse sentido, apontando que a ausência de notificação ao cedido acerca da cessão de crédito realizada pelo cedente não tem o condão de impedir o cessionário de efetuar a cobrança da dívida ou de promover os atos necessários à sua conservação.

4. *In casu*, a apelante firmou com a CEF um contrato de mútuo de dinheiro à pessoa física para aquisição de material de construção no Programa FAT Habitação – Construcard – Recursos FAT – sem garantia acessória.

5. Da documentação acostada aos autos, observo que restou devidamente comprovada a cessão do crédito em cobrança da CEF para a Empresa Gestora de Ativos – EMGEA (ID 140415694 fls. 22/32), não havendo falar, portanto, em ilegitimidade passiva da ora apelada. Portanto, de rigor a manutenção da r. sentença ora recorrida, nos exatos termos em que prolatada.

6. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0018849-09.2015.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 02/02/2021, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/02/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE MÚTUA. CESSÃO DE CRÉDITO PELA CEF. EMGEA. LEGITIMIDADE ATIVA. SENTENÇA REFORMADA.

- Consoante disciplina dos artigos 290 e 292 do Código Civil, a cessão de crédito não depende do consentimento do devedor, sua notificação tendo exclusivamente o efeito de liberá-lo da obrigação na hipótese de pagamento ao credor primitivo, o que não ocorreu no caso, a ausência de notificação não tendo o condão de tornar a dívida inexigível ou de suprimir a legitimidade da empresa cessionária para cobrar a dívida. Precedentes do STJ.

- Recurso provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0005812-51.2011.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal OTAVIO PEIXOTO JUNIOR, julgado em 12/09/2019)

DIREITO CIVIL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE MÚTUO - CESSÃO DE CRÉDITO PELA CEF - LEGITIMIDADE DA EMGEA - NOTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES: DESNECESSIDADE - APELO PROVIDO - SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

1. O NCPC, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo (art. 14), em obediência ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais. Assim, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do NCPC, o que não é o caso, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la.

2. No caso, o crédito oriundo do inadimplemento de Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda, Mútuo com Obrigação e Quitação Parcial (fls. 11/13) foi cedido pela Caixa Econômica Federal - CEF à Empresa Gestora de Ativos - EMGEA por meio do instrumento público acostado às fls. 14/17.

3. Ainda que os executados não tivessem sido notificados da cessão de crédito, o fato é que, nos autos do Protesto Interruptivo da Prescrição, proposto pela EMGEA em 10/12/2007, foram eles intimados em 23/08/2010 (fls. 129/130). E, nesta execução, os devedores compareceram espontaneamente aos autos em 12/08/2011, quando opuseram a exceção de pré-executividade de fls. 145/153.

4. Não restando dúvida de que os executados tinham conhecimento da cessão de crédito pela EMGEA, não pode subsistir a sentença que extinguiu o feito, com fundamento na ilegitimidade ativa da EMGEA.

5. Apelo provido. Sentença desconstituída.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1862759 - 0009128-72.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 23/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2016)

Como se percebe, o devedor não pode utilizar-se da ausência de notificação prévia da cessão de crédito para desobrigar-se do pagamento da dívida, nem possui a alegada falta de notificação o condão de suprimir a legitimidade da cessionária para cobrar a dívida ou de promover os atos necessários à sua conservação.

Não havendo a parte embargante, ora apelante, comprovado o pagamento da dívida, também não lhe socorre a ineficácia prevista no art. 290 do CC/2002, que protege tão somente o devedor que, por não ter conhecimento da cessão, já pagou o débito ao credor primitivo (CC, art. 292).

Por fim, nos termos do § 11º do art. 85 do CPC/15, a majoração dos honorários é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do § 2º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto e à luz do disposto nos §§2º e 11 do art. 85 do CPC, devem ser majorados em 1% os honorários fixados anteriormente, ressalvando-se que, quanto ao beneficiário da justiça gratuita, a cobrança fica condicionada à comprovação de que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos, conforme dispõe o art. 98, §3º do CPC/15.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5004365-58.2018.4.03.6144

Agravante: TERRAM ENGENHARIA DE INFRAESTRUTURA LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: TERRAM ENGENHARIA DE INFRAESTRUTURA LTDA.

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 07/07/2021

EMENTA

AGRAVO INTERNO. SOBRESTAMENTO. ARTIGO 1.030, III, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E AINDA NÃO JULGADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de discussão de caráter repetitivo ainda não solucionada pelo respectivo Tribunal Superior é circunstância que requer o sobrestamento do feito pela Vice-Presidência, até que se ultime o julgamento do recurso representativo da controvérsia.
2. A pretensão de prosseguimento do feito em razão da decisão proferida pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 de Repercussão Geral) não se mostra pertinente, tendo em vista que a controvérsia em debate nestes autos, consubstanciada no Tema 118 da Repercussão Geral (RE 592.616), ainda carece de julgamento pela Suprema Corte, a quem compete definir sobre eventual extensão ao ISS do entendimento firmado quanto ao ICMS no julgamento do Tema 69.
3. O sobrestamento tem supedâneo na expressa disposição do art. 1.030, III, do CPC, de forma que compete à Vice-Presidência dar cumprimento ao mandamento legal que lhe foi atribuído pelo legislador.
4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, INÊS VIRGÍNIA, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR e HÉLIO NOGUEIRA. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, PAULO DOMINGUES e VALDECI DOS SANTOS. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo contribuinte, com fundamento nos arts. 1.030, § 2º, e 1.021, ambos do Código de Processo Civil, contra decisão desta Vice-Presidência que determinou o sobrestamento do feito até decisão final no RE 592.616 (Tema 118 de Repercussão Geral).

O recurso tem por fundamento as seguintes alegações: a) não houve determinação do ministro relator do RE 592.616 para a suspensão dos processos sobre o tema; b) necessidade de aplicação imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 de Repercussão Geral).

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

O agravo interno não merece prosperar.

A Turma Julgadora considerou inconstitucional a inclusão do do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A Vice-Presidência determinou o sobrestamento do feito em razão da afetação de parte da matéria em discussão ao Tema 118 de Repercussão Geral (“Inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS”), ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A ausência de determinação específica do STF para a suspensão do processamento de todos os processos pendentes (art. 1.035, § 5º do CPC) não impõe à Vice-Presidência a apreciação imediata dos recursos que versem sobre o tema, pois a regra do art. 1.040 lhe atribui competência para exercer o juízo de admissibilidade apenas *após* a publicação do acórdão paradigma. A imperativa disposição do art. 1.030, III, do CPC segue a mesma linha:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

III – *sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional*; - (destaque nosso)

Dessa forma, a existência de discussão de caráter repetitivo ainda não solucionada pelo respectivo Tribunal Superior é circunstância que requer o sobrestamento do feito pela Vice-Presidência, até que se ultime o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

A pretensão de prosseguimento do feito em razão da decisão proferida pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 de Repercussão Geral) não se mostra pertinente, tendo em vista que a controvérsia em debate nestes autos, consubstanciada no Tema 118 da Repercussão Geral (RE 592.616), ainda carece de julgamento pela Suprema Corte, a quem compete definir sobre eventual extensão ao ISS do entendimento firmado quanto ao ICMS no julgamento do Tema 69.

A paralisação do feito nesta fase processual não caracteriza ofensa aos princípios da celeridade processual, da razoável duração do processo e/ou da efetividade da prestação ju-

risdicional. Isso porque o sobrestamento tem supedâneo na expressa disposição do art. 1.030, III, do CPC, de forma que compete à Vice-Presidência dar cumprimento ao mandamento legal que lhe foi atribuído pelo legislador.

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5020076-71.2019.4.03.0000

Agravante: ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Agravada: PROTEL PROMOÇÕES TELEMUSICAIS LTDA - ME

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/07/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IRDR Nº 0017610-97.2016.4.03.0000. APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- A inclusão de sócios administradores, diretores, gerentes ou representantes da executada no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 134 e 135 do CTN e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade (Súmula 435 do STJ) (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

- As regras da lei processual civil cuidam de estabelecer de que forma a referida responsabilização se desdobra no processo, com nítida intenção de propiciar, por um lado, que o requerente deduza um pedido específico e devidamente fundamentado e, por outro, que o sócio tenha oportunidade de defesa prévia, para assegurar o devido processo legal. Assim, toda vez que o exequente requer o redirecionamento do feito em relação a um ou mais sócios da empresa executada, pleiteia, na verdade, autorização para alcançar o patrimônio de outrem que não a própria pessoa jurídica devedora, com base na legislação material pertinente. Destarte, preocupou-se o legislador em criar procedimento apto a garantir que a ampliação subjetiva do feito executivo prestigie o direito à ampla defesa e ao contraditório (artigos 5º, LIV e LV, da CF/88).

- O pedido da parte ou do Ministério Público a que alude o artigo 133 do CPC é justamente o de alteração do polo passivo da execução com o redirecionamento: este jamais poderá se dar por impulso oficial. Todavia, apresentado tal requerimento ao juízo, de rigor a aplicação do texto legal, sob pena de nulidade do *decisum*. Interpretação diversa implicaria considerar que a instauração do incidente é facultativa e subordinada à vontade da exequente, a quem caberia escolher quais devedores teriam o benefício da citação prévia e oportunidade de defesa antes de eventual inclusão no polo passivo de uma ação à qual não pertenciam originalmente, razão pela qual agiu corretamente o juízo de origem ao determinar a suspensão do feito.

- Julgado o IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, confirma-se a sua aplicação ao caso concreto, consoante se constata da tese jurídica fixada: “*Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de*

confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votou o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Vencida a Des. Fed. MARLI FERREIRA, que dava provimento ao agravo de instrumento. Fará declaração de voto a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. 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 pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a suspensão do processo, em razão de ordem do TRF da 3ª Região no IRDR 4.03.1.000001, processo paradigma 0017610-97.2016.4.03.0000 (Id. 19001395, dos autos de origem).

Alega, em síntese, que IRDR 4.03.1.000001 afetou apenas os incidentes de desconconsideração de personalidade jurídica que estão em trâmite, o que não atinge o presente caso. Sustenta, ainda, que encontram nos autos os requisitos necessários para o deferimento da inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal, independentemente do disposto no artigo 133 do CPC.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL afirma que o IRDR nº 4.03.01.000001 do TRF da 3ª Região, originado do feito nº 0017610-97.2016.4.03.0000, não se aplica ao caso concreto, uma vez que o redirecionamento da execução contra os sócios administradores deve ser efetivado nos próprios autos da execução fiscal, sem prejuízo do direito de defesa dos executados, bem como em razão da suspensão ser cabível apenas para os procedimentos já instaurados, o que não se verifica *in casu*.

A inclusão de sócios administradores, diretores, gerentes ou representantes da executada no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 134 e 135 do CTN e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade (Súmula 435 do

STJ) (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

As regras da lei processual civil cuidam de estabelecer de que forma a referida responsabilização se desdobra no processo, com nítida intenção de propiciar, por um lado, que o requerente deduza um pedido específico e devidamente fundamentado e, por outro, que o sócio tenha oportunidade de defesa prévia, para assegurar o devido processo legal. Assim, toda vez que o exequente requer o redirecionamento do feito em relação a um ou mais sócios da empresa executada, pleiteia, na verdade, autorização para alcançar o patrimônio de outrem que não a própria pessoa jurídica devedora, com base na legislação material pertinente. Destarte, preocupou-se o legislador em criar procedimento apto a garantir que a ampliação subjetiva do feito executivo prestigie o direito à ampla defesa e ao contraditório (artigos 5º, LIV e LV, da CF/88). Nesse sentido, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco sobre o novo instituto:

“Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e ss.). Esse é um valioso culto à garantia do contraditório mediante a eliminação da extrema insegurança decorrente de desordenados redirecionamentos de execuções (na maior parte, execuções fiscais ou trabalhistas) e arbitrárias extensões de responsabilidade executiva a sujeitos diferentes do obrigado. Pelo que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, extensões dessa ordem só serão admissíveis quando houver prévio pronunciamento judicial a respeito. O eventual temor de uma dilapidação patrimonial durante o processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é facilmente superável pelo amplo poder cautelar do juiz, o qual poderá, em caso de perigo, determinar medidas urgentes capazes de assegurar a integridade do patrimônio do eventual obrigado (inalienabilidade dos bens, bloqueio de depósitos ou aplicações bancárias)”.

(in INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 1, p. 58, 8ª ed., Malheiros Editores)

Esclareça-se que o pedido da parte ou do Ministério Público a que alude o artigo 133 do CPC é justamente o de alteração do polo passivo da execução com o redirecionamento: este jamais poderá se dar por impulso oficial. Todavia, apresentado tal requerimento ao juízo, de rigor a aplicação do texto legal, sob pena de nulidade do *decisum*. Interpretação diversa implicaria considerar que a instauração do incidente é facultativa e subordinada à vontade da exequente, a quem caberia escolher quais devedores teriam o benefício da citação prévia e oportunidade de defesa antes de eventual inclusão no polo passivo de uma ação à qual não pertenciam originalmente, razão pela qual agiu corretamente o juízo de origem ao determinar a suspensão do feito.

Julgado o IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, confirma-se a sua aplicação ao caso concreto, consoante se constata da leitura da ementa que segue transcrita:

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) (CPC, ART. 976). DEMANDAS PARADIGMAS: CABIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (IDPJ) (CPC, ART. 133) EM EXECUÇÃO FISCAL. TESE FIRMADA PELA COMPATIBILIDADE E INDISPENSABILIDADE DO IDPJ PARA COMPROVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM DECORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL, DISSOLUÇÃO IRREGULAR, FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, ABUSO DE DIREITO, EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO OU AO ESTATUTO SOCIAL (CTN, ART. 135, INCISOS I, II E III)

E PARA INCLUSÃO DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, DESDE QUE NÃO INCLUÍDOS NA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DOS DEMAIS COOBRIGADOS. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: LEI 13.874/19. CÓD. CIV. ARTS. 49-A, 50, 264 E 265; CPC-15, ARTS. 7º, 9º, 10, 133 A 137 E 795 E PARÁGRAFO. CTN. ARTS. 124, I E II, 133, INCISOS I E II, 134 E INCISOS, E 135, INCISOS I, II E III. LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (6.830/80), ART. 4º, § 2º. LEI 8.212/91, ART. 30, INCISO IX. PORTARIA RFB 2.284/2.010.

1. Preenchidos os requisitos para a admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) diante da repetição de processos contendo controvérsia sobre o cabimento do Incidente de Desconstituição da Personalidade Jurídica (IDPJ) em sede de Execução Fiscal, para a atração de possível responsável tributário.

2. A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2.019) reintroduziu no ordenamento jurídico a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, que não podem ser confundidas com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores (Cód. Civ. art. 49-A), e também disciplinou as hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (Cód. Civ. art. 50 e seus parágrafos), além de estabelecer paradigma interpretativo de seus postulados “na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho” (art. 1º, § 1º).

3. A Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1.980) em seu artigo 4º, § 2º, prevê que “à dívida da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”, o que remete à aplicação do artigo 50 do Código Civil para a pretensão de redirecionamento da responsabilidade tributária em Execução Fiscal já em curso, dado que as normas civis de assunção de responsabilidade devem ser observadas, e aplicadas, na constituição e exigência da dívida ativa da Fazenda Pública, por expressa determinação legal.

4. Consideradas as garantias processuais e procedimentais tendentes a garantir o contraditório (CPC-15, arts. 7º, 9º e 10), aplicáveis também no seio do Processo de Execução Fiscal, para a determinação, *in concreto*, das condicionantes postas pelo artigo 50 e seus parágrafos, do Código Civil, não se mostra possível que tal se dê sem que se instaure um incidente em que se confira à parte o amplo direito de defesa, até que se prove, ao fim e ao cabo a presença dos pressupostos da confusão patrimonial e do desvio de finalidade agora legalmente disciplinados, abrangentes das hipóteses de excesso de poderes e infração à lei (vide sobre obrigatoriedade do IDPJ: CPC-15, art. 795, § 4º).

5. Não fossem bastantes as garantias processuais e procedimentais tendentes a garantir o contraditório (CPC-15, arts. 7º, 9º e 10), aplicáveis também no seio do processo de Execução Fiscal, o certo é que não pode, por via judicial, afastar-se o postulado da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas sem resguardar o especial direito de ser ouvida a respeito da pretensão, previamente, a exemplo do que já ocorre no âmbito administrativo.

6. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento, ou cuja responsabilidade não foi apurada em procedimento administrativo tributário prévio à emissão da CDA, depende mesmo da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nessa hipótese, é obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora (CPC-15, art. 133, c.c. art. 795, § 4º).

7. O artigo 124, ao prever que são “solidariamente obrigadas as pessoas que I - tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal: e II - as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o redirecionamento da responsabilidade tributária de modo automático, dado que o interesse comum, previsto no inciso I, diz

respeito ao interesse jurídico das pessoas na relação tributária, que se dá quando os sujeitos, conjuntamente, fazem parte da situação que permite a ocorrência do fato gerador: por isso, só o interesse econômico decorrente da situação não legitima a atribuição da responsabilidade; o inciso II, ao se referir às pessoas expressamente designadas por lei, remete à norma que atribui a responsabilidade tributária; de toda sorte, não se pode conjugar essa norma com outras espécies de responsabilidade, como, p. ex., a civil ou a trabalhista, para o fim de se concluir pela sujeição passiva de pessoa jurídica tão só por compor um grupo econômico que engloba a devedora original, diante da autonomia das pessoas jurídicas (Cód. Civ., art. 49-A).

8. As hipóteses postas no artigo 133, inciso II e artigo 134 do CTN cuidam, em verdade, de responsabilidade subsidiária e não solidária, devendo se observar a técnica do benefício de ordem na exigência do tributo, situação que não demanda a instauração de IDPJ, bastante para tanto a demonstração de execução frustrada em face do devedor originário (contribuinte), trazendo-se à lide executória a pessoa expressamente indicada em lei (responsável).

9. Para as hipóteses contempladas no artigo 135 e incisos do CTN, em que se têm responsabilidades concorrentes, não excludentes, mas não solidárias, exige-se a demonstração da prática de atos específicos definidos na lei que não podem ser inferidos ou deduzidos sem que se estabeleça prévio e indispensável contraditório, impondo-se a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, também para a atribuição de responsabilidade inversa (CPC-15, art. 795 e parágrafos).

10. Quanto à suspensão do processo de Execução Fiscal, em razão da instauração do IDPJ, tem-se que a melhor interpretação a ser conferida ao instituto é a de que a Execução Fiscal, em relação aos demais coobrigados já integrados à lide executória não se suspenderá, devendo se instaurar o incidente de modo paralelo, sem prejuízo do regular prosseguimento da pretensão executória, até que advenha a solução sobre a ampliação (ou não) do rol de coobrigados, observando-se a autonomia dos atos executórios em face do devedor originário contra quem se constituiu, validamente, a CDA.

11. Fixa-se, com tais fundamentos, a seguinte tese jurídica: “Não cabe instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

12. Pedido parcialmente acolhido.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, IncResDemR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 6 - 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. para acórdão DES. FED. WILSON ZAUHY, julgado em 10/02/2021, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/05/2021)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

É como voto.

Desembargador Federal **ANDRÉ NABARRETE** - Relator

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal **MARLI FERREIRA** (Relatora):

Desnecessária a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para a inclusão de corresponsáveis no polo passivo do feito executivo, conforme aporta os recentes julgados do C STJ, que seguem:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL FUNDADO NOS ARTS. 50 DO CC/2002, 30, IX, DA LEI 8.212/91 E 124, I, DO CTN. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento, interposto pela Fazenda Nacional, contra decisão mediante a qual o Juízo singular, em sede de Execução Fiscal, determinara a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, em decorrência de pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, fundado nos arts. 50 do CC/2002, 30, IX, da Lei 8.212/91 e 124, I, do CTN, contra empresas que constituem grupo econômico com a executada, falida e sem patrimônio para solver os débitos em cobrança. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, reformando a decisão, deu provimento ao Agravo de Instrumento, para afastar a instauração do incidente. Nas razões do Recurso Especial, a parte recorrente aponta, além do dissídio, violação aos arts. 133 e 134 do CPC/2015, alegando, em suma, que “o artigo 133 e seguintes do CPC são aplicáveis às execuções fiscais, na medida em que a instauração deste incidente processual corrobora com as disposições legais do próprio Código Tributário Nacional, que exige peremptoriamente que a Fazenda Pública, antes de redirecionar o executivo fiscal, prove que o responsável cometeu infração à lei, contrato social ou estatuto, ou que a sociedade foi dissolvida irregularmente”.

III. Consoante entendimento pacífico desta Segunda Turma, independentemente do fundamento legal do pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, “há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015” (STJ, AgInt no REsp 1.759.512/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019). Ademais, “na execução fiscal ‘a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível’ (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014). Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124 e 133, do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito” (STJ, REsp 1.786.311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/05/2019). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.866.901/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2020; AREsp 1.455.240/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/08/2019.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1742004/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 07/12/2020, publicado no DJe de 11/12/2020)

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, *caput*, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível” (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigí-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1786311/PR, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, publicado no DJe de 14/05/2019)

Ante o exposto, com a devida vênia, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5026141-48.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

Parte Autora: IORDETE SILVA RIBEIRO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/06/2021

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA CAPITAL E JUÍZO FEDERAL DO INTERIOR. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 33 DO STJ. RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DA CAPITAL. SUBSISTÊNCIA DA SÚMULA 689 DO STF NÃO SUPERADA PELO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 51, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015 EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 109, §§ 2º e 3º). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. PROPOSTA DE SUMULAÇÃO DO ENTENDIMENTO NOS MESMO TERMOS DO JULGAMENTO DESTES CONFLITOS. ARGUMENTOS DA RELATORA NO SENTIDO DE QUE A SÚMULA PROPOSTA SEGUIA O ENTENDIMENTO VOTADO POR UNANIMIDADE E REITERADAMENTE PELA 3ª SEÇÃO DO TRF3 DESDE OUTUBRO DE 2019. PROPOSTA DE SÚMULA REJEITADA.

1. A fixação de competências está prevista no Código de Processo Civil de 2015, em dispositivos que estabelecem que a competência pode ser determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função, sendo, em regra, inderrogável, logo absoluta e suscetível de ser declarada de ofício; ou em razão do valor e do território, sendo, em regra, relativa, logo derogável e insuscetível de ser declarada de ofício.
2. Apenas excepcionalmente a competência territorial assume feição absoluta e inderrogável, o que ocorre quando ela é estabelecida por razões de ordem pública.
3. No caso dos autos, a decisão de declinação de competência foi determinada por razões territoriais, já que fundamentado no fato de o autor residir numa cidade do interior, diversa daquela em que ajuizada a ação (capital).
4. Não configurada a excepcionalidade de competência territorial absoluta, eis que a competência não foi estabelecida por razões de ordem pública. A competência territorial nas ações previdenciárias, propostas pelos segurados e beneficiários contra o INSS, está baseada no reconhecimento normativo e jurisprudencial da hipossuficiência da parte autora, que presumidamente se encontra em situação de desvantagem em relação à Autarquia Previdenciária Federal. A possibilidade de escolha de um entre diversos foros concorrentes (previstos tanto no artigo 109, §§2º e 3º, da CF/88, quanto no artigo 51, do CPC/2015) é incompatível com a ideia de competência absoluta.
5. Tratando-se de incompetência territorial e relativa, não há possibilidade de o magistrado de vara previdenciária especializada localizada na capital do estado, de

ofício, reconhecer a sua incompetência para processar e julgar feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor, pois este reconhecimento está condicionado à arguição expressa pelo réu, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 33 do E. Superior Tribunal de Justiça.

6. A falta de arguição da incompetência do juízo da vara especializada da capital, pelo INSS, é uma opção processual pautada na orientação da Advocacia Geral da União que consolidou, desde 2006, pela Súmula 23, o entendimento no sentido de que é facultado ao autor domiciliado em cidade do interior, o aforamento de ação contra a União também na sede da respectiva Seção Judiciária (capital do Estado-membro). Embora editada sob égide do CPC/1973, não há dúvidas sobre a vigência da Súmula 23 da AGU, já que foi publicada no Diário Oficial da União em 12 de fevereiro de 2019, no corpo de orientações consolidadas e válidas.

7. A decisão de declínio de competência contrária, também, o entendimento consolidado na Súmula 689, do E. Supremo Tribunal Federal, que não foi superado pelo artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorriam da interpretação do dispositivo pertinente do antigo CPC/1973, mas sim diretamente do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88.

8. O artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 é norma infraconstitucional que não pode afastar uma previsão constitucional (artigo 109, §§ 2º e 3º, a CF/88), que, com a finalidade garantir o efetivo acesso à justiça, autoriza o segurado a ajuizar a ação contra o INSS tanto no foro do seu domicílio quanto no da capital,

9. A escolha pela vara especializada da capital do estado encontra amparo na previsão normativa de foros concorrentes, não configurando abuso de direito do segurado ou beneficiário, porque não lhe confere vantagem ilegítima, nem ensejando qualquer prejuízo à defesa, já que há entendimento oficial expresso na Súmula 23 da AGU, reconhecendo o direito de escolha do segurado.

10. Não se divisa qualquer violação ao princípio do juiz natural, seja porque ambos os juízos são competentes para dirimir a controvérsia posta em deslinde, seja porque os recursos interpostos contra as decisões que venham a ser proferidas em qualquer um deles serão apreciados pelo mesmo órgão de revisão, esta C. Corte.

11. O trâmite das demandas previdenciárias em varas especializadas tende a trazer benefícios para o bom andamento e deslinde das controvérsias, objetivo maior da especialização.

12. Procedência do conflito suscitado, reconhecendo a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP – 1ª. Vara Federal Previdenciária para processar e julgar o feito de origem.

13. Proposta de edição de súmula, nos seguintes termos: “Nas ações ajuizadas pelos segurados do INSS, mantém-se hígida a Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.”

14. Apresentação de argumentos e julgados no sentido de que a proposta de súmula seguia o en Rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, julgou procedente o presente conflito, para declarar competente o juízo da

Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 1ª Vara Federal, nos termos do voto da Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora), com quem votaram Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES, Juízes Federais Convocados LEILA PAIVA, MARCELO GUERRA e GISELLE FRANÇA, Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, THEREZINHA CAZERTA, SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, LÚCIA URSAIA, DALDICE SANTANA, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES (com ressalva de seu entendimento pessoal), NELSON PORFÍRIO e CARLOS DELGADO (com ressalva de seu entendimento pessoal). Para além da análise do caso concreto, foi proposta a edição de súmula com fundamento nos artigos 926 e 927 de Código de Processo Civil, e art. 107, parágrafo 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Regimental nº 15/2016, nos seguintes termos: “Nas ações ajuizadas pelos segurados do INSS, mantém-se hígida a aplicação da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.” A Terceira Seção, por maioria, decidiu rejeitar a proposta de edição da Súmula acima descrita. Votaram no sentido da aprovação: Juízas Federais Convocadas LEILA PAIVA e GISELLE FRANÇA, Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, DALDICE SANTANA, GILBERTO JORDAN e NELSON PORFÍRIO. Votaram a favor da rejeição, com fundamentos diversos: Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES, o Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA e os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, SÉRGIO NASCIMENTO, LUIS STEFANINI, LÚCIA URSAIA, DAVID DANTAS, PAULO DOMINGUES e CARLOS DELGADO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS/SP em face do JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO/SP, nos autos da ação previdenciária para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, proposta por IORDETE SILVA RIBEIRO (5008025-69.2020.4.03.6183).

A parte autora ajuizou ação perante o Juízo Federal da 1ª Vara Previdenciária da Capital, tendo a Magistrada declinado da competência para o Juízo Federal da 4ª. Vara de Guarulhos, ao fundamento de ser incompetente para apreciar o feito, em razão do autor residir em Arujá/SP, pertencente à Subseção Judiciária de Guarulhos. Alega que a aplicação da Súmula 689 do STF “*sem as devidas observações e cuidado (...) implica em indevido deslocamento da competência para a Capital do Estado, gerando, assim, um possível esvaziamento da competência jurisdicional previdenciária das Subseções do interior do Estado, bem como a sobrecarga de distribuição de tais ações junto às Varas Federais especializadas em tal matéria, sediadas na Capital*”.

Recebidos os autos, o MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos suscitou o presente conflito negativo de competência, ao argumento de que a competência relativa não pode ser declinada de ofício, a teor da Súmula 33 do C. STJ.

O Ministério Público Federal deixou de opinar por considerar que no caso em comento não existe interesse público ou socialmente relevante que suscite a obrigatória intervenção deste órgão ministerial.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

O conflito de competência deve ser julgado procedente, reconhecendo-se a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 1ª Vara Federal Previdenciária.

A questão central versa sobre a possibilidade de o magistrado de vara especializada localizada na capital do estado, de ofício, reconhecer a sua incompetência relativa para processar e julgar determinado feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor.

Primeiramente, cumpre gizar que o MM Juízo de primeiro grau, de Vara Federal Especializada da Capital do Estado, reconheceu, de ofício, a sua incompetência para processar o feito de origem. O referido *decisum* foi determinado por razões territoriais, já que fundamentado no fato de o autor residir numa cidade diversa daquela em que instalado o MM Juízo *a quo*.

Daí se concluir que a decisão em tela reconheceu uma *incompetência territorial*.

O artigo 62, do CPC/2015, estabelece que “A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”; ao passo que o artigo 63, do mesmo diploma, preceitua que “As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”. Já o artigo 65, do CPC/2015, determina que “Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

De tais dispositivos, extrai-se que a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função, em regra é inderrogável, logo absoluta; e que a competência determinada em razão do valor e do território, em regra, é relativa, sendo esta, derogável.

No entanto, não se desconhece que há competências territoriais que, por serem determinadas por razões de ordem pública, constituem, excepcionalmente, hipóteses de competência absoluta. Em casos tais, não pode a parte ajuizar a ação em foro diverso daquele previsto pela legislação, podendo o magistrado declinar a competência de ofício. Cito, como exemplo, a situação versada pelo C. STJ no Tema Repetitivo 373 (Resp 1146194/SC e Resp 1187500/BA), que teve a seguinte tese firmada: “A execução fiscal proposta pela União e suas autarquias deve ser ajuizada perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor, quando esta não for sede de vara da justiça federal. A decisão do Juiz Federal, que declina da competência quando a norma do art. 15, I, da Lei nº 5.010, de 1966 deixa de ser observada, não está sujeita ao enunciado da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça.”

O caso em apreço, exatamente porque permeado pelo interesse público de garantir acesso à justiça ao segurado que litiga contra o INSS, não se enquadra no repertório de situações nas quais a competência é estabelecida por razões de ordem pública. Aqui, a competência territorial é prevista em razão da presunção de desvantagem de uma das partes, a do segurado ou beneficiário, em relação à outra, a Autarquia Previdenciária Federal. Nesse raciocínio, os interesses discutidos nas lides previdenciárias são privados e a competência territorial é relativa, para que o segurado tenha liberdade de escolher entre os foros previstos no rol normativo.

Não se deve confundir razões de ordem pública, que permitem que a competência territorial seja absoluta, com o reconhecimento normativo e jurisprudencial da hipossuficiência do segurado, que reconfigura a relação processual e indica o interesse público em garantir o direito de acesso à justiça.

Posto isto, constata-se que a incompetência aqui versada, realmente, é relativa, motivo pelo qual ela não poderia ter sido declarada de ofício pelo MM Juízo de primeiro grau, tendo em vista a previsão dos dispositivos processuais de que a competência relativa se prorroga

quando não for arguida pelo réu, o que condiciona seu reconhecimento à arguição expressa e no momento processual estabelecido, impedindo seu reconhecimento de ofício. Trata-se de entendimento consolidado na jurisprudência pátria, sendo objeto da Súmula 33, do E. STJ: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Nesse cenário, forçoso é concluir que a decisão de primeiro grau não se harmoniza com o disposto na Súmula 33, do C. STJ, já que declara, de ofício, uma incompetência relativa, que deveria ter sido suscitada pela Autarquia Previdenciária e não o foi exatamente porque a orientação administrativa é exatamente no sentido oposto, conforme Súmula 23 da Advocacia Geral da União, editada em 2006, com o seguinte teor:

“É facultado a autor domiciliado em cidade do interior o aforamento de ação contra a União também na sede da respectiva Seção Judiciária (capital do Estado-membro).”

Apesar do transcurso temporal e da edição da citada súmula administrativa ter se dado a sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não há dúvida que esteja em vigor, já que consta de publicação da AGU no Diário Oficial da União de 25 de janeiro de 2021 (Edição: 16, Seção: 1, Página: 5), que tem por finalidade “Consolidar as Súmulas da Advocacia-Geral da União, em vigor nesta data, de observância obrigatória para os órgãos de Consultoria e de Contencioso da AGU, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil”.

Nesse sentido, a Súmula 23 da AGU, consta da coletânea de súmulas publicada no DOU de 25 de janeiro deste ano, adotada como referências para consolidação do entendimento são: a Constituição Federal, art. 109, § 2º, e 110; e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos RE 233.990/RS, AgRg nº RE 364.465/RS (DJ de 15.8.2003), Rel. Min. Maurício Corrêa, RE 451.907/PR, Rel. Min. Marco Aurélio (Segunda Turma) e Decisão monocrática no RE 453.967/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

A base para a compreensão da matéria e para as possibilidades de exercício de acesso à justiça das partes, tanto da parte autora como da Autarquia Federal (que figura como ré), está nos artigos insculpidos na Constituição.

A par disso, é de se reconhecer que referido julgado contraria, também, o disposto na Súmula 689, do E. STF, a qual estabelece que

“O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro”.

Desde 2019, nos julgamentos desta 3ª Seção, tenho me posicionado, juntamente a maioria esmagadora dos desembargadores integrantes da Seção, no sentido de que a Súmula 689 do STF não foi superada pelo CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorrem da interpretação da norma infralegal, mas sim do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88.

A ementa do RE 293.246-9 (STF, Ministro Relator Ilmar Galvão, DJU 16.08.2001) deixa clara a vinculação do julgado ao artigo 109, §3º, da CF/88, ao reconhecer a possibilidade de o segurado ou beneficiário optar entre ajuizar a ação na Justiça Federal da Capital:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO PROPOSTA POR SEGURADO CONTRA O INSS. ARTIGO 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. Em face do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, tratando-se de litígio contra instituição de previdência social, o ajuizamento da ação, se não ocorrer na Justiça Estadual,

no foro do domicílio do segurado, pode ser feito tanto perante o juízo federal da respectiva jurisdição como perante as varas federais da capital do Estado-membro. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Outros precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema também indicam que a norma jurídica cristalizada na Súmula nº 689 foi extraída diretamente do artigo 109, §3º, da CF/88. Isso é o que se infere do seguinte julgado do E. STF:

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Sessão do dia 02.8.2001, ao julgar o RE 287351-AgR, Maurício Corrêa, DJ 22.03.02, assim decidiu: “Agravos regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Competência. Beneficiário da Previdência Social. Propositura de ação. Foro. Beneficiário da previdência social. Foro. *Competência. Propositura de ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social tanto no domicílio do segurado como no da Capital do Estado-membro. Faculdade que lhe foi conferida pelo artigo 109, § 3º, da Constituição Federal.* Agravos regimental não provido.” Este entendimento foi consubstanciado na Súmula 689 (...). [RE 341.756 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ªT, j. 7-6-2005, DJ de 1º-7-2005.] Grifamos.

Nesse cenário, considerando que a Súmula 689 do STF foi editada com base no artigo 109, §3º, da CF/88, o entendimento da E. 3ª Seção deste TRF3 é de que a alteração da legislação infralegal autorize a conclusão de que referido verbete sumular foi superado.

Quando ainda havia maior discussão sobre o tema, em 2019, um dos argumentos colocados era de que as decisões judiciais proferidas sob a égide do novo CPC não tinham lançado luzes para a adequação da nova redação do art. 51, parágrafo único, com os ditames constitucionais e com o entendimento sumulado. Esse argumento foi rechaçado implicitamente, pela votação da maioria à prevalência da Súmula 689.

Naqueles debates, também lembrei, que havia a orientação da AGU, com a veiculação da Súmula 23 de 2006, supratranscrita, e que este entendimento não era mera repetição irrefletida daquele consolidado a partir da interpretação feita pelo STF, baseado em redação de artigo do CPC de 1973. É patente que muitas súmulas da AGU são revogadas e não são repetidas do DOU do ano seguinte. E é de se concluir que, passados anos da vigência do CPC de 2015, a permanência da Súmula 23 da AGU na coletânea indica a aceitação deste entendimento pela advocacia pública federal.

Por outro lado, cumpre registrar que o texto do artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 não consiste numa verdadeira novidade legislativa, na medida em que ele muito se assemelha ao disposto no artigo 109, §2º, da CF/88, tendo o legislador infraconstitucional provavelmente se inspirado na Constituição.

O artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, assim dispõe:

Art. 51. É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autora a União. Parágrafo único. Se a União for a demandada, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal.

Já o artigo 109, §2º, da CF/88, diz que

“As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”.

Como se nota, o artigo 109, §2º, da CF/88, também não faz alusão expressa à competência do foro da capital do estado-membro para as causas ajuizadas contra a União, o que, entretanto, não impediu que o STF reconhecesse tal competência, ao editar a Súmula 689.

No entanto, diferente do artigo processual em comento, o dispositivo constitucional fala em SEÇÃO – divisão territorial que, na organização da Justiça Federal, abrange um estado-membro. Como essa amplitude não fora repetida no art. 51, p.º, do CPC, há espaço para o argumento para se considerar apenas possível a propositura da ação no domicílio do autor.

Essa compreensão, no entanto, fere a finalidade constitucional de garantia de acesso à justiça, bem como inverte a lógica do sistema de justiça, já que permite que uma norma infraconstitucional afaste uma previsão constitucional. Assim, a interpretação mais adequada para o art. 51, p.º, do CPC/2015 é a sistemática e teleológica, com base nos dispositivos constitucionais pertinentes, devendo-se considerar a literalidade do artigo 109, §2º em harmonia com o artigo 109, §3º da CF e seus objetivos - especialmente o facilitar o acesso do segurado ou beneficiário do INSS à jurisdição.

Por estas razões, como a CF/88 autoriza que o segurado ajuíze a ação tanto no foro do seu domicílio quanto no DF – o que também se dá no artigo 51, p.º -, não faz sentido excluir a competência da capital do estado. Ou seja, no âmbito da Excelsa Corte, entendeu-se, a meu ver acertadamente, que o constituinte optou por estabelecer um sistema de foros concorrentes como forma de facilitar o acesso à jurisdição, o que se concretiza, também, com a possibilidade do ajuizamento da demanda numa vara especializada da capital do estado, ainda que na cidade do autor exista vara federal.

A mais abalizada doutrina, ao analisar o tema após a mudança da redação do dispositivo pelo CPC de 2015 também tem adotado o entendimento aqui exposto. Nesse sentido, vale trazer trecho de artigo do processualista da Faculdade de Direito da USP, Paulo Henrique Lucon:

Identifica-se a mesma discussão, ainda, nas questões que versam sobre a competência territorial relativa ao processamento de demandas previdenciárias, propostas pelo beneficiário. Relembre-se que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 109, §2º, dispõe que, nos processos em que a União figure no polo passivo, o autor poderá optar pelo ajuizamento da demanda na seção judiciária de seu domicílio, no foro de ocorrência do fato ou de situação da coisa e, ainda, no Distrito Federal.

Apenas lateralmente, cumpre mencionar que, muito embora o artigo ora citado discipline a competência territorial referente a processos ajuizados contra a União, trata-se de disposição de competência relativa. Em outras palavras, referida competência não pode ser alterada de ofício e será prorrogada na ausência de impugnação pela parte.

Essa disposição constitucional tem respaldo precisamente na lógica de que, à parte hipossuficiente, deve ser garantido o acesso à justiça. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico permite que o cidadão se valha, dentre as hipóteses constantes do rol fixado em lei, do foro em que lhe seja menos penosa a busca pela tutela jurisdicional.

Ocorre que, quando da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, optou-se por determinar que o autor, nas causas ajuizadas perante a União, deve propor a ação no foro de seu domicílio, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal. Veja-se, portanto, que ao invés de facultar ao autor a possibilidade de demandar em qualquer vara da seção judiciária de seu domicílio, o CPC/15 teria aparentemente restringido os foros competentes para ajuizamento de demandas contra a União.

Fala-se, aqui, em restrição porque na mesma seção podem existir subseções que eventualmente abranjam a região de domicílio autor. Sendo assim, o CPC teria determinado que o autor se ativesse única e exclusivamente a um foro, afastando-o dos outros que compõem a seção judiciária.

A esse respeito, e especificamente quando se adentra na seara das demandas previdenciárias, a questão da fixação da competência se torna ponto sensível, uma vez que as seções judiciárias contam as varas especializadas no tema, que, contudo, não necessariamente integram a subseção de domicílio do beneficiário. De acordo com a Constituição, portanto, o autor poderia se valer das varas especializadas, ao passo que, sob uma interpretação restritiva do dispositivo constante no CPC, o foro da subseção seria o único competente para processamento de suas demandas. Para resolver o aparente conflito de normas, deve ser considerada não apenas a expressa disposição constitucional, como, ainda, a lógica protetiva que se encontra por trás desta, já que, como se sabe, não pode a lei infraconstitucional opor-se à Carta Magna. Dito isso, reputa-se como viável o ajuizamento da demanda em qualquer um dos foros competentes, a critério do autor. Isso porque, na busca pela facilitação do acesso material à justiça, é possível que a parte hipossuficiente escolha ajuizar a demanda em local mais afastado do seu domicílio, mas que, precisamente em virtude da especialização, profira decisões mais técnicas, mais justas. (LUCON, Paulo Henrique. Fixação de competência no direito brasileiro e foros concorrentes, publicado em 25.09.2019, no site Migalhas e disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/311660/fixacao-de-competencia-no-direito-brasileiro-e-foros-concorrentes>)

Nesse particular, faz-se mister observar que tornar a justiça mais acessível ao segurado ou beneficiário não significa, necessariamente, permitir o ajuizamento das demandas no órgão jurisdicional mais próximo fisicamente do domicílio do autor.

Uma das formas de concretizar o acesso à jurisdição – quiçá a mais efetiva – é permitir que o autor ajuíze sua demanda no foro da capital do estado-membro, ainda que mais distante do seu domicílio, pois a especialização das varas da capital pode se revelar mais relevante e benéfica para o autor do que a proximidade com a vara do interior, máxime no contexto atual de virtualização dos feitos.

Nesse ponto, mostra-se oportuno transcrever as reflexões apresentadas pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do RE 293.246-9, merecendo destaque, em razão do tema aqui enfrentado – a parte em que Sua Excelência sublinhou que a interiorização da Justiça Federal não se contrapõe à sua especialização, notadamente em prejuízo do hipossuficiente:

A Sra. Ministra Ellen Gracie, A Sra. Ministra Ellen Gracie – Sr. Presidente, apenas gostaria de fazer algumas observações, porque me considero intitulada a tanto, tendo alguma experiência relativamente à interiorização da Justiça Federal.

No período em que exerci a Presidência do Tribunal Federal da 4ª Região, a primeira instância da Justiça Federal foi praticamente dobrada – encontrei 71 varas federais e deixei a primeira instância com 65 varas a mais. Nesse esforço de ampliação, a maior ênfase foi dada à interiorização da Justiça, permitindo o acesso amplo dos cidadãos. A Justiça Federal é, muitas vezes, a última esperança dos hipossuficientes, como é o caso dos segurados da Previdência Social. Apesar disso, estou muito à vontade para acompanhar o eminente Relator quando ele reconhece a competência de uma das varas especializadas da Capital do Estado do Rio Grande do Sul. Comunico, também, a V. Exa., e ao Plenário que a cidade de Porto Alegre tem varas previdenciárias especializadas com grande atuação. Os juízes tornam-se realmente especializados na matéria e alguns deles já editaram livros sobre a matéria. As varas têm uma tramitação bastante acelerada. Isso não acontece apenas na Capital do Estado do Rio Grande do Sul, mas, também, nas Capitais de Santa Catarina e do Paraná. De certa forma, é natural que os segurados e os seus advogados procurem essas varas muito céleres, especializadas, em vez de permanecerem na vala comum de uma vara federal, no interior do Estado que, muitas vezes, como bem lembrado por vários Colegas, pode estar sobrecarregada com 20, 30 mil processos para, às vezes, um único juiz sem um substituto.

Vejo que dois princípios se reúnem para nos permitirem decidir a questão dessa forma com o objetivo de facilitar a entrega da prestação jurisdicional, em tempo hábil, ao cidadão. Interiorização e especialização não são excludentes. Ademais, a exceção está posta na Constituição, podendo o segurado tanto valer-se dos serviços da Justiça Estadual, no foro do seu domicílio, quanto do foro federal. A interiorização da Justiça, como a especialização de varas, atendem exatamente ao mesmo propósito, ou seja, torna-la mais próxima do cidadão, mais célere e mais eficiente. De modo que, posta a hipótese com um cidadão domiciliado na comarca estadual de Horizontina, embora incluída na circunscrição judiciária mais ampla da Vara Federal de Santo Ângelo, está perfeitamente correto o endereçamento da sua ação previdenciária à 11ª Vara especializada de Porto Alegre. Não vejo realmente nenhuma incoerência, nenhuma agressão ao texto constitucional quando estamos, na verdade, ao assim decidir, coerentes com o espírito que ensejou essa norma, que é o de tornar a Justiça mais acessível ao cidadão.

Por isso, à luz do disposto no artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88, é lícito concluir pela existência de um sistema de foros concorrentes, permanecendo válida a norma jurídica consolidada na Súmula 689, do E. STF, independentemente do disposto no CPC/2015.

Não se desconhece que, estando-se diante de foros concorrentes, é preciso conciliar a legítima possibilidade de o autor escolher, dentre os foros competentes, aquele que repute mais favorável – o que é um direito potestativo seu – com o princípio da boa-fé processual, sendo este um freio àquele.

Por tais razões, a doutrina desenvolveu, a partir do princípio do devido processo legal, as ideias de competência adequada e de foro não conveniente, como forma de impedir que a escolha do foro desemboque num abuso de direito – o que fica caracterizado, por exemplo, quando tal escolha dificulta a defesa do réu –, caso em que se faz possível o controle judicial.

Sobre o tema, oportunas as lições de Fredie Didier Jr.:

Há situações em que existem vários foros em princípio competentes para o conhecimento e julgamento de uma demanda; são os foros concorrentes.

[...]

É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé. É certo que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um princípio da competência adequada.

[...]

A existência de foros concorrentes significa que todos eles são igualmente competentes para, em tese, julgar um determinado tipo de demanda. Essa circunstância, porém, não impede que se controle *in concreto* o exercício do direito de escolha do foro que, se se revelar abusivo, deverá ser rechaçado pelo órgão jurisdicional, que sempre tem a competência de julgar a própria competência. (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 20. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 246/249)

No caso, a escolha pela vara especializada da capital do estado não me parece configurar um abuso de direito do segurado ou beneficiário, justamente porque ela não enseja qualquer

prejuízo à defesa, mas, ao revés, se alinha à estratégia da defesa do INSS, plasmada na Súmula 23, da AGU, a qual, conforme já dito, foi novamente consolidada neste ano de 2021.

A par disso, o trâmite das demandas previdenciárias em varas especializadas tende a trazer benefícios para o bom andamento e desate das controvérsias, até porque esse é o objetivo maior da especialização. Isso vai ao encontro do interesse tanto do INSS quanto do segurado ou beneficiário.

Não diviso, tampouco, qualquer violação ao princípio do juiz natural, seja porque ambos os juízos são competentes para dirimir a controvérsia posta em deslinde, seja porque os recursos interpostos contra as decisões que venham a ser proferidas em qualquer um deles será apreciado pelo mesmo órgão de revisão, esta C. Corte.

Ademais, o ajuizamento das ações previdenciárias na capital em detrimento do interior não significa, necessariamente, que aquelas demandas serão julgadas de forma mais ou menos célere. Há inúmeras circunstâncias e variáveis que determinam a efetiva duração do processo. Logo, não me parece que afastar a competência das varas especializadas tenha o condão de diminuir a duração do trâmite processual, de modo a impor tal providência em deferência aos princípios da eficiência ou duração razoável do processo.

Este é o posicionamento da nossa 3ª Seção desde 24.10.2019, após ricos debates entre meus eminentes pares, em julgamento que apresentei voto-vista. Tomo a liberdade de transcrever a EMENTA:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA CAPITAL E JUÍZO FEDERAL DO INTERIOR. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E RELATIVA - IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 33 DO STJ. RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DA CAPITAL. SUBSISTÊNCIA DA SÚMULA 689 DO STF NÃO SUPERADA PELO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 51, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015 EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 109, §§ 2º e 3º). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

1. A fixação de competências está prevista no Código de Processo Civil de 2015, em dispositivos que estabelecem que a competência pode ser determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função, sendo, em regra, inderrogável, logo absoluta e suscetível de ser declarada de ofício; ou em razão do valor e do território, sendo, em regra, relativa, logo derogável e insuscetível de ser declarada de ofício.

2. Apenas excepcionalmente a competência territorial assume feição absoluta e inderrogável, o que ocorre quando ela é estabelecida por razões de ordem pública.

3. No caso dos autos, a decisão de declinação de competência foi determinada por razões territoriais, já que fundamentado no fato de o autor residir numa cidade do interior, diversa daquela em que ajuizada a ação (capital).

4. Não configurada a excepcionalidade de competência territorial absoluta, eis que a competência não foi estabelecida por razões de ordem pública. A competência territorial nas ações previdenciárias, propostas pelos segurados e beneficiários contra o INSS, está baseada no reconhecimento normativo e jurisprudencial da hipossuficiência da parte autora, que presumidamente se encontra em situação de desvantagem em relação à Autarquia Previdenciária Federal. A possibilidade de escolha de um entre diversos foros concorrentes (previstos tanto no artigo 109, §§2º e 3º, da CF/88, quanto no artigo 51, do CPC/2015) é incompatível com a ideia de competência absoluta.

5. Tratando-se de incompetência territorial e relativa, não há possibilidade de o magistrado de vara previdenciária especializada localizada na capital do estado, de ofício, reconhecer a sua incompetência para processar e julgar feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor, pois este reconhecimento está condicionado à arguição

expressa pelo réu, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 33 do E. Superior Tribunal de Justiça.

6. A falta de arguição da incompetência do juízo da vara especializada da capital, pelo INSS, é uma opção processual pautada na orientação da Advocacia Geral da União que consolidou, desde 2006, pela Súmula 23, o entendimento no sentido de que é facultado ao autor domiciliado em cidade do interior, o aforamento de ação contra a União também na sede da respectiva Seção Judiciária (capital do Estado-membro). Embora editada sob égide do CPC/1973, não há dúvidas sobre a vigência da Súmula 23 da AGU, já que foi publicada no Diário Oficial da União em 12 de fevereiro de 2019, no corpo de orientações consolidadas e válidas.

7. A decisão de declínio de competência contraria, também, o entendimento consolidado na Súmula 689, do E. Supremo Tribunal Federal, que não foi superado pelo artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorriam da interpretação do dispositivo pertinente do antigo CPC/1973, mas sim diretamente do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88.

8. O artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 é norma infraconstitucional que não pode afastar uma previsão constitucional (artigo 109, §§ 2º e 3º, a CF/88), que, com a finalidade garantir o efetivo acesso à justiça, autoriza o segurado a ajuizar a ação contra o INSS tanto no foro do seu domicílio quanto no da capital.

9. A escolha pela vara especializada da capital do estado encontra amparo na previsão normativa de foros concorrentes, não configurando abuso de direito do segurado ou beneficiário, porque não lhe confere vantagem ilegítima, nem ensejando qualquer prejuízo à defesa, já que há entendimento oficial expresso na Súmula 23 da AGU, reconhecendo o direito de escolha do segurado.

10. Não se divisa qualquer violação ao princípio do juiz natural, seja porque ambos os juízos são competentes para dirimir a controvérsia posta em deslinde, seja porque os recursos interpostos contra as decisões que venham a ser proferidas em qualquer um deles serão apreciados pelo mesmo órgão de revisão, esta C. Corte.

11. O trâmite das demandas previdenciárias em varas especializadas tende a trazer benefícios para o bom andamento e deslinde das controvérsias, objetivo maior da especialização.

12. Procedência do conflito suscitado, reconhecendo a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 1ª Vara Federal Previdenciária para processar e julgar o feito de origem." (TRF3. 3ª Seção, CC 50177989720194030000, relator Desembargador Federal Carlos Delgado, Relatora para o acórdão Desembargadora Federal Inês Virginia, j. 24.10.2019)

Sendo assim, o entendimento da 3ª Seção é de que a disposição constitucional não pode ser afastada por lei infraconstitucional e que a norma jurídica cristalizada na Súmula 689 do E. STF permanece hígida.

Por essas razões, é inevitável o reconhecimento da competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 1ª Vara Federal Previdenciária para processar e julgar o feito de origem.

DA PROPOSTA DE EDIÇÃO DE SÚMULA

Para além da análise do caso concreto, nota-se a necessidade de pacificação deste ponto, com a edição de súmula do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região.

Isso porque, de um lado, há convergência de entendimentos nesta Corte, especialmente na 3ª Seção, acerca da aplicação da Súmula 689 do STF após a vigência do CPC/2015; e, de outro, há existência de divergências a respeito do assunto no primeiro grau de jurisdição.

Essas divergências - que sobem à Corte via Conflito de Competência ou mesmo por Agravo de Instrumento interposto pelo segurado inconformado - têm ensejado a multiplicação de conflitos de competência e a desnecessária e indesejável paralisação de feitos judiciais em que tratadas controvérsias de caráter alimentar. Além disso, nos casos de Agravo de Instrumento,

há o entendimento, por alguns desembargadores, de que o declínio de competência não se enquadra nas hipóteses legais (artigo 1015 do CPC/2015), com decisão pelo não conhecimento. Com isso, a decisão do juiz de primeiro grau, acerca de sua (in)competência, pode prevalecer mesmo sendo exatamente no sentido oposto ao da Súmula 689 e do entendimento consolidado pela nossa E. 3ª Seção.

Por essas razões, propõe-se, nos termos da fundamentação a seguir, a adoção de providência por esta E. 3ª Seção.

Inicialmente, cabe referir que o Código de Processo Civil estabeleceu, em seus arts. 926 e 927, sistemática de precedentes vinculantes, capaz de fazer frente a situações tais como a que aqui se apresenta:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Como se vê, o CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015 acolheu a teoria dos precedentes judiciais, tendo, até por isso, estabelecido, em seu artigo 926, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Tal objetivo positivado no atual Codex é um imperativo da isonomia e da segurança jurídica. Não se concebe que a Corte confira a situações jurídicas semelhantes tratamentos distintos.

Segundo Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael de Oliveira, o CPC/2015 impôs aos tribunais o dever de uniformização da jurisprudência, no qual se insere o dever de sumular o entendimento em relação a determinadas questões:

O dever de uniformização pressupõe que o tribunal não pode ser omissa diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica. O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.

O art. 926, §1º, CPC, desdobra o dever de uniformizar, dele extraindo o dever dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando-a, ao determinar que, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Este dever fica condicionado ao cumprimento do disposto no art. 926, §2º, do CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2, Ed. JusPodivm, 12ª edição, 2017, p. 540/541)

Existem, portanto, três mecanismos à disposição das Cortes Regionais, pelo Código de Processo Civil, para solucionar esse tipo de situação: que se suscite incidente de assunção de competência, consoante art. 947, § 1º; que se suscite incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme art. 977, incisos I a III; e mais a possibilidade de edição de súmula a respeito, nos termos do art. 926, § 1º.

Há de se observar que tanto no incidente de assunção de competência quanto no de resolução de demandas repetitivas, o Código de Processo Civil estabelece mecanismos com o objetivo de que sejam dirimidas controvérsias sobre questões de direito – hipótese que não está aqui presente, uma vez que, como exposto acima, inobstante divergências em 1º grau de jurisdição, o entendimento no âmbito desta Corte é absolutamente pacífico na direção do firmado no presente conflito.

Faz-se desnecessária, assim, a adoção dos procedimentos estabelecidos no Código de Processo Civil quanto aos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, uma vez que a providência que aqui se pretende não é a de se dirimir determinada controvérsia, mas antes de se fixar, em verbete sumular, um entendimento já pacificado nesta Corte, de modo a ser observado pelos magistrados da 3.^a Região.

A possibilidade de se editar enunciado sumulado encontra-se disposta no art. 107, § 1º, do Regimento Interno desta Corte:

“Art. 107 - A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada em Súmula do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, e aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.

§ 1º - Será objeto de Súmula o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Órgão Especial ou Seção, em incidente de assunção de competência. Também poderão ser inscritos nas Súmulas os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes do Tribunal, em um julgamento, ou por maioria absoluta, em dois julgamentos concordantes, pelo menos.”

Depreende-se dos dispositivos que a edição de súmula por esta Corte segue sistemática que, atualizada pelo novo Código de Processo Civil, exige, de um lado, a convergência de entendimentos no Tribunal, de modo que o enunciado reflita posição já consolidada, e, de outro, a utilidade de que esse posicionamento seja exposto no verbete.

Quanto ao primeiro ponto, como exposto nos precedentes transcritos na oportunidade em que fundamentada a procedência deste conflito de competência, o entendimento aqui fixado – qual seja,

(i) de que não há possibilidade de o magistrado de vara previdenciária especializada localizada na capital do estado, de ofício, reconhecer a sua incompetência para processar e julgar feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor, pois este reconhecimento está condicionado à arguição expressa pelo réu, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 33 do E. Superior Tribunal de Justiça;

(ii) de que o entendimento consolidado na Súmula 689, do E. Supremo Tribunal Federal, não foi superado pelo artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorriam da interpretação do dispositivo pertinente do antigo CPC/1973, mas sim diretamente do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88;

(iii) de que o artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 é norma infraconstitucional que não pode afastar uma previsão constitucional (artigo 109, §§ 2º e 3º, a CF/88), que, com a

finalidade de garantir o efetivo acesso à justiça, autoriza o segurado a ajuizar a ação contra o INSS tanto no foro do seu domicílio quanto no da capital;

(iv) de que a escolha pela vara especializada da capital do estado encontra amparo na previsão normativa de foros concorrentes, não configurando abuso de direito do segurado ou beneficiário, porque não lhe confere vantagem ilegítima, nem ensejando qualquer prejuízo à defesa, já que há entendimento oficial expresso na Súmula 23 da AGU, reconhecendo o direito de escolha do segurado, – é incontroverso no Tribunal Regional Federal da 3.^a Região.

Com efeito, esse é o posicionamento consolidado após julgamento por unanimidade de votos nesta E. Terceira Seção, em precedentes que abrangem os anos de 2020 (CC no. 5005552-35.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j.25.06.2020; CC no. 5015359-79.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, j.13.08.2020; CC no. 5020108-42.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, j.27.08.2020; CC no. 5019976-82.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j.08.10.2020; CC no. 5026460-16.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Convocada Leila Paiva, j.12.11.2020; CC no. 5025065-86.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j.10.12.2020) e 2021 (CC nº 5028938-94.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j.28.01.2021; CC no. 5027244-90.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j.11.02.2021; CC no. 5029586-74.2020.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, j.11.02.2021; CC no. 5003212-21.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j.25.03.2021; CC no. 5002500-94.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, j.22.04.2021; CC 5007268-63.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, j.13.05.2021).

Por sua vez e, relativamente ao segundo ponto, cabe ter como referência que o Código de Processo Civil inovou ao prever os entendimentos aos quais se encontram vinculados os juízos, dentre eles as orientações do *“plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”*, aqui passíveis de serem consolidadas em verbete, consoante já transcrito acima:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

A referência é importante porque, como afirmado, inobstante não existirem divergências a respeito da matéria no âmbito desta Corte, os conflitos se multiplicam em primeiro grau de jurisdição, ensejando situação de insegurança jurídica e morosidade, que se vê conveniente solucionar mediante a edição do verbete. Nesse sentido, para ilustrar, vale trazer algumas decisões em AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 5002682-17.2020.4.03.0000, julg. 22.03.2021, AI 5020950-22.2020.4.03.0000, julg. 19.04.2021; AI 5013732-40.2020.4.03.0000, julg. 24.05.2021; AI 5021469-94.2020.4.03.0000, julg. 24.05.2021.

Com efeito, por um lado, mediante a edição de súmula, tem-se por vinculados os juízos de primeiro grau a respeito do entendimento – que, por ora, expressa-se apenas em precedentes não vinculantes – evitando-se, destarte, que processos judiciais permaneçam no aguardo de solução que pode ter dois caminhos opostos: (i) se a decisão for proferida pela 3.^a Seção, acerca do mérito do Conflito de Competência, a resposta será a de reafirmação dos precedentes,

a julgar pelo caráter uniforme da jurisprudência firmada nos últimos dois anos neste órgão julgador; (ii) se for proferida pelas Turmas integrantes da 3ª Seção - isto é, vier em decisão de Agravo de Instrumento, a solução pode ser baseada numa questão processual que, na prática, inviabiliza a apreciação acerca da competência ou não do juízo. Nesta situação, pode ocorrer a violação do direito de acesso à justiça do segurado.

A necessidade da Súmula, portanto, decorre da existência de quadro fático reiterado, que exige decisão da Corte no curso das demandas previdenciárias. Estas decisões ocorrem não apenas de conflitos de competência entre as unidades previdenciárias da capital e das unidades federais do domicílio dos autores do que redundam, mas também nos Agravos de Instrumentos que questionam o declínio de competência. As duas situações conduzem, de forma inevitável, a um maior tempo de tramitação de processos judiciais.

Sob outro aspecto, a edição de súmula também dinamiza o julgamento dos conflitos de competência nesta Corte, porquanto viabiliza a sua análise monocrática, nos termos do art. 955, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil:

“Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.”

Cumpre mencionar, a esse propósito, que pesquisa não exaustiva realizada no sistema de tramitação processual do TRF3 indica a existência de significativo número de conflitos de competência semelhantes ao presente em tramitação atualmente, os quais poderiam ser resolvidos sem a análise colegiada, aplicando-se o entendimento – reitere-se, pacífico – em prol da tramitação dos processos originários e da rápida solução das controvérsias subjacentes.

Assim, citem-se, a título exemplificativo, os seguintes conflitos de competência, todos versando sobre a mesma controvérsia e atualmente em tramitação perante esta E. Terceira Seção: 5005307-87.2021.4.03.0000 (1ª Vara Federal Osasco x 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo), 5033413-93.2020.4.03.0000 (2ª Vara Federal de Barueri X 1ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo), 5007156-94.2021.4.03.0000 (1ª Vara Federal de Mauá X 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo).

E mesmo que se possa ponderar pela possibilidade de julgamento monocrático dos Conflitos de Competência, ainda restam os Agravos de Instrumento que tramitam nas turmas, que versam sobre o mesmo tema, com impacto na uniformização do entendimento firmado pela 3ª Seção.

Dessa forma, com fulcro no art. 107, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Regimental nº 15/2016, propõe-se edição de súmula nos seguintes termos:

“Nas ações ajuizadas pelos segurados do INSS, mantém-se hígida a Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015.”

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito, para declarar competente o juízo da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 1ª Vara Federal Previdenciária e, nos termos do art.

107, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, propor a edição de súmula nos moldes constantes da fundamentação, *supra*.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5029724-41.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Agravado: JOÃO EDVAN RIOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 11/06/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REQUERIMENTO SERASJUD. CADASTRO DOS INADIMPLENTES. ALEGAÇÃO FEITA DIRETAMENTE NO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO.

1. O recurso não deve ser conhecido.
2. O pedido de inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, via SERASJUD, foi formulado no primeiro grau de jurisdição, tendo sido obstaculizado apenas pela determinação do MM Juízo *a quo* em sobrestar o feito diante da imposição do E. STJ que, ao afetar a matéria ao rito dos Recursos Repetitivos, suspendeu nacionalmente a tramitação de todos os feitos correlatos (Tema 1026).
3. Com efeito, o magistrado singular ainda não manifestou juízo de valor no 1º Grau de Jurisdição, quanto à questão discutida agora neste recurso. Ou seja, o tema fora repetido diretamente neste Tribunal, sem que houvesse eventual decisão negativa naquela sede.
4. O agravo de instrumento tem por objeto pontos incidentais, cuja formação demanda necessariamente manifestação do órgão de jurisdição inferior.
5. Na ausência de manifestação, inexistente decisão interlocutória, ponto incidental que justifique a interposição de agravo de instrumento (artigo 1.015 do CPC), segundo precedentes da Terceira Turma (AI 5003376-54.2018.4.03.0000, Relator Antônio Cedenho, DJ 19.09.2019, e AI 5026961-38.2018.4.03.0000, Relator Nelton dos Santos, DJ 04.04.2019).
6. Diversamente da apelação, ele possui devolução restrita, alcançando apenas o ponto efetivamente decidido. Em função da permanência dos autos em outra instância, a parte dispõe do poder de invocar todas as matérias perante o órgão que nela opera.
7. A incursão direta do Tribunal implicaria supressão de instância e violaria as garantias da ampla defesa e do contraditório (artigos 7º, 9º e 10º do CPC), que deixaram de ser exercidas no processo originário.
8. Assim, é imprópria a apreciação da questão da autorização para inclusão do nome do contribuinte no cadastro de inadimplentes por esta E. Corte Regional neste momento processual.
9. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS – IBAMA em face de decisão que, em sede de execução fiscal, sobrestou a tramitação dos autos por força de determinação do E. STJ, que afetou o tema da inclusão do nome do agravado no cadastro de inadimplentes (SERA-SA) por ato do judiciário, postergando a eventual autorização para a realização da providência para após do julgamento dos processos paradigmas.

O agravante, nesta sede, sustenta que o artigo 782, §3º, do CPC/2015, visando a efetividade do processo, admite que a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. Insiste na atotização da medida.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O recurso não deve ser conhecido.

O pedido de inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, via SERASJUD, foi formulado no primeiro grau de jurisdição, tendo sido obstaculizado apenas pela determinação do MM Juízo *a quo* em sobrestar o feito diante da imposição do E. STJ que, ao afetar a matéria ao rito dos Recursos Repetitivos, suspendeu nacionalmente a tramitação de todos os feitos correlatos (Tema 1026).

Com efeito, o magistrado singular ainda não manifestou juízo de valor no 1º Grau de Jurisdição, quanto à questão discutida agora neste recurso. Ou seja, o tema fora repetido diretamente neste Tribunal, sem que houvesse eventual decisão negativa naquela sede.

O agravo de instrumento tem por objeto pontos incidentais, cuja formação demanda necessariamente manifestação do órgão de jurisdição inferior.

Na ausência de manifestação, inexistente decisão interlocutória, ponto incidental que justifique a interposição de agravo de instrumento (artigo 1.015 do CPC), segundo precedentes da Terceira Turma (AI 5003376-54.2018.4.03.0000, Relator Antônio Cedenho, DJ 19.09.2019, e AI 5026961-38.2018.4.03.0000, Relator Nilton dos Santos, DJ 04.04.2019).

Diversamente da apelação, ele possui devolução restrita, alcançando apenas o ponto efetivamente decidido. Em função da permanência dos autos em outra instância, a parte dispõe do poder de invocar todas as matérias perante o órgão que nela opera.

A incursão direta do Tribunal implicaria supressão de instância e violaria as garantias da ampla defesa e do contraditório (artigos 7º, 9º e 10º do CPC), que deixaram de ser exercidas no processo originário.

Assim, é imprópria a apreciação da questão da autorização para inclusão do nome do contribuinte no cadastro de inadimplentes por esta E. Corte Regional neste momento processual.

Neste sentido, transcrevo julgado proferido por esta E. Corte Regional:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENHORA. BACEN JUD.

1. No tocante às alegações de ocorrência da prescrição intercorrente (matéria de ordem pú-

blica), extinção do crédito tributário, bem como a de que o valor foi apresentado desprovido de planilha com demonstração aritmética, inviável ao Tribunal manifestar-se, nesta oportunidade, acerca da matéria haja vista não ter sido enfrentada pelo MM. Juiz *a quo*, sob pena de supressão de instância de jurisdição.

2. Não analisado o pleito, não há razão para esta Corte firmar posicionamento acerca do pedido, devendo ele ser julgado primeiramente pelo juiz singular.

3. Da mesma forma, considerando que as peças de fls. 145/157 foram apresentadas somente nesta instância, não é possível admiti-las, visto que sua apreciação deveria, primeiramente, ser submetida ao MM. Juiz singular.

(...)

8. Não conhecida parte da pretensão recursal e, na parte conhecida, agravo de instrumento improvido.” (negritei)

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, AI 577898/SP, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, e-DJF3 04/08/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. SUPRESSÃO DE GRAU DE JURISDIÇÃO. DEVOLUTIVIDADE RESTRITA. PRELIMINAR DA PARTE AGRAVADA AFASTADA. MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos, sendo certo, ainda, que o recurso apresentado pela agravante não trouxe nada de novo que pudesse infirmar o quanto decidido.

2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

3. Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento “*per relationem*” -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, que preceitua que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”. Precedentes do E. STF e do C. STJ.

4. Da leitura das razões recursais e da decisão agravada verifica-se que o procedimento administrativo observou as disposições estabelecidas no edital, bem como oportunizou a empresa recorrente a apresentar justificativas (realizar diligências – por duas vezes) do motivo do preço do insumo indicado (R\$ 1.169,97/t) estar com o preço incompatível com o praticado no mercado (R\$ 2.501,99/t), sem que a recorrente conseguisse comprovar a existência do preço indicado.

5. Não há como acolher as alegações da recorrente quanto à desproporcionalidade da medida, em razão do valor do insumo representar menos de 5% do valor global do contrato, diante da declaração da autoridade administrativa quanto à natureza do objeto licitado, qual seja, “regime de empreitada por preço unitário e não por valor global”.

6. Da leitura da decisão agravada, verifica-se que não houve qualquer menção com relação ao depósito do valor de caução no percentual de 30% e seus possíveis efeitos na controvérsia debatida, o que impede a apreciação desta questão por esta Corte, neste momento, sob pena de supressão de grau de jurisdição e em razão do agravo de instrumento ser recurso de devolutividade restrita.

7. Afastada as preliminares alegadas pela parte agravada, uma vez que o E. STJ já declarou que nem mesmo a superveniente adjudicação importa na perda do objeto do *mandamus*, uma vez que se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato.

8. Por fim, do mesmo modo que asseverado pelo parque, nem mesmo o reconhecimento da existência de litisconsórcio necessário poderá ensejar a alegada perda do objeto, visto que a citação das demais empresas participantes do discutido certame poderá ainda ser realizada.

Além disso, não pode a recorrente ser prejudicada na apreciação do seu direito à luz da aplicação do princípio constitucional do acesso à Justiça.

9. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000197-44.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 01/06/2020, Intimação via sistema DATA: 04/06/2020)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRESCRIÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

1. No tocante à alegação de decadência, inviável ao Tribunal manifestar-se, nesta oportunidade, acerca da matéria haja vista não ter sido enfrentada pelo MM. Juiz *a quo*, sob pena de supressão de grau de jurisdição, não obstante se tratar de matéria de ordem pública. Precedentes deste Tribunal.

[...]

20. Não conhecida parte da pretensão recursal e, na parte conhecida, agravo de instrumento improvido.”

(AI 00077169720164030000, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2017 ..FONTE_REPUBLICAÇÃO:) (grifei)

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5030213-78.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 25ª VARA FEDERAL CÍVEL

Parte Autora: SEVERINO RAMOS DOS SANTOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/07/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO EM QUE SE POSTULA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL PREVISTO NA LEI Nº 13.982/2020. PRESTAÇÃO PÚBLICA AFETA À SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL CÍVEL.

1. Conflito de competência deflagrado pelo Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, tendo como suscitado o Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo, em sede de mandado de segurança no qual se pretende a obtenção de ordem para a concessão do auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020.
2. As Varas Previdenciárias têm competência para julgar processos que versam sobre benefícios previdenciários (Provimento CJF3R nº 186/99, que implantou os primeiros Juízos especializados nessa área na Subseção Judiciária de São Paulo e, em especial, Provimento CJF3R nº 228/2002, que implantou o Juízo ora suscitante).
3. É bem verdade que as Varas Previdenciárias de São Paulo julgam ordinariamente os processos envolvendo a concessão do denominado benefício de prestação continuada (BCP), também conhecido como LOAS, instituído pela Lei nº 8.742/93. Mas aí há uma explicação de ordem prática, senão finalística. É que o pagamento do referido benefício é operacionalizado pela autarquia previdenciária, responsável inclusive pela avaliação da deficiência e do grau de impedimento do postulante, mediante exames médico e social realizados por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social (artigos 20, § 6º e 29 da Lei nº 8.742/93).
4. O órgão previdenciário está diretamente envolvido na concessão e manutenção do benefício de prestação continuada (BCP), daí se justificando, portanto, que os respectivos processos que veiculem tal pedido tramitem pelo Juízo Previdenciário. Aliás, o c. STJ já firmou entendimento no sentido de que “O benefício de prestação continuada previsto no artigo 203 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, muito embora não dependa de recolhimento de contribuições mensais, deverá ser executado e mantido pela Previdência Social, que tem legitimidade para tal mister” (REsp 756.119, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 14.11.2005, p. 412).
5. O auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982/2020 foi criado como mecanismo de proteção social para fazer frente à crise de saúde pública deflagrada pela pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19), consistindo em benefício destinado a trabalhadores em situação de vulnerabilidade, assim definidos consoante requisitos postos pela citada norma (artigo 2º).

6. O c. Órgão Especial deste tribunal firmou entendimento no sentido de tratar-se o auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020 de prestação pública, afeta, portanto, à seara do Direito Administrativo (CC 5003830-29.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Newton de Lucca, DJEN 14.6.2021). Assim, evidente a incompetência da Vara Federal Previdenciária para o julgamento de processos que versem sobre esse tema, cabendo à Vara Federal Cível o processamento do feito de origem.

7. Conflito de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por maioria, julgou procedente o conflito, para declarar a competência do Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo para o processamento do feito de origem, nos termos do voto do Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais MARISA SANTOS, NINO TOLDO, INÊS VIRGÍNIA, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, que julgava improcedente o conflito e declarava competente o Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária em São Paulo (suscitante). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, PAULO DOMINGUES e VALDECI DOS SANTOS. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência deflagrado pelo Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, tendo como suscitado o Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo, em sede de mandado de segurança no qual se pretende a obtenção de ordem para a concessão do auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020.

O feito foi distribuído ao Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo, que, considerando a natureza jurídica do benefício (assistencial) postulado, declinou para o Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo.

Este, por sua vez, suscitou o presente conflito, sob o fundamento de que o benefício pleiteado não tem natureza previdenciária, e sim assistencial, o que refoge à competência da Vara especializada.

Nesta sede, designou-se o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência do conflito.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Destaco, inicialmente, que as Varas Previdenciárias têm competência para julgar processos que versam sobre benefícios previdenciários (Provimento CJF3R nº 186/99, que implantou os primeiros Juízos especializados nessa área na Subseção Judiciária de São Paulo e, em especial, Provimento CJF3R nº 228/2002, que implantou o Juízo ora suscitante).

A referida especialização restringe a competência das Varas Previdenciárias à matéria eminentemente relacionada a benefícios *previdenciários*.

É bem verdade que as Varas Previdenciárias de São Paulo julgam ordinariamente os processos envolvendo a concessão do denominado benefício de prestação continuada (BCP), também conhecido como LOAS, instituído pela Lei nº 8.742/93. Mas aí há uma explicação de ordem prática, senão finalística. É que o pagamento do referido benefício é operacionalizado pela autarquia previdenciária, responsável inclusive pela avaliação da deficiência e do grau de impedimento do postulante, mediante exames médico e social realizados por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social (art. 20, § 6º da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.740/2011).

O artigo 29 da mesma Lei nº 8.742/93 ainda estabelece:

“Art. 29. Os recursos de responsabilidade da União destinados à assistência social serão automaticamente repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), à medida que se forem realizando as receitas.

Parágrafo único. Os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada, previstos no art. 20, poderão ser repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social diretamente ao INSS, órgão responsável pela sua execução e manutenção. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 1998)”

Como se vê, o órgão previdenciário está diretamente envolvido na concessão e manutenção do benefício de prestação continuada (BCP), daí se justificando, portanto, que os respectivos processos que veiculem tal pedido tramitem pelo Juízo Previdenciário.

Aliás, o c. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que “O benefício de prestação continuada previsto no artigo 203 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, muito embora não dependa de recolhimento de contribuições mensais, deverá ser executado e mantido pela Previdência Social, que tem legitimidade para tal mister” (REsp 756.119, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 14.11.2005, p. 412).

Lançado tal fundamento, voltam-se os olhos para o caso concreto.

O auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982/2020 foi criado como mecanismo de proteção social para fazer frente à crise de saúde pública deflagrada pela pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19), consistindo em benefício destinado a trabalhadores em situação de vulnerabilidade, assim definidos consoante requisitos postos pela citada norma (artigo 2º).

O c. Órgão Especial desta Corte firmou entendimento quanto à natureza do auxílio emergencial trazido pela Lei nº 13.982/2020. Confira-se a ementa:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUXÍLIO EMERGENCIAL. PRESTAÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA NO ÂMBITO DE ATRIBUIÇÕES DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. RELAÇÃO

JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO. CONFLITO IMPROCEDENTE.

I – Nos termos do art. 10, §3º, do Regimento Interno deste Tribunal, “À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção.”

II- A Assistência Social encontra a descrição de seu programa normativo nos arts. 203 e 204, da CF. Por sua vez, a estruturação concreta do modelo constitucional mencionado é promovida pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93).

III- A Lei nº 8.742/93 confere à Assistência Social uma organização própria, possuindo como órgão deliberativo superior o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS. A execução das ações sociais ocorre por meio do Sistema Único de Assistência Social (Suas), com observância das diretrizes traçadas na Política Nacional de Assistência Social – PNAS, sendo que suas atividades são financiadas pelo Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS.

IV- O Capítulo IV, da Lei nº 8.742/93, intitulado “Dos Benefícios, dos Serviços, dos Programas e dos Projetos de Assistência Social”, detalha os serviços, programas e benefícios cuja prestação cabe à Assistência Social. Ali, são estabelecidas duas espécies de benefícios: A) o benefício de prestação continuada (art. 20); e, B) os benefícios eventuais (art. 22), consistentes nas “provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas”. É assentado, ainda, que compete à Assistência Social: 1) prestar serviços socioassistenciais voltados à melhoria de vida da população (Seção III); 2) promover programas de assistência social, por meio de ações integradas e complementares, com vistas a incentivar e melhorar os serviços assistenciais (Seção IV); 3) e realizar projetos de enfrentamento da pobreza (Seção V).

V- A Assistência Social abrange um conjunto específico de serviços, programas e prestações financeiras, geridas e executadas dentro de uma estrutura particularmente organizada com esta finalidade, contando com seus próprios órgãos deliberativos e forma de financiamento.

VI- *Constata-se que nem todo programa ou prestação econômica de caráter social disponibilizada pela União e pelos demais órgãos federais se encontra a cargo da estrutura da “Assistência Social”. É o que ocorre, por exemplo, com o Programa Bolsa Família, que, não obstante sua inegável importância social, adota modelo próprio de gestão (Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família – art. 4º da Lei nº 10.836/04 e art. 24, inc. V da Lei nº 13.844/19), bem como de financiamento e gerenciamento de recursos (arts. 6º e 7º da Lei nº 10.836/04).*

VII- *De forma semelhante, o programa relativo ao auxílio emergencial não se encontra inserido entre as atribuições dos órgãos que compõem a estrutura da “Assistência Social”.*

VIII- *A Lei nº 13.982/2020, que instituiu o referido programa, deliberadamente deixou de integrar o regramento do auxílio emergencial à Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), a qual apenas é mencionada no art. 1º do referido Diploma.*

IX- *Apesar da brevidade das regras trazidas na Lei nº 13.982/2020, é seguro afirmar que o auxílio emergencial não é gerido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, não é financiado com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS, nem é operacionalizado pelo INSS ou pelos órgãos do Sistema Único de Assistência Social (Suas). Além disso, o auxílio emergencial não integra a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, assim como não se encontra previsto em nenhuma das normas que regem a Assistência Social.*

X- *O auxílio emergencial não se encontra inserido no âmbito da Assistência Social. Precedentes da E. Corte Especial do TRF-4ª Região: CC nº 5019813-75.2020.4.04.0000, Corte Especial, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, v.u., j. 27/08/2020; CC nº 5018344-91.2020.4.04.0000, Corte Especial, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, v.u., j. 29/06/2020.*

XI- *O auxílio emergencial constitui um programa de transferência de renda gerido por órgãos federais, ostentando a natureza de relação jurídica de direito público – mais propriamente, afeta ao Direito Administrativo -, na qual o particular busca perante a Administração a obtenção de uma prestação pública.*

XII- Reconhecida a competência da E. Quarta Turma desta Corte para o julgamento da demanda de Origem, nos termos do art. 10, §2º, do Regimento Interno do TRF-3ª Região.

XIII- Conflito de competência improcedente.” (CC 5003830-29.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Newton de Lucca, j. 9.6.2021, DJEN 14.6.2021) (grifei)

Considerando o entendimento cristalizado por este c. tribunal, por meio de seu Órgão Especial, no sentido de tratar-se o auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020 de prestação pública, afeta, portanto, à seara do Direito Administrativo, evidente a incompetência da Vara Federal Previdenciária para o julgamento de processos que versem sobre esse tema, cabendo à Vara Federal Cível o processamento do feito de origem.

Face ao exposto, julgo *procedente* o conflito para declarar a competência do Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo para o processamento do feito de origem.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conflito negativo de competência entre o Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária em São Paulo (suscitante) e o Juízo da 25ª Vara Federal Cível em São Paulo (suscitado), em sede de mandado de segurança no qual se pretende a obtenção de ordem para a concessão do auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020.

O eminente Relator votou no sentido de julgar procedente o conflito e declarar competente o suscitado, nos termos do que restou decidido no CC 5003830-29.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Newton de Lucca, j. 9.6.2021, DJEN 14.6.2021. Com a devida vênia, divirjo.

Por ocasião do julgamento do aludido precedente, acompanhei a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal Carlos Muta por entender que o auxílio emergencial apresenta as mesmas características essenciais do benefício assistencial previsto na legislação previdenciária e cuja competência é das varas especializadas e, nesta corte, da Terceira Seção, consoante as razões que bem expôs em seu voto e que ora repiso:

Senhores Desembargadores, com todas as vênias ao relator, registro respeitosa divergência. A meu sentir, o benefício em questão é concedido independente de contraprestação, com base em critérios de vulnerabilidade social (Art. 2º da Lei 13.982/2020), em contexto de calamidade pública. Nesta quadra, assemelha-se, na essência, aos benefícios eventuais previstos na LOAS (“Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública”).

Conquanto, de fato, como apontou o nobre relator, o auxílio emergencial não esteja formalmente inserido na estrutura da Assistência Social, é forçoso reconhecer que se trata, materialmente, de medida assistencialista, pelo prisma finalístico do que a própria Constituição Federal define sobre o tema (“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (...) 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”).

Assumindo tal premissa, e com vênica do relator, penso ser pertinente que, em sede de conflito de competência, o objeto da causa seja descrito como substancialmente similar e equivalente à matéria tipicamente afeta à competência da Seção responsável pela Assistência Social, afastando, assim, a interpretação em prol do julgamento pelo órgão de competência residual, com o qual não guarda qualquer afinidade específica. Pelo contrário, os pontos de aproximação entre o auxílio emergencial e os temas afetos à competência da 2ª Seção são, na perspectiva do que se propõe, abstratos e, inclusive, igualmente aplicáveis à própria 3ª Seção (v.g., matéria de direito público, medida de prestação econômica com vértice no Poder Executivo).

O acolhimento do conflito negativo, no contexto em discussão, parece melhor atender à função, sentido e abrangência da competência residual prevista no Regimento Interno desta Corte, que é a de deslocar para a 2ª Seção apenas os temas que, de fato, não possam ser insertos, essencialmente de acordo com a respectiva natureza jurídica, na competência afeta às Seções especializadas. Esse entendimento tem sido, inclusive, adotado em vários julgados de Turmas da 3ª Seção, após redistribuição, como bem destacou a e. Desembargadora Federal suscitante, a exemplo do que se verificou nos autos 5021322-68.2020.4.03.0000, 5024844-06.2020.4.03.0000 e 5001614-63.2020.4.03.6133, entre outros.

Dessa forma, mantenho o entendimento que adotei no julgamento do CC nº 5003830-29.2021.4.03.0000 com a intuito e a esperança de provocar a reflexão deste colegiado, a fim de que reveja sua orientação anterior.

Ante o exposto, julgo *improcedente* o conflito e declaro competente o Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária em São Paulo (suscitante).

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001649-55.2021.4.03.0000

Agravante: EDSON ALVES DE SANTANA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA – RECEBIMENTO DE VALORES BRUTOS SUPERIORES A R\$ 3.000,00.

1. A apresentação de mera Declaração de hipossuficiência não é apta, por si só, a demonstrar a impossibilidade da parte requerente arcar com os ônus processuais (STJ, QUARTA TURMA, AgRg no AREsp 831.550/SC, DJe 12/04/2016, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO).
2. Nos termos da jurisprudência específica da C. Sétima Turma, presume-se a hipossuficiência de quem auferir renda bruta mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), equivalente a três salários mínimos. Precedentes.
3. Se o rendimento mensal é superior, o requerente deve provar despesas ou circunstâncias excepcionais que impossibilitem o custeio.
4. No caso concreto, há prova da hipossuficiência atual.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação para obtenção de benefício previdenciário, revogou os benefícios da justiça gratuita.

A parte autora, ora agravante, sustenta a impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do pagamento dos gastos pessoais ou familiares.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido (ID 152343968).

Sem resposta.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:
A teor do art. 98 do Código de Processo Civil:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

(...)

§ 3º. Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A apresentação de mera Declaração de hipossuficiência não é apta, por si só, a demonstrar a impossibilidade da parte requerente arcar com os ônus processuais. Nesse campo, conforme vem decidindo o STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Dessa forma, à míngua de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

2. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, *caput* e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo.

3. *O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família.* Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, *tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.*

4. *In casu*, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório da demanda, entendeu pela inexistência da condição de hipossuficiência da parte ora agravante, mormente porque o agravante intimado a juntar seu comprovante de rendimentos e a declaração do imposto de renda não cumpriu a determinação judicial.

5. Na hipótese, a irresignação do ora agravante não trata de apenas conferir diversa qualificação jurídica aos fatos delimitados na origem e nova valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova, mas, ao revés, de realização de novo juízo valorativo que substitua o realizado pelo Tribunal *a quo* para o fim de formar nova convicção sobre os fatos a partir do reexame de provas, circunstância, todavia, vedada nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça”.

6. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 831.550/SC, j. 17/03/2016, DJe: 12/04/2016, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, grifei).

Nos termos da jurisprudência específica da C. Sétima Turma, presume-se a hipossuficiência de quem aufer *renda bruta mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais)*, equivalente a três salários mínimos. Se o rendimento mensal é superior, o requerente deve provar despesas ou circunstâncias *excepcionais* que impossibilitem o custeio. No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO. FUNDADAS RAZÕES. SUFICIÊNCIA DE RECURSOS. CONSTATAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1 - A presunção relativa de hipossuficiência pode ser afastada mediante verificação, pelo magistrado, da possibilidade econômica do impugnado em arcar com as custas do processo.

2 - Os artigos 5º e 6º da Lei nº 1.060/50 permitem ao magistrado indeferir os benefícios inerentes à assistência judiciária gratuita no caso de “fundadas razões”. Permite, em consequência, que o Juiz que atua em contato direto com a prova dos autos, perquiria acerca da real condição econômica do demandante. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

3 - No caso em apreço, a presunção relativa de hipossuficiência, sob a ótica do d. juízo de primeiro grau, foi afastada considerando “que o impugnado recebeu remuneração no mês de março/2016 no valor de R\$ 2.953,00, e benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, no valor de R\$ 1.322,81 (competência 04/2016), o que totaliza renda mensal de R\$ 4.275,81.” E realmente tais informações estão comprovadas documentalmente (ID 97566529 – págs. 13/14).

4 - A exigência constitucional - “insuficiência de recursos” - deixa evidente que a concessão de gratuidade judiciária atinge tão somente os “necessitados” (artigo 1º da Lei nº 1.060/50). Define o Dicionário Houaiss de língua portuguesa, 1ª edição, como necessitado “1. que ou aquele que necessita; carente, precisado. 2. que ou quem não dispõe do mínimo necessário para sobreviver; indigente; pobre; miserável.” Não atinge indistintamente, portanto, aqueles cujas despesas são maiores que as receitas. Exige algo mais. A pobreza, a miserabilidade, nas acepções linguísticas e jurídicas dos termos. Justiça gratuita é medida assistencial. É o custeio, por toda a sociedade, das despesas inerentes ao litígio daquele que, dada a sua hipossuficiência econômica e a sua vulnerabilidade social, não reúne condições financeiras mínimas para defender seus alegados direitos. E comprovado nos autos que esta não é a situação da parte agravante.

5 - A renda per capita média mensal do brasileiro, no ano de 2016, foi de R\$ 1.226,00. A maior do Brasil foi do DF, no valor de R\$ 2.351,00. E a maior do Estado de São Paulo foi da cidade de São Caetano do Sul, com R\$ 2.043,74 (Fonte: IBGE-Fev/2017). A renda auferida pela parte agravante, um ano antes, é quase três vezes maior do que a renda per capita mensal do brasileiro.

6 - Alie-se como elemento de convicção, que o teto que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo adota para analisar a necessidade do jurisdicionado a justificar a sua atuação é de 3 salários mínimos, ou seja, R\$2.811,00 (2017).

7 - E, nunca é demais lembrar, que os valores das custas processuais integram o orçamento do Poder Judiciário (art. 98, § 2º da CF) e, no caso da Justiça Federal, por exemplo, se prestam a custear as despesas processuais dos beneficiários da gratuidade judiciária. As custas processuais, portanto, em princípio antipáticas, também se destinam a permitir que os efetivamente necessitados tenham acesso à Justiça.

8 - Por fim, o acesso à Gratuidade da Justiça, direito fundamental que é, não pode se prestar, sob os mantos da generalização e da malversação do instituto, ao fomento da judicialização irresponsável de supostos conflitos de interesse, o que impacta negativamente na eficiência da atuação jurisdicional, bem como na esfera de direitos da parte contrária.

9 - Apelação desprovida”.

(TRF 3, 7ª Turma, ApCiv. 002508-50.2016.4.03.6106, j. 14/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/08/2020, Rel. Des. Fed. CARLOS EDUARDO DELGADO).

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. RENDA COMPATÍVEL. RECURSO PROVIDO.

Para a concessão do benefício de gratuidade da justiça basta a simples afirmação da sua necessidade, a qual se presume verdadeira. Entretanto, essa presunção admite prova em contrário, vale dizer, não é absoluta, podendo ser o benefício indeferido após a manifestação do interessado, desde que fundamentadamente. Inteligência do artigo 99 do CPC/2015.

Vale destacar que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado aufera renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários-mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

Tal entendimento segue o critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP).

Comprovada a renda mensal compatível com a condição de hipossuficiência. Benefício da gratuidade da justiça devido.

Recurso provido”.

(TRF 3, 7ª Turma, AI 5002024-90.2020.4.03.0000, j. 22/10/2020, Intimação via sistema DATA: 29/10/2020, Rel. Des. Fed. PAULO SERGIO DOMINGUES, grifei).

No caso concreto a parte autora está aposentada por tempo de contribuição, e conforme extrato do CNIS, verifica-se que percebeu em maio/2021, valor bruto no valor de R\$ 2.806,17 (dois mil, oitocentos e seis reais e dezessete centavos).

Há prova da hipossuficiência atual.

Por tais fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001703-21.2021.4.03.0000

Agravante: TELMA CRISTINA GAVA
 Curadora: LUCINDA DE BARROS GAVA
 Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUTORA INTERDITADA MAIOR E INCAPAZ. LEVANTAMENTO DE PARCELAS ATRASADAS PELA GENITORA/CURADORA. POSSIBILIDADE. ART. 110 “CAPUT” DA LEI 8.213/91. PRESTAÇÃO DE CONTAS.

1. A autora da ação originária é representada por sua genitora, nomeada sua curadora em regular processo de interdição
2. Não havendo indícios de qualquer conflito de interesses entre a beneficiária e sua genitora, bem como considerando o caráter alimentar da verba em discussão, afigura-se possível o levantamento da quantia depositada. Entretanto, a curadora não se eximirá de realizar a prestação de contas perante o Juízo da interdição, caso exigido.
3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, 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 agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida nos autos de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, determinando que o valor depositado a título de parcelas atrasadas de benefício assistencial fosse remetido ao juízo da interdição.

Em suas razões a parte agravante alega, em síntese, que a curadora da parte agravante é sua própria genitora. Sustenta que os autos da interdição estão arquivados há anos, de forma que a demora em retornar sua tramitação causará prejuízos à agravante, cujas necessidades básicas foram totalmente custeadas pela mãe entre 2006 a 2014.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento, determinando-se a expedição de alvará de levantamento.

Intimada, a parte agravada deixou de apresentar contraminuta.

O i. representante do Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento do recurso (ID 159434497).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Extraí-se dos documentos anexados a condenação do INSS à implantação de benefício de prestação continuada, a partir de 16.01.2006, com parcelas em atraso corrigidas monetariamente e com a incidência de juros de mora, além de honorários advocatícios.

Na fase de cumprimento de sentença, tendo sido depositado pelo INSS o valor do cálculo acolhido, o Juízo de origem deferiu o levantamento de honorários contratuais. Porém, determinou que o montante devido à agravante (interditada) fosse remetido ao Juízo da Interdição, para que lá fosse analisado o levantamento.

Verifico que a ora agravante é representada por sua genitora, nomeada sua curadora em regular processo de interdição (ID 152132613).

Nesse contexto, saliento a previsão contida na Lei 8.213/91, que dispõe em seu artigo 110, “caput”:

“Art. 110. O benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será feito ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a 6 (seis) meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento.”

Não obstante o posicionamento do i. representante do Ministério Público Federal, o entendimento deste relator é no sentido de que, não havendo indícios de qualquer conflito de interesses entre a beneficiária e sua genitora, bem como considerando o caráter alimentar da verba em discussão, afigura-se possível o levantamento da quantia depositada. Entretanto, a curadora não se eximirá de realizar a prestação de contas perante o Juízo da interdição, caso exigido.

Neste sentido, trago o entendimento desta c. Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCAPAZ. LEVANTAMENTO DE VALORES. CURADOR. POSSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE CONTAS. JUÍZO DA INTERDIÇÃO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC.
2. Tratando-se de verba de natureza estritamente alimentar o curador, tem o poder para administrá-la em prol da subsistência do incapaz.
3. Nos termos do artigo 1.753 c/c o artigo 1.774 ambos do Código Civil, o curador não pode conservar em seu poder dinheiro do curatelado, além do necessário para o seu sustento, educação e administração de seus bens. Também, o artigo 1.755 do referido diploma legal determina que os curadores deverão prestar contas de sua administração ao juiz da interdição.
4. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001201-53.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARIA LUCIA LENCastre URSAIA, julgado em 17/07/2019, Intimação via sistema DATA: 19/07/2019)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES EM ATRASO. CURADOR. POSSIBILIDADE.

- O Código Civil (arts. 1.753/4 e 1.774) autoriza o curador a levantar o montante necessário para a subsistência do incapaz, cabendo a prestação de contas de sua administração ao juízo da interdição.
 - *No caso, a agravante faz jus ao levantamento da quantia depositada, devendo, porém, o Juízo a quo oficial ao Juízo da interdição, a fim de que a curadora preste contas da quantia levantada.*
 - Agravo de Instrumento provido.” (TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029941-21.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 06/05/2020, Intimação via sistema DATA: 08/05/2020) (Grifou-se).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES PELA CURADORA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Após o regular trâmite da ação de conhecimento, a agravante teve reconhecido o direito à concessão do benefício assistencial. Iniciada a fase executiva, foi proferida a r. decisão agravada, a qual deferiu a expedição de alvará judicial somente em relação aos honorários advocatícios, sendo o valor pertencente à autora transferido para conta judicial vinculada ao processo de interdição daquela.

Sem razão o impedimento do levantamento dos mencionados valores, haja vista que o numerário discutido nos presentes autos não se encontra jungido ao processo de interdição, caracterizando verba de natureza alimentar, cujo curador possui poder para administrar em função da subsistência do incapaz.

Destarte, não há que se falar na imposição de condicionantes para o levantamento dos valores pertencentes à segurada interditada, os quais devem ser administrados por seu curador regularmente constituído. Entretanto, ainda que o direito ao levantamento dos valores pelo curador independa da comprovação da necessidade de se efetuar despesas com o incapaz, não obsta o dever de prestar contas perante o Juízo a quo, caso assim seja eventualmente exigido.

Recurso provido.” (TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010688-81.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOAO BATISTA GONCALVES, julgado em 03/09/2020, Intimação via sistema DATA: 04/09/2020) (Grifou-se).

Ao Juízo de origem, cabe o ato de comunicar o levantamento ao Juízo da interdição, para que ali sejam tomadas as providências pertinentes ao caso.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5004347-34.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BRAGANÇA PAULISTA/SP - JEF

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TUPÃ/SP - JEF

Parte Autora: LAERCIO APARECIDO PAULINO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/06/2021

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL ADJUNTO. ART. 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECUSA NO CUMPRIMENTO PRESENCIAL QUE SE TEM COMO CORRETA.

- Tratando-se de divergência entre juízos de Juizados Especiais Federais vinculados a esta Corte em matéria previdenciária, a atribuição para análise do conflito de competência é desta 3.^a Seção, e não da Turma Recursal correspondente. Precedentes.

- Discussão a respeito da forma pela qual se deve conferir cumprimento a carta precatória que se insere no âmbito de cognição do conflito de competência, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência fixou-se no sentido de que referido instrumento processual também abrange controvérsias sobre a atribuição para cumprir determinados atos processuais.

- Conhecimento do conflito de competência.

- Divergência que, em linha de princípio, encontraria solução por meio do art. 267 do Código de Processo Civil, que estabelece as hipóteses de recusa do cumprimento de carta precatória, em rol que se tem como exaustivo, no qual não incluída a hipótese em que o ato deprecado pode ser realizado por videoconferência, encaminhando-se o desfecho do conflito para o julgamento de procedência, viabilizando-se a exigência de o ato ocorrer de forma presencial, sob a condução do deprecado.

- Constante modernização dos meios tecnológicos, ainda não plenamente disponíveis no momento em que redigido o art. 267 do Código de Processo Civil, que permitiu avanços significativos acerca do uso da ferramenta da videoconferência, consoante registrado no Provimento nº 1/2020 – CORE, sendo inviável, portanto, que à época se tivesse tal hipótese incluída no dispositivo em epígrafe.

- Especial estímulo que tem sido dado pelos órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle (Conselho Nacional de Justiça) e supervisão (Conselho da Justiça Federal) da atuação administrativa do Poder Judiciário Federal, no sentido da utilização da videoconferência na realização de audiências, que viabiliza a racionalização de recursos, o trâmite processual mais rápido e, por decorrência, o exercício da jurisdição de modo mais adequado.

- Específico contexto atualmente vivenciado pelo mundo, que diz respeito à pandemia do novo coronavírus (COVID-19), de que decorrente o obrigatório fortalecimento do uso de meios digitais para a realização de atos processuais, como medida que se tem mostrado adequada para garantir a continuidade da jurisdição e a segurança de todos

os envolvidos, à vista da necessidade de se manter o distanciamento social, consoante as recomendações de autoridades internacionais.

- Regulamentações administrativas tanto desta Corte quanto dos órgãos superiores de controle do Poder Judiciário, no sentido de se maximizar o uso de formas eletrônicas de comunicação e realização de atos processuais, exceção feita às hipóteses em que isso se mostrar comprovadamente inviável.

- Compreensão de que, acaso prevalente o formato pretendido pelo juízo que recusa o cumprimento da providência por videoconferência, ter-se-ia hipótese em que se araste ainda mais a tramitação de feito de natureza previdenciária, fazendo com que o segurado eventualmente venha a ficar no aguardo por muito mais tempo, a depender das idas e vindas em todo o estado entre as fases do Plano São Paulo e a perspectiva de que possa se prolongar tal cenário, diante das notícias de possível agravamento da excepcional situação de emergência de saúde pública em que se encontra o país, em razão da pandemia decretada em decorrência do Coronavírus – COVID-19.

- Linha de atuação que, inclusive, privilegia uniformização de entendimentos em toda a 3.^a Região, evitando-se, assim, problemática anterior mesmo à superveniência da pandemia, no sentido de que juízos que realizavam as oitivas deprecadas por outros sem o recurso de videoconferência acabavam assoberbados, porque, por vezes, realizavam as próprias oitivas sem as deprecavam ou, quando as deprecavam, acabavam por ter o respectivo cumprimento negado. Precedentes.

- Conflito negativo que se julga improcedente, para reconhecer a correção da recusa de juízo em realizar audiência de forma presencial, de modo que se tenha operada a oitiva em questão pelo juízo deprecante, por meio de videoconferência, nos termos do viabilizado pelo ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Terceira Seção decidiu, por maioria, em preliminar, reafirmar a competência deste e. TRF para analisar e julgar o presente conflito, nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, DALDICE SANTANA, GILBERTO JORDAN, NELSON PORFIRIO, INÊS VIRGÍNIA e BATISTA GONÇALVES e as Juízas Federais Convocadas LEILA PAIVA e GISELLE FRANÇA. Vencidos os Desembargadores Federais LUCIA URSAIA, DAVID DANTAS, PAULO DOMINGUES e CARLOS DELGADO, o Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA e o Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, que acolhiam a preliminar de incompetência do TRF. Na sequência, a Terceira Seção decidiu, por maioria, conhecer do presente conflito, nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, LUCIA URSAIA, NELSON PORFIRIO e BATISTA GONÇALVES, as Juízas Federais Convocadas LEILA PAIVA e GISELLE FRANÇA e a Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (que proferiu voto de qualidade na forma dos artigos 22, V e 159 do RI/TRF3). Vencidos os Desembargadores Federais DALDICE SANTANA (a qual apresentou declaração de voto), DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, CARLOS DELGADO e INÊS VIRGÍNIA, o Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA e o Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, que não conheciam do conflito.

Por fim, no mérito, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar improcedente o conflito, nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora), no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, LUCIA URSAIA, DALDICE SANTANA, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO, CARLOS DELGADO e BATISTA GONÇALVES, pelos Juízes Federais Convocados LEILA PAIVA, MARCELO GUERRA e GISELLE FRANÇA e pelo Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA. Vencida a Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA, que não conheceu do conflito de competência., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo de competência entre os juízos do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Bragança Paulista e da 1.^a Vara Federal com Juizado Especial Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Tupã, nos autos de demanda em que se objetiva a revisão de aposentadoria por tempo de contribuição (Id. 153701547).

Processado o feito em epígrafe perante o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Bragança Paulista, sobreveio a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas em Tupã, nos seguintes termos:

O(A) EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) FEDERAL, DA (O) Juizado Especial Federal Cível Bragança Paulista, no uso de suas atribuições e em conformidade com as cópias que seguem anexas, DEPRECA a Vossa Excelência a OITIVA de:

1. Hermínio Martins, brasileiro, casado, portador do RG nº 4.412.448 e CPF nº 141.527.388-04, residente e domiciliado em Osvaldo Cruz –SP, a Rua Piratininga, nº 103, Centro, Cep 17700-000;
2. Massau Kawatu, brasileiro, casado, portador do RG nº 4.447.063 e CPF nº 487.984.798-49, residente e domiciliado em Osvaldo Cruz – SP, a Rua Carmini Ferrari, nº 10, bairro Promo Lar, Cep 17700-000;
3. Paulo Sergio Pasquini, brasileiro, casado, portador do RG nº 16.209.275 e CPF nº 117.254.138-84, residente e domiciliado em Osvaldo Cruz – SP, Chácara São José, Estrada da Negrinha, nº 344, Bairro da Negrinha, Cep 17700-000;

Arrolados como testemunha nos autos em epígrafe, procedendo-se à designação da data da audiência, às intimações necessárias à comunicação da data a este juízo deprecante.

Nos termos do artigo 261 do CPC/2015, solicita-se o cumprimento do ato deprecado no prazo de 30 dias, face à natureza e ao procedimento especial do Juizado Federal.

Pelo juízo do JEVA de Tupã, restou proferido despacho deste teor:

<#O cumprimento das cartas precatórias submete-se a pauta de audiências previdenciárias deste Juízo, atualmente posicionada para 02/12/2020. Há, ainda, em virtude da suspensão da realização de audiências em parte do período de teletrabalho, 290 ações aguardando designação de audiência. A previsão é de que o ato deprecado se realize no mês de setembro de 2021. Todavia, caso pretenda que seja realizada por videoconferência – agendamento no SAV, poderá o juízo deprecante, tomar as providências pertinentes e solicitar ao Setor Administrativo deste Fórum a preparação dos equipamentos a fim de possibilitar a realização do ato.

Comunique-se ao Juízo deprecante o número do ramal telefônico da sala de videoconferência, bem como o nome e telefone do serventuário que auxiliará na realização da videoconferência.
Servidor: Marco Antonio Teixeira de Melo
Telefone/ramal: (14) 3404-4300 ou (14) 3404-4305.
Comunique-se o Juízo deprecante, servindo este despacho de ofício.#>

Ante petição da parte autora que insistiu na oitiva na forma presencial, prolatou-se o *decisum* que segue transcrito, proveniente do JEF de Bragança Paulista:

<#Em resposta ao teor do documento anexado no evento 27, solicite-se ao Juízo deprecado, por e-mail, o cumprimento do ato tal como deprecado, isto é, que as testemunhas sejam ouvidas pelo juizado de Tupã, conforme solicitado na carta precatória nº 6329000004/ 2020, encaminhando-se cópia deste despacho.#>

Decisão colhida no âmbito do JEVA de Tupã, rejeitando o cumprimento da carta precatória:

<#Trata-se de carta precatória expedida pelo Juizado Especial Federal de Bragança Paulista/SP para inquirição de testemunhas perante este Juizado Especial Federal adjunto de Tupã/SP. Instado a realizar o ato por videoconferência, o Juízo deprecante insistiu no cumprimento do ato na forma deprecada.

Rejeito cumprimento da carta, porque desnecessária a realização do ato perante este Juízo deprecado.

A videoconferência é meio adequado posto à disposição dos Juízos Federais da 3ª Região para realização de audiências destinadas à inquirição de testemunhas residentes fora da sede do Juízo, circunstância a afastar, inclusive, a necessidade de expedição de carta precatória. A legislação admite a prática de atos processuais por videoconferência e a Resolução CNJ 354/2020 dispõe, em seu art. 4º, § 2º, que a expedição de precatória, nos moldes da presente carta, é medida a ser evitada, salvo impossibilidade técnica ou dificuldade de comunicação, circunstâncias que não se verificam.

Restitua-se esta carta à origem, com os cumprimentos deste Juízo. #>

Suscitado o conflito de competência por decisão proveniente do magistrado titular do JEF de Bragança Paulista, de conteúdo reproduzido abaixo:

<#Trata-se de carta precatória com a finalidade de oitiva de testemunhas, expedida em ação ajuizada contra a INSS, com em pedido de revisão de benefício previdenciário, com reconhecimento de períodos trabalhados em atividade rural, em regime de economia familiar. No processo nº 0002084-13.2019.4.03.6329, em decorrência de pedido da parte autora, foi expedida carta precatória para Juizado Federal Adjunto Tupã/SP com a finalidade de oitiva de testemunhas.

Ocorre que referido juízo se recusou a dar cumprimento à carta precatória, conforme se observa no despacho proferido (Evento 14) em 09/12/2020, verbis: “rejeito cumprimento da carta, porque desnecessária a realização do ato perante este Juízo deprecado.” (Grifo e destaque nossos). É o relatório.

A recusa do juízo deprecado em cumprir a precatória não encontra respaldo legal.

O regramento legal relativo às cartas precatórias encontra-se nos artigos 260 a 268 do Código de Processo Civil.

As situações em que o juiz pode recusar o cumprimento da carta precatória estão elencadas no art. 267 do CPC. Saliente-se que as hipóteses de recusa de realização do ato deprecado são *numerus clausus*.

Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:

I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais;

II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;

III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente. Por outro lado, a expressão “admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência”, contida no § 3º do artigo 236 do CPC, traduz mera faculdade do juízo em utilizar o mencionado recurso tecnológico.

A disposição sobre realização de atos processuais por intermédio de videoconferência, contida no Provimento nº 13, de 15.03.2013, do Conselho da Justiça Federal – CJF, não tem o condão de modificar regra prevista no Código de Processo Civil.

Assim, tendo este juízo optado por deprecado a oitiva das testemunhas arroladas nos autos de origem, o juízo deprecado poderá recusar o cumprimento da carta precatória apenas diante das hipóteses listadas no artigo 267 do CPC, o que não ocorreu no presente caso.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se manifestou especificamente sobre a questão, em recente decisão monocrática proferida em conflito de competência:

“(...) Não se afasta, por certo, a possibilidade de realização de audiência por videoconferência, no intuito de otimizar a agilidade na entrega da tutela jurisdicional – sucede, contudo, que se trata de faculdade oportunizada ao magistrado presidente da causa, que há de ser analisada sob o crivo do binômio conveniência e oportunidade. Não constitui, dessa forma, expediente de indispensável observância, como parece compreender o magistrado suplicado. Ademais, as hipóteses de recusa ao cumprimento de carta precatória encontram-se taxativamente previstas na legislação processual, precisamente no artigo 267 do Código de Processo Civil, e não podem ser ampliadas ao exclusivo alvedrio do órgão judicante, como ocorre na hipótese em tela.(...) (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) nº 5020582-13.2020.4.03.0000. TRF3 – 3ª Seção. DJe: 06/08/2020). (Grifos e destaques nossos)

No mesmo sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. OITIVA DE TESTEMUNHA. CARTA PRECATÓRIA. VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECUSA INFUNDADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO.

I - O art. 267 do CPC/2015 possui rol taxativo de recusa para o cumprimento de carta precatória.

II - A prática de atos processuais por videoconferência é uma faculdade do juízo deprecante, não competindo ao juízo deprecado a determinação de forma diversa da realização de audiência.

III - Conflito de competência conhecido para declarar competente para a causa o Juízo Federal da 2ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Pouso Alegre/MG. (STJ - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 165.381 - MG (2019/0117619-7). PRIMEIRA SEÇÃO. DJe: 14/06/2019).” (Grifos e destaques nossos)

“PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RECUSA DE CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA: CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE A CARGO DO JUÍZO DA AÇÃO. DEVOLUÇÃO DA DEPRECATA SEM RAZÕES LEGAIS PARA O NÃO CUMPRIMENTO: IMPOSSIBILIDADE.

1. A recusa do Juízo suscitado em cumprir carta precatória expedida pelo Juízo suscitante, ao argumento de que a colheita da oitiva das testemunhas dever-se-ia ocorrer por meio de videoconferência presidida pelo próprio Juízo deprecante, não prospera.

2. A interpretação dada pelo Juízo suscitado ao disposto no artigo 222, §3º, do Código de Processo Penal e ao artigo 3º da Resolução nº 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, da imperatividade em se realizar audiência por videoconferência revela-se equivocada. Os

preceitos mencionados não obrigam o Juízo suscitante à realização de audiência por videoconferência, ao revés, facultam o uso de tal procedimento.

3. Embora seja possível a realização da audiência de oitiva das testemunhas por meio de videoconferência, não há como negar a possibilidade de que seja feita também com a oitiva pelo próprio Juízo deprecado. E a decisão sobre a conveniência e oportunidade acerca da realização da oitiva das testemunhas por meio de videoconferência cabe, evidentemente, ao Juízo da ação, e não ao Juízo deprecado.

4. O Código de Processo Penal não contém norma expressa disciplinando a possibilidade de recusa do cumprimento de cartas precatórias. Assim, por força da norma constante de seu artigo 3º, aplicasse o artigo 209 do Código de Processo Civil. O Juízo suscitado não declina quaisquer razões legais supratranscritas para a recusa do cumprimento da carta precatória. Destarte, incabível a devolução da deprecata sem o devido cumprimento.

5. Conflito procedente.

4. Conflito procedente.

(TRF3 - CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 14.735 - PROCESSO Nº 0028925-64.2012.4.03.0000 - PRIMEIRA SEÇÃO. DJe: 19/02/2013).” (Grifos e destaques nossos)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CARTA PRECATÓRIA. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS.

Ao juiz da causa cabe a direção do processo, por isso, não pode o juízo deprecado recusar-se a dar cumprimento à carta precatória para inquirição de testemunha expedida pelo juízo deprecante, quando esta obedeceu os requisitos legais e não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 209 do Código de Processo Civil. (TRF4 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2000.04.01.063801-5 - TERCEIRA SEÇÃO. DJe: 18/10/2000).” (Grifos e destaques nossos)

Em síntese, ao tentar impor ao juízo deprecante a oitiva de testemunhas por vídeo conferência, o juízo deprecado transforma o operador deôntico “Permitir”, insculpido no § 3º do artigo 236 do CPC, no operador deôntico “Obrigar”. A prevalecer referido posicionamento, haverá destruição do sistema da lógica deôntica e frontal ofensa ao princípio da legalidade.

Por todo o exposto, ante a constatação de irregularidade na recusa do juízo deprecado no cumprimento da carta precatória expedida por este juízo e com a finalidade de ver a carta precatória devidamente cumprida pelo juízo deprecado, SUSCITO CONFLITO DE COMPETÊNCIA em face da Juizado Especial Federal Cível Adjunto Tupã/SP, determinando a remessa do feito ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com fundamento no artigo 108, I, ‘e’, da CF combinado com artigo 66, II, do novo CPC.

Providencie a serventia a remessa de cópia integral dos autos por meio eletrônico, expedindo-se ofício.

Após, remetam-se estes autos ao arquivo temporário, devendo permanecer sobrestados até que seja noticiado o julgamento do incidente.

Intimem-se.#>

Despacho de Id. 153899579, *in verbis*:

Vistos.

Já se encontrando informado o presente conflito, restando, portanto, desnecessária a providência indicada no art. 954 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Nos termos do art. 955, *caput*, igualmente do CPC, designo o Juizado Especial Federal Cível Adjunto da Subseção Judiciária de Tupã, para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Com o retorno dos autos, conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

Manifestação do Ministério Público Federal, sob Id. 154641494, pelo “*prosseguimento do feito*”.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Com razão o juízo ora suscitado, no conflito aqui sob julgamento.

De saída, pese embora a questão não tenha sido trazida no decorrer do processamento deste incidente, tratando-se de divergência entre juízos de Juizados Especiais Federais vinculados a esta Corte, cumpre reafirmar a atribuição desta 3.^a Seção – e não da Turma Recursal correspondente – para o seu julgamento, nos termos dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3.^a REGIÃO PARA O JULGAMENTO.

- Prevalência do entendimento majoritário da Seção especializada de que, em se tratando de conflito negativo de competência protagonizado por juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais, cumpre a esta Corte Regional, e não à Turma Recursal que os abarcam, a solução do dissídio, a teor do disposto no artigo 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal, e do contido no precedente tirado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar, em 26 de agosto de 2009, o Recurso Extraordinário 590.409-1/RJ.

EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DE DEMANDA PREVIDENCIÁRIA FORMULADA JUNTO AO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE AVARÉ. REITERAÇÃO DA PRETENSÃO PERANTE O RECÉM INSTALADO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE OURINHOS, LOCALIDADE EM QUE DOMICILIADO O SEGURADO. INOCORRÊNCIA DE PREVENÇÃO DO PRIMEIRO JUÍZO.

- Competência absoluta do Juizado Especial Federal de Ourinhos, nos exatos termos do artigo 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001 - “No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta” -, que afasta a aplicação do previsto no artigo 253, inciso II, primeira parte, do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei 11.280/2006 - “distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido”.

(TRF3, 3.^a Seção, CC nº 0036020-48.2012.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, julgado em 23/05/2013)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. JUÍZO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE BRAGANÇA PAULISTA – SP E JUÍZO DA 1.^a VARA-GABINETE DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL ADJUNTO DE CATANDUVA - SP. COMPETÊNCIA DESTA CORTE REGIONAL PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO. CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PELO JUÍZO SUSCITANTE PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO SUSCITADO. CONTROVÉRSIA ADMINISTRATIVA. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

- Compete a esta Corte Regional a solução de conflito negativo de competência protagonizado por Juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais desta Terceira Região (CC n. 2012.03.00.036020-0, Rel. Therezinha Cazerta, j. 23/5/2013; CC n. 2012.03.00.016970-5, Rel. Baptista Pereira, j. 9/8/2012).

- Conflito de competência deflagrado para dirimir controvérsia entre o Juízo do Juizado Especial Federal Cível de Bragança Paulista – SP, que expediu carta precatória para oitiva de testemunhas domiciliadas em municípios que integram a jurisdição do Juízo da 1ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal Adjunto de Catanduva – SP, a fim de instruir ação previdenciária em curso no Juízo suscitante, e o Juízo deprecado.
 - A situação narrada, em que o juízo deprecado solicitou ao Juízo deprecante que informasse a melhor data para a realização da audiência por meio de videoconferência, fato que foi considerado como recusa do cumprimento pelo Juízo deprecante, não justifica a instauração de conflito de competência, porquanto não há divergência de competência, nos termos do que dispõe o artigo 66 do Código de Processo Civil (CPC).
 - Hipótese em que se constata a existência de “conflito de atribuições”, por não ter havido recusa à competência para a prática do ato deprecado, mas, sim, objeção a seu cumprimento nos termos em que foi deprecado. Situação cuja solução permeia, única e exclusivamente, o bom senso na condução processual, podendo desafiar ato correicional.
 - O conflito negativo de competência não se presta a dirimir a controvérsia administrativa entre os juízes envolvidos. Precedentes desta Terceira Seção.
 - Conflito de competência não conhecido.
- (TRF3, 3.ª Seção, CC nº 5029967-82.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. Daldice Santana, julgado em 24/02/2021)

Ultrapassada a questão competencial, oportuno registrar haver divergência de entendimentos nesta 3.ª Seção com relação ao conhecimento de conflitos como o presente, coexistindo, quanto ao ponto, teses a respeito tanto da viabilidade quanto da impropriedade de se utilizar referido instrumento processual para dirimir controvérsia sobre a forma de cumprimento de carta precatória.

Mais precisamente, a controvérsia posta nestes autos diz respeito a se determinado juízo deprecado – no caso, o JEVA de Tupã, aqui suscitado – pode rejeitar o cumprimento de carta, fazendo-o sob o fundamento de que o ato deprecado – em particular, a oitiva de testemunhas – comporta realização por meio de videoconferência, sob a condução do juízo deprecante – *in casu*, o Juizado Especial Federal de Bragança Paulista, ora suscitante.

A esse respeito, no voto condutor proferido por ocasião do feito de reg. nº 5029967-82.2020.4.03.0000, a Excelentíssima Desembargadora Federal Daldice Santana, citando precedentes e em caso semelhante ao presente, expressou compreensão – acompanhada, na hipótese, pela maioria da 3.ª Seção, com votos divergentes incluindo o desta Relatora, conforme certidão que segue – de que inexistiu conflito de competência, mas sim mero conflito de atribuições, *“por não ter havido recusa à competência para a prática do ato deprecado, mas, sim, objeção a seu cumprimento nos termos em que foi deprecado”*:

O Juízo deprecado respondeu à carta precatória solicitando ao Juízo deprecante informar a melhor data para a realização da audiência por meio de videoconferência.

Por sua vez, o Juízo Federal da Vara do Juizado Especial Cível de Bragança Paulista/SP, deprecante e ora suscitante, informou que o § 3º do artigo 236 do Código de Processo Civil (CPC) confere-lhe a faculdade de realizar a oitiva da testemunha por videoconferência, tendo ele, na qualidade de deprecante, optado pela expedição da respectiva carta precatória para que o Juízo deprecado praticasse o ato. Ressaltou, ainda, que o Juízo deprecado somente poderia recusar a prática do ato nas hipóteses do artigo 267 do CPC.

O Juízo deprecado reiterou a possibilidade de realização do ato por videoconferência e invocou a Portaria Conjunta PRES/CORE n. 10, de 03 de julho de 2020, a qual dispõe sobre medidas necessárias ao restabelecimento gradual das atividades presenciais no âmbito do

Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e Mato Grosso do Sul, em razão da emergência de saúde pública decorrente do novo Coronavírus (COVID-19).

Na sequência, foi levantado este conflito de competência pelo próprio Juízo deprecante.

Contudo, na minha compreensão, a situação narrada não justifica a instauração de conflito de competência, já que, nesta hipótese, não há divergência de competência, nos termos do que dispõe o artigo 66 do Código de Processo Civil (CPC).

Na realidade, o que se constata nessa situação é a existência de “conflito de atribuições”, por não ter havido recusa à competência para a prática do ato deprecado, mas, sim, objeção a seu cumprimento nos termos em que foi deprecado.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a Egrégia 3ª Seção, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada em 11/02/2021, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção decidiu, por maioria, competir a esta Corte Regional a solução de conflito negativo de competência protagonizado por Juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais desta Terceira Região e, no mérito, também por maioria, não conhecer do presente conflito, nos termos do voto da Desembargadora Federal DALDICE SANTANA, tendo sido acompanhada integralmente pelos Desembargadores Federais DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES e INÊS VIRGÍNIA, e pela Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA, bem como pelos Desembargadores Federais CARLOS DELGADO e NEWTON DE LUCCA e o Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES, os quais acompanharam a Desembargadora Federal Daldice Santana pelo não conhecimento do conflito, ficando vencidos apenas na preliminar, uma vez que declinavam da competência para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de São Paulo.

Restaram vencidos os Desembargadores Federais LUIZ STEFANINI (Relator), NELSON PORFIRIO, BATISTA GONÇALVES, BAPTISTA PEREIRA, THEREZINHA CAZERTA e SÉRGIO NASCIMENTO, que julgavam improcedente o conflito de competência, a fim de firmar a competência do MMº Juízo suscitante.

Lavrará o Acórdão a Desembargadora Federal DALDICE SANTANA.

Participaram da Sessão de Julgamento os(as) Exmos(as). Senhores(as) Desembargadores(as) Federais:

BAPTISTA PEREIRA, NEWTON DE LUCCA, THEREZINHA CAZERTA, SÉRGIO NASCIMENTO, LUIZ STEFANINI, DALDICE SANTANA, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, NELSON PORFIRIO, CARLOS DELGADO, INÊS VIRGÍNIA, BATISTA GONÇALVES, Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA e Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES.

Ausente nesta sessão, justificadamente, a Desembargadora Federal LUCIA URSAIA.

Inobstante referido entendimento, também presente em precedentes desta 3.ª Seção, consoante citação levada a efeito no voto condutor, entende-se por, respeitosamente, dele divergir, porquanto a questão aqui posta se reveste, efetivamente, de forma propriamente de conflito de competência, não se estando a cuidar de simples divergência administrativa entre os juízos.

Isso porque, em síntese, a interpretação restritiva do vocábulo competência, para fins do manejo do instrumento processual sob análise – fazendo-o, portanto, de modo que só seja possível suscitar o conflito se há uma divergência sobre a que juízo caberá conferir solução ao processo –, não encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, paulatinamente, tem entendido que o tema também abrange controvérsias sobre a atribuição para cumprir determinados atos processuais, inclusive no que diz respeito à forma como eles devem ser realizados.

Veja-se, por exemplo, que julgados da E. Corte Superior têm perfilhado o conhecimento de conflitos de competência em que discutida a atribuição para se degravar inquirição de testemunha no processo civil, realizada por meio audiovisual – aspecto, portanto, que nem diz respeito ao deslinde verdadeiramente dito do caso de fundo, nem revela mesmo discordância sobre se o ato deve ser realizado ou não, mas atine, precisamente, à forma segundo a qual deve ser produzido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERTEMPORAL. CARTA PRECATÓRIA. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. DEPOIMENTO. DEGRAVAÇÃO. ART. 460 DO CPC/2015. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECANTE.

1. Cinge-se a controvérsia a definir o juízo competente para a degravação de depoimento colhido nos autos de carta precatória por sistema audiovisual na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

2. O cumprimento de carta precatória é composto por diversos atos, os quais possuem suficiente autonomia para não serem considerados um ato único, mas sim como vários procedimentos isolados, aos quais é possível a aplicação de norma processual superveniente.

3. Na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a colheita de prova testemunhal por gravação passou a ser um método convencional, ficando a degravação prevista apenas para hipóteses excepcionais em que, em autos físicos, for interposto recurso, sendo impossível o envio da documentação eletrônica.

4. Em caso de precatória inquiritória, a gravação dos depoimentos colhidos em audiência pelo método audiovisual é suficiente para a devolução da carta adequadamente cumprida.

5. Na hipótese excepcional de se mostrar necessária a degravação, deverá ser realizada pelo juízo deprecante ou pela parte interessada.

6. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 12ª Vara Cível de São Paulo.

(STJ, CC nº 150.252/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2.ª Seção, julgado em 10/06/2020)

Colhe-se da jurisprudência do STJ, nessa exata mesma linha, casuística semelhante à presente – a envolver, inclusive, o mesmo Juizado Especial Federal Cível de Bragança Paulista, protagonizando discussão sobre a competência em caso em que deprecado juízo vinculado a outro Tribunal Regional Federal –, em que conhecido o conflito, que, reitere-se, versava sobre a possibilidade de realização de oitiva em carta precatória por videoconferência:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. OITIVA DE TESTEMUNHA. CARTA PRECATÓRIA. VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECUSA INFUNDADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO.

I - O art. 267 do CPC/2015 possui rol taxativo de recusa para o cumprimento de carta precatória. II - A prática de atos processuais por videoconferência é uma faculdade do juízo deprecante, não competindo ao juízo deprecado a determinação de forma diversa da realização de audiência.

III - Conflito de competência conhecido para declarar competente para a causa o Juízo Federal da 2ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Pouso Alegre/MG.

(STJ, CC nº 165.381/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1.ª Seção, julgado em 12/06/2019)

No mesmo sentido, isto é, pelo conhecimento de conflitos de competência que versam sobre a controvérsia aqui posta, até mesmo sob a perspectiva de se ter efetivada a jurisdição, dirimindo a dúvida a respeito do ato e, assim, permitir o prosseguimento dos feitos, os precedentes abaixo ementados:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CARTA PRECATÓRIA. RECUSA. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 267 DO CPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Juízo deprecado só pode recusar o cumprimento da carta precatória quando evidenciada uma das hipóteses previstas no art. 267 do Novo Código de Processo Civil, o que não ocorreu na espécie.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no CC 158.878/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3.^a Seção, julgado em 22/08/2018)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CARTA PRECATÓRIA. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA DETERMINADA PELO JUÍZO DEPRECADO. IMPOSSIBILIDADE. FACULDADE DO JUÍZO DEPRECANTE. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. A oitiva por videoconferência - não obstante seja medida que visa agilizar a prestação jurisdicional, recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal - é faculdade conferida ao Juízo da causa, não podendo o Juízo deprecado determinar modalidade de oitiva diversa daquela que lhe foi deprecada. 2. As hipóteses de recusa no cumprimento da carta precatória estão elencadas no art. 267 do Código de Processo Civil, aplicado supletivamente ao Processo Penal, nenhuma delas correspondendo ao caso dos autos. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 4.^a Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, o Suscitante.

(STJ, CC nº 145.457/PA, Rel. Min. Joel Paciornik, 3.^a Seção, julgado em 27/09/2017)

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA QUE RESIDE FORA DA JURISDIÇÃO DO MAGISTRADO COMPETENTE. CARTA PRECATÓRIA. RECUSA NÃO FUNDADA NAS HIPÓTESES DO ATUAL ART. 267 DO CPC. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. As hipóteses de recusa de cumprimento de carta precatória constituem rol taxativo e tinham previsão no então art. 209 do Código de Processo Civil, correspondente ao atual art. 267 do novo diploma legal, isto é, ao juízo deprecado somente é permitido devolver carta precatória quando não estiver revestida dos requisitos legais, quando carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia ou, ainda, quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade, não estando, no caso em exame, a recusa do Juízo suscitado respaldada por nenhuma das hipóteses legais.

2. “Conquanto recomendável seja realizada por videoconferência, não compete ao Juízo deprecado determinar forma de audiência diversa daquela delegada, recusando-se assim ao cumprimento da deprecata” (CC 135.834/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 31/10/2014).

3. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 4.^a Vara da Seção Judiciária do Amazonas, o suscitado.

(STJ, CC 148.747/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 3.^a Seção, julgado em 23/11/2016)

Cabe reafirmar, no mais, que o conflito de competência se mostra como o único instrumento processual viável para se sanar tal situação, porquanto ausente quaisquer outros tipos de providências a tanto – ainda que se viesse a cogitar do eventual cabimento de correção parcial na hipótese, a ser resolvida na via administrativa, exigiria que as próprias partes manejassem a referida medida –, de modo que o não conhecimento do dissídio implicaria na manutenção da controvérsia e a paralisação dos feitos, circunstância que não se mostra desejável inclusive por se tratar, na espécie, de pretensão envolvendo benefício de caráter alimentar.

Dessa forma, compreendendo que a controvérsia presente nestes autos, a respeito do modo de cumprimento de ato deprecado, inclui-se no escopo de aplicação do instrumento processual do conflito de competência, voto no sentido de tê-lo por conhecido, passando, portanto, à análise de seu mérito propriamente dito, para o caso de, com a devida vênia, restar prevalecente a tese em questão.

Como visto, a questão que se coloca é se o juízo deprecante, aqui suscitante, pode determinar o formato pelo qual será realizado o ato instrutório – em particular, se a oitiva de testemunhas deve ser realizada presencialmente, sob a condução do deprecado; ou por videoconferência, sob a condução do deprecante.

Sob a perspectiva legislativa, a questão encontraria, em linha de princípio, solução por meio do art. 267 do Código de Processo Civil, que estabelece as hipóteses de recusa do cumprimento de carta precatória, em rol que se tem como exaustivo, nos termos dos precedentes acima citados, pelo que o caso destes autos não se incluiria, *a priori*, nas hipóteses do dispositivo citado, encaminhando-se o desfecho do conflito, então, para o julgamento de procedência, viabilizando-se a exigência, feita pelo suscitante, de o ato ocorrer de forma presencial, sob a condução do deprecado.

Quadra salientar entretanto, situações supervenientes ao dispositivo legal, que merecem consideração com o objetivo de se resolver a presente controvérsia.

Por primeiro, a constante modernização dos meios tecnológicos, ainda não plenamente disponíveis no momento em que redigido o dispositivo legal – ao menos no âmbito desta 3.^a Região, a evolução experimentada a esse respeito, que acabou se dando nos últimos anos, permitiu avanços significativos acerca do uso da ferramenta da videoconferência, consoante registrado até mesmo no recente Provimento nº 1/2020 – CORE, valendo reproduzir excerto da Exposição de Motivos:

A seguir, como grande inovação de procedimento, foi dispensado, de regra, o uso de cartas precatórias entre unidades judiciárias da 3.^a Região (art. 243).

Com efeito, no âmbito do PJe já se adota, por prática, que atos de mera ciência a serem praticados em Subseções Judiciárias diversas não sejam deprecados ao Juízo da localidade, mas sim encaminhados diretamente à Central de Mandados (ou a quem atribuído este perfil no sistema) a que seria ordenado o cumprimento do ato deprecado.

A experiência nesta gestão revelou que esta metodologia tem produzido bons resultados em termos de celeridade processual. Alinhada a esta constatação, foram recebidas sugestões para que o procedimento fosse estendido a todo tipo de mandado judicial. Os estudos deste órgão sobre o assunto indicaram que este arranjo normativo, de fato, seria possível, graças à nova ferramenta de videoconferência disponibilizada na 3.^a Região. Logo, considerando que, salvo impossibilidade material excepcional (art. 243, §3º), o Juízo deprecado não possui qualquer atuação relativa aos atos deprecados que não a determinação do respectivo cumprimento (as salas passivas de videoconferência não necessitam de qualquer intervenção das unidades judiciárias deprecadas), afigurava-se pertinente e útil a supressão da intermediação entre Juízo deprecante e Central de Mandados.

Vale destacar, contudo, que a dispensa é restrita aos casos em que deprecante e deprecado são órgãos judiciários da 3.^a Região, uma vez que a lógica acima exposta não seria aplicável a Juízos externos.

Ainda na Consolidação Normativa da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 3.^a Região, no capítulo relacionado às rotinas e procedimentos de processamento judicial em geral houve a seguinte contemplação:

Seção XI

Da Prática de Atos Processuais por Videoconferência

Art. 250. É permitida a prática de atos processuais por videoconferência, nos termos da legislação processual.

Parágrafo único. A realização de audiências de custódia por videoconferência observará, ainda, o disposto nos arts. 272 a 279.

Art. 251. O uso da estrutura de videoconferência da 3ª Região será organizado por agendamento no sistema próprio, conforme regulamentação expedida pela Presidência do Tribunal.

Parágrafo único. O uso subsidiário de softwares alternativos de transmissão de imagem e som em tempo real pelas unidades judiciárias e Centrais de Conciliação seguirá norma própria.

Art. 252. A operação das salas passivas de videoconferência é de competência do setor de apoio administrativo local.

Parágrafo único. A atribuição prevista no *caput* abrange, dentre outras providências: (Incluído pelo Provimento CORE 02/2020)

I - agendamento do ato processual no sistema de videoconferência; (Incluído pelo Provimento CORE 02/2020)

II - qualificação de réus e testemunhas; (Incluído pelo Provimento CORE 02/2020)

III - assistência ao manuseio de instrumentos de imagem e som durante a videoconferência; (Incluído pelo Provimento CORE 02/2020)

IV - eventuais outras medidas de auxílio determinadas pelo Juízo. (Incluído pelo Provimento CORE 02/2020)

Válido destacar, também, o especial estímulo que tem sido dado pelos órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle (Conselho Nacional de Justiça) e supervisão (Conselho da Justiça Federal) da atuação administrativa do Poder Judiciário Federal, no sentido de sua utilização, porquanto viabilizam a racionalização de recursos, o trâmite processual mais rápido e, por decorrência, o exercício da jurisdição de modo mais adequado.

Por fim, convém não olvidar o específico contexto atualmente vivenciado pelo mundo e que sobreveio em momento posterior à expedição da precatória, datada de 18/2/2020, que diz respeito à pandemia do novo coronavírus (COVID-19), que, como é de conhecimento, traduziu-se em obrigatório fortalecimento do uso de meios digitais para a realização de atos processuais, como medida que se tem mostrado adequada para garantir a continuidade da jurisdição e a segurança de todos os envolvidos, à vista da necessidade de se manter o distanciamento social, consoante as recomendações até mesmo de autoridades internacionais, a exemplo da Organização Mundial de Saúde.

Nesse ínterim, sobrevieram regulamentações administrativas tanto desta Corte quanto dos órgãos superiores de controle do Poder Judiciário, no sentido de se maximizar o uso de formas eletrônicas de comunicação e realização de atos processuais, exceção feita às hipóteses em que isso se mostrar comprovadamente inviável.

Confira-se, a propósito, o disposto no art. 5º, inciso IV, da Resolução CNJ nº 322, de 01/06/2020:

Art. 5º Para a retomada dos trabalhos presenciais durante a primeira etapa, serão observadas as seguintes medidas:

[...]

IV – as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência, preferencialmente pelo sistema Webex/ CISCO disponibilizado por este Conselho, possibilitando-se que o ato seja efetivado de forma mista, com a presença de algumas pessoas no local e participação virtual de outras que tenham condições para tanto, observando-se o disposto no artigo 18 da Resolução CNJ nº 185/2013;

De igual forma, a Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10, de 3/7/2020, deste Tribunal Regional Federal, que também estabeleceu a realização preferencial das audiências por meio virtual:

Art. 8º. As audiências e sessões de julgamento deverão ser realizadas, preferencialmente, por meio virtual ou videoconferência, nos termos da Resolução 343, de 14 de abril de 2020, somente sendo realizadas por meio presencial, ou mistas, se justificadas por decisão judicial e não houver possibilidade de utilização dos sistemas atualmente disponíveis, observadas as condições necessárias de distanciamento social, limite máximo de pessoas no mesmo ambiente e atendidas as condições sanitárias recomendadas na Resolução 322 do CNJ.

De ver, a esse respeito, que o art. 4º da Resolução CNJ nº 354, de 19/11/2020, expressamente dispôs, em linha com as regulamentações em epígrafe, que a oitiva de testemunhas deve ser realizada por videoconferência, devendo-se *“evitar a expedição de carta precatória inquiritória”*:

Art. 4º Salvo requerimento de apresentação espontânea, o ofendido, a testemunha e o perito residentes fora da sede do juízo serão inquiridos e prestarão esclarecimentos por videoconferência, na sede do foro de seu domicílio ou no estabelecimento prisional ao qual estiverem recolhidos.

§ 1º No interesse da parte que residir distante da sede do juízo, o depoimento pessoal ou interrogatório será realizado por videoconferência, na sede do foro de seu domicílio.

§ 2º Salvo impossibilidade técnica ou dificuldade de comunicação, deve-se evitar a expedição de carta precatória inquiritória.

Referidos fundamentos, no mais, encontram-se também dispostos no voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Federal Luiz Stefanini nos autos de nº 5029967-82.2020.4.03.0000, aqui tomados também como razão de decidir:

O conflito, a meu sentir, é improcedente.

Por primeiro, forçoso esclarecer que a Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10, de 03.07.2020, desta Corte Regional, está baseada na Resolução nº 322, de 1º de junho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que, entre outras normas, estabeleceu que:

“[...] Art. 2º A retomada das atividades presenciais nas unidades jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário deverá ocorrer de forma gradual e sistematizada, observada a implementação das medidas mínimas previstas nesta Resolução como forma de prevenção ao contágio da Covid-19.

[...] § 4º Será preferencialmente mantido o atendimento virtual, na forma das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça referidas no § 3º deste artigo, adotando-se o atendimento presencial apenas quando estritamente necessário.

Art. 5º Para a retomada dos trabalhos presenciais durante a primeira etapa, serão observadas as seguintes medidas:

[...] IV – as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência, preferencialmente pelo sistema Webex/ CISCO disponibilizado por este Conselho, possibilitando-se que o ato seja efetivado de forma mista, com a presença de algumas pessoas no local e participação virtual de outras que tenham condições para tanto, observando-se o disposto no artigo 18 da Resolução CNJ nº 185/2017;” - grifei.

Seguindo esses mesmos princípios e fundamentos, conforme será a seguir demonstrado, a Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10, de 03.07.2020, deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região previu que durante o período de exceção decorrente da pandemia do novo Corona

Vírus (Covid 19), a presença física de magistrados, advogados, partes, funcionários, testemunhas e pessoas em geral, nas dependências dos prédios do Poder Judiciário Federal da 3ª Região, somente deve ocorrer quando absolutamente necessário à preservação de direitos, devendo, ao contrário, e, como regra, os atos jurisdicionais serem praticados pela via remota, em respeito à preservação da saúde e da vida humana.

Sobre essa questão, por ser de notório conhecimento público, é desnecessário tecer maiores argumentos, já que o planeta está diante da maior pandemia já vista em toda a história da humanidade e que já levou a óbito milhares de pessoas em todo o mundo.

Nesse sentido, apenas para ilustrar a finalidade da supra referida norma administrativa desta Corte, transcrevo os seguintes excertos:

“[...] CONSIDERANDO a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020, em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19);

CONSIDERANDO a necessidade de adoção de postura conservadora para preservação da saúde de magistrados, servidores, advogados e usuários do sistema de Justiça;

[...] Art. 1º ...

§ 1º. O retorno será realizado gradualmente e terá como premissas a preservação da saúde de magistrados, servidores, agentes públicos, colaboradores, advogados e usuários em geral, a continuidade do serviço público de natureza essencial e a manutenção, tanto quanto possível, do atendimento remoto.

[...] Art. 4º.

[...] § 4º. Enquanto a classificação da região a que pertence a Subseção Judiciária permanecer na fase 1 – Vermelha, as atividades da Justiça Federal continuarão a ser prestadas exclusivamente de forma remota, nos termos que estabelecem as Portarias Conjuntas PRES/CORE nº 1/2020, 02/2020, 03/2020, 5/2020 e 6/2020, 7/2020, 8/2020 e 9/2020, não se aplicando as normas transitórias previstas no presente ato normativo.

[...]

Art. 7º. O acesso às unidades jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário será restrito aos magistrados, servidores, estagiários, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, advogados, peritos e auxiliares da Justiça, assim como às partes e interessados que demonstrarem a necessidade de atendimento presencial.

Art. 8º. As audiências e sessões de julgamento deverão ser realizadas, preferencialmente, por meio virtual ou videoconferência, nos termos da Resolução 343, de 14 de abril de 2020, somente sendo realizadas por meio presencial, ou mistas, se justificadas por decisão judicial e não houver possibilidade de utilização dos sistemas atualmente disponíveis, observadas as condições necessárias de distanciamento social, limite máximo de pessoas no mesmo ambiente e atendidas as condições sanitárias recomendadas na Resolução 322 do CNJ.

[...]

Art. 15. Os magistrados e servidores em plantão ordinário ficam dispensados de comparecimento pessoal nos fóruns, prédios e demais unidades administrativas da Justiça Federal da 3ª Região, devendo avaliar a necessidade de comparecimento pessoal na hipótese de urgência ou risco de perecimento de direito, que ocorrerá tão somente se demonstrada a insuficiência da utilização dos sistemas eletrônicos” grifos nossos.

Feita essa breve introdução, tenho para mim por aplicável ao caso presente o disposto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro -, “verbis”:

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Pois bem, conforme se pode claramente observar de ambos os atos normativos supra destacados, expedidos pelo E. Conselho Nacional de Justiça e pela E. Presidência desta Corte, com amparo técnico na Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional

pela Organização Mundial da Saúde, em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19), o intuito evidente dessa importantíssima normatização foi o de restringir ao máximo possível o contato humano, com o fim de evitar a propagação do novo Coronavírus, deixando externada a necessidade de ser evitada a realização de atos jurisdicionais presenciais nos prédios da justiça, os quais, contudo, podem e devem ser praticados nos casos de urgência comprovada, com o fim único de preservação de direitos, e isso se não for possível a utilização dos sistemas eletrônicos de comunicação, conforme previsão dos artigos 1º, § 1º, 4º, § 4º, 8º e 15º, todos da Portaria deste Tribunal, supra transcrita.

Portanto, ao contrário do entendimento esposado pelo MMº Juízo suscitante, e, à luz da interpretação que se extrai do artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, supra transcrita, não se trata aqui de revogação de lei por norma administrativa ou de descumprimento às normas expressas dos artigos 267 e 236, § 3º, do CPC, facultando, esta última, a prática de atos por meio de videoconferência, mas sim do integral cumprimento daquela última disposição legal, quando cotejada com a situação de excepcionalidade e de emergência vivenciada atualmente por todo o planeta e que obrigou as autoridades constituídas a tomarem medidas de urgência para contenção da doença.

Em outras palavras, ainda que a norma do § 3º do artigo 236 do CPC apenas faculte a realização de atos processuais por videoconferência, é dever do Poder Judiciário, na aplicação da lei, atender os fins sociais a que ela se destina bem como às exigências do bem comum, a exigir, pois, interpretação consentânea e razoável das normas com o momento atual vivenciado por todo o planeta, com exigência de distanciamento social, e que, portanto, torna plenamente legítima a edição de norma administrativa com essa finalidade.

Da mesma forma, não se trata, tampouco, de recusa injustificada do MMº Juízo deprecado ao cumprimento da carta precatória, conforme previsto no artigo 267 do CPC, porquanto, ao contrário disso, o juízo suscitado externou preocupação com o cumprimento de norma administrativa desta Corte, de cunho voltado à saúde pública, tendo em vista a situação de emergência atualmente ainda vivenciada por toda a sociedade brasileira, e também mundial, e que naquele momento - junho/2020 - vinha crescendo a cada dia.

Por todas essas razões, e, considerando que a carta precatória em questão foi expedida em junho do ano de 2020, isto é, em fase de extremada elevação da propagação do novo Corona vírus por todo o país, entendo que o ato deprecado - de oitiva das testemunhas arroladas pela parte autora - poderia e deveria ser praticado pelo próprio MMº Juízo deprecante, por meio da utilização dos sistemas eletrônicos de comunicação disponibilizados por este Tribunal a todas as subseções judiciárias da 3ª Região.

Por fim, esclareço que os precedentes jurisprudenciais citados pelo MMº juízo suscitante não se aplicam ao caso presente, porquanto os fatos neles retratados ocorreram em período em que a existência da pandemia do novo Corona vírus sequer poderia ser imaginada.

Ante todo o exposto, à luz da excepcionalidade da situação de pandemia mundial do novo Corona vírus, julgo improcedente o presente conflito de competência, a fim de firmar a competência do MMº Juízo suscitante.

Cabe ressaltar, outrossim, que, no caso destes autos, um dos fundamentos para a utilização da via presencial, e não da videoconferência, pelo juízo suscitante, diz respeito a petição de seguinte teor, juntada aos autos originários (Id. 153701547):

LAERCIO APARECIDO PAULINO, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, por seu advogado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., informar que deseja que a oitiva de testemunhas ocorra de maneira presencial, tendo em vista a idade avançada, bem como, a simplicidade das testemunhas.

Ocorre que, por um lado, ainda que se vislumbrasse estabelecida relação direta entre as afirmações trazidas pela parte autora do feito originário, isto é, a “*idade avançada*” e a “*simplicidade*” das testemunhas, e a necessidade de se realizar o ato presencialmente, inexistiria qualquer impeditivo a que seja feita a audiência nos moldes inicialmente propostos pela magistrada de Tupã – “*caso pretenda que seja realizada por videoconferência - agendamento no SAV, poderá o juízo deprecar, tomar as providências pertinentes e solicitar ao Setor Administrativo deste Fórum a preparação dos equipamentos a fim de possibilitar a realização do ato*”.

Por outro, isto bem importando, a condição de maior idade das testemunhas, conforme sustentado, é aspecto que, ao contrário, recomenda de forma ainda mais significativa a adoção da forma virtual, porquanto, como se sabe, referida faixa etária compõe o grupo de risco e, assim, acaba sendo mais suscetível, mesmo que em processo contínuo de imunização, ao contágio e às complicações decorrentes do novo coronavírus.

Senhora Presidente, eminentes pares, a valer, o formato pretendido pelo juízo de Bragança Paulista, ora suscitante, só fará com que se arraste ainda mais a tramitação de feito de natureza previdenciária, com processamento já bastante prejudicado perante o Juizado Especial Federal, há mais de ano tendo ocorrido a depreciação inicial, fazendo com que o segurado eventualmente venha a ficar no aguardo ainda por muito mais tempo, a depender das idas e vindas em todo o estado entre as fases do Plano São Paulo e a perspectiva de que possa se prolongar tal cenário, diante das notícias de possível agravamento da excepcional situação de emergência de saúde pública em que se encontra o país, em razão da pandemia decretada em decorrência do Coronavírus – COVID-19, até com uma eventual terceira onda da doença, conforme tem sido ventilado nos meios de comunicação nos últimos dias.

No atual momento, em que nos fóruns da Justiça Federal da 3.^a Região as atividades presenciais têm se mantido suspensas por períodos consideráveis; e mesmo quando o funcionamento resta liberado, nos termos da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10, de 3/7/2020, exsurge inegável o reconhecimento de que as dificuldades sob os mais variados aspectos acabarão repercutindo em cada um dos feitos distribuídos, caso medidas como o emprego do recurso da videoconferência não venham a ser por todos adotadas, como de resto estabelecido nas normativas de natureza administrativa a que se fez menção, *supra*; carece de razoabilidade exigir do juízo ora suscitado, em meio às atividades outras que caracterizam a atuação de JEVA como o da Subseção Judiciária de Tupã, que ele próprio realize a audiência e colha a prova necessária ao deslinde da causa que será julgada pelo juízo do JEF de Bragança Paulista.

Dessa forma, mostra-se necessário construir interpretação que, a despeito do disposto no art. 267 do Código de Processo Civil e da conhecida linha jurisprudencial acima retratada – concernente, remarque-se, a situações anteriores à pandemia de COVID-19 –, venha a entender como correta a recusa realizada pelo juízo suscitado de realizar o ato de forma presencial, incumbindo, assim, ao suscitante fazê-lo na forma virtual, alinhado com as orientações do Conselho Nacional de Justiça e dos órgãos de controle desta Corte.

Trata-se de linha de atuação que, inclusive, privilegia uniformização de entendimentos na 3.^a Região, evitando-se, assim, problemática anterior mesmo à superveniência da pandemia, no sentido de que juízos que realizavam as oitivas deprecadas por outros sem o recurso de videoconferência acabavam assoberbados, porque, por vezes, realizavam as próprias oitivas sem depreca-las ou, quando as deprecavam, acabavam por ter o respectivo cumprimento negado.

É dizer, impõe-se necessário fixar entendimento jurisdicional apto a pacificar a questão, de modo a se dar suporte para que os juízos deixem de realizar audiências deprecadas

presenciais na hipótese em que viável a videoconferência, bem como passem a realizar esses atos no lugar de deprecá-los, equilibrando-se a quantidade de trabalho – fazendo-o de forma adequada ao momento em que vivemos, na direção de que cada juízo conduza, em síntese, as suas próprias audiências, sempre que viável a videoconferência, circunstância que, de mais a mais, tem o condão de imprimir maior qualidade à prova colhida e, em última instância, à solução a ser conferida no caso concreto.

Nesse sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça já acenou com mudança de posição que porventura possa vir a ocorrer, consoante se observa de recentíssima decisão proferida pela Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz, no bojo do Conflito de Competência nº 176357 - RJ (2020/0315927-5):

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL AO INTERESSADO. ART. 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO APLICÁVEL. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO DESDE A EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA. EPIDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO N. 354/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. REALIZAÇÃO DO ATO DE FORMA REMOTA. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO PARA CUMPRIR O ATO.

DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra o JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FOZ DO IGUAÇU - SJ/PR.

Narram os autos que LEONARDO ROSEMBERG COSTA AMARAL foi denunciado, perante o Juízo Suscitado, como incurso no art. 147 e 307 do Código Penal, o qual, em 08/08/2019, expediu carta precatória ao Juízo Suscitante, nos seguintes termos (fl. 14; sem grifos no original): “1.2. Intime-se o Ministério Público Federal para que, no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se acerca da possibilidade de ser proposta transação penal ao autuado, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95, apresentando, desde já, os seus termos.

I.3. Com a formulação da proposta de transação penal, expeça-se carta precatória para a Subseção Judiciária de Angra dos Reis/RJ.

com a finalidade de:

a) realização de audiência preliminar para oferecimento da proposta de transação penal ao acusado, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95 e condições oferecidas pelo *parquet* federal. Caso seja oferecida proposta de prestação pecuniária, o valor deverá ser depositado na conta de titularidade desta Subseção Judiciária, conta judicial nº 1270.005.16400-6, da Caixa Econômica Federal, comprovando-se o depósito na precatória.

b) fiscalização do cumprimento das condições acordadas e, após seu cumprimento integral, a devolução da carta precatória para declaração de extinção da punibilidade do autuado;

c) notificação do acusado para comparecer à audiência preliminar, munido das certidões de antecedentes criminais do local de sua residência e acompanhado de advogado, sendo que, em sua falta, ser-lhe-á nomeado defensor *ad hoc*.

Solicite-se ao Juízo deprecado que restitua a carta precatória caso o autuado não compareça à audiência ou não faça jus ao benefício.

II. Sendo realizada a audiência, voltem conclusos para homologação.”

Por sua vez, Juízo deprecado, em 24/11/2020, suscitou o presente conflito negativo de competência, com base nas seguintes razões (fls. 18-19; sem grifos no original):

“Este Juízo não é competente para o cumprimento do ato deprecado.

Inicialmente, convém observar que este Juízo não desconhece a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no que tange à competência do Juízo Deprecante para determinar a forma de cumprimento das cartas precatórias.

A propósito: [...] Contudo, a especificidade do momento atual me leva a crer que este entendimento não subsiste, por ora.

É que, em razão da pandemia da COVID-19, o ato deprecado só pode se realizar de forma presencial se houver decisão fundamentada do Juiz competente acerca da impossibilidade de realização pela via remota.

Esse é o entendimento que se extrai da leitura do art. 4, I, da Resolução 1 nº 322, do CNJ, art. 3º, III, da Portaria 2 nº JFRJ-PGD-2020/00024, de 17/08/2020 e art. 3º, III, da Resolução 3 nº TRF2-RSP-2020/00037, de 12 de agosto de 2020.

A breve leitura dos dispositivos normativos mencionados deixa claro que a realização do ato deprecado pela forma presencial somente pode ocorrer se houver decisão judicial fundamentada, o que não ocorre no presente caso concreto. Aliás, sequer se pode presumir a sua inviabilidade. Observa-se que o endereço declinado do autor do fato se encontra em área nobre desta Capital, a indicar, em princípio, a sua efetiva inclusão digital.

Em acréscimo, a competência excepcionalmente delegada a este Juízo deprecado somente se justifica diante da inviabilidade de prática de ato jurisdicional pelo Juiz Natural. Sendo possível ao Juiz Natural ouvir o autor do fato remotamente, via CISCOWEBEX, essa simples possibilidade exclui, por absoluto, a competência do Juiz Federal deprecado para a realização da audiência. Assim sendo, ante a ausência de decisão judicial indicando de forma concreta a inviabilidade de designar audiência remota, decisão esta que, pelas razões acima expostas, cabe ao MM. Juiz Deprecante, não pode este Juízo Deprecado designar audiência presencial, porque isso significaria contrariar a regulamentação de atos presenciais vigentes tanto nesta Seção Judiciária, quanto no Poder Judiciário em geral, podendo ensejar consequências inclusive de natureza disciplinar a esta magistrada.

[...] também se garante ao suposto autor do fato direito quanto a preservação de sua integridade física. Por isso, não parece razoável obrigá-lo a participar do ato presencial, expondo-o a risco de contaminação, por simples opção da autoridade, tendo em vista que há alternativas tecnológicas à disposição do magistrado que se mostram aptas ao cumprimento da finalidade do ato sem expor a risco a vida e a saúde de todos os envolvidos.

Ante o exposto, na forma do que preceitua o art. 105, I, 'd', da Constituição Federal de 1988, suscito conflito negativo de competência, e determino o encaminhamento da questão ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, para o qual rogo que decida pela prevalência da competência do MM Juízo da 3ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR para realizar o ato deprecado pela via remota, através do CISCOWEBEX, ou que decline razões fundamentadas que o impedem de realizar o ato remotamente.

Mantenho a carta precatória nesta Vara Federal com tramitação suspensa, até que o Superior Tribunal de Justiça venha a dirimir o conflito de competência ora instaurado.

Oficie-se ao douto Juízo da 3ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR, dando-lhe ciência do conteúdo desta decisão.

A Secretaria deverá providenciar cópia integral dos autos, inclusive desta decisão, que deverá preceder todas as demais peças, para instruir o ofício à Presidência do Superior Tribunal de Justiça."

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 35-38, opinando pela competência do Juízo Suscitado.

É o relatório.

Decido.

A carta precatória é instituto processual de cooperação entre órgãos jurisdicionais. O instrumento permite que o Juízo deprecante requisite a execução de determinados atos processuais a outro Juízo, pela impossibilidade de realização desses atos no local da causa.

Nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, a lei processual penal admite a interpretação extensiva e a autointegração. Assim, é possível utilizar-se do Código de Processo Civil quando houver omissão na legislação processual penal.

Neste cenário, a princípio, não haveria óbice na realização de ato já mencionado ato processual por meio de carta precatória, que, em tese, só pode deixar de ser cumprida nas hipóteses previstas no art. 267 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:

I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais;

II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;

III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente.”

Ademais, não se olvida da jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual “conquanto recomendável seja realizada por videoconferência, não compete ao Juízo deprecado determinar forma de audiência diversa daquela delegada, recusando-se assim ao cumprimento da deprecata” (CC 135.834/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 31/10/2014).

Todavia, o caso dos autos está a merecer solução distinta daquela plasmada nos precedentes antes mencionados.

Isso porque, posteriormente à expedição da carta precatória – ocorrida em 08/08/2019 – e antes que essa pudesse ser cumprida pelo juízo deprecado, como é cediço, teve início a pandemia da Covid-19, a qual demandou das diversas autoridades medidas sanitárias e de distanciamento, no intuito de preservação da saúde e da vida dos cidadãos.

Ademais, a hipótese dos autos atrai a aplicação da Resolução n. 354, de 19/11/2020, do Conselho Nacional de Justiça, cujo art. 3º está assim disposto, *in verbis*:

“Art. 3º As audiências telepresenciais serão determinadas pelo juízo, a requerimento das partes, se conveniente e viável, ou, de ofício, nos casos de:

I – urgência;

II – substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa;

III – mutirão ou projeto específico;

IV – conciliação ou mediação; e V – indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior.

Parágrafo único. A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial.” (sem grifos no original.)

Com efeito, o Juízo Suscitado, respondendo o despacho de fls. 41-42 acerca da possibilidade de realização da audiência por meio remoto, aduziu que não justificou ao juízo deprecado (suscitante) a necessidade de levá-lo a efeito de forma presencial tão somente porque a expedição da carta precatória se deu em momento anterior ao do início da pandemia de Covid-19 e da vigência das medidas daí decorrentes, tendo esclarecido, ainda, que “[...] tem realizado com grande sucesso audiências por meio de videoconferência, sem a necessidade de expedição de carta precatória, desde que informado nos autos o contato telefônico do intimando” (fl. 100). Nessas condições, à vista da alteração do quadro fático desde a expedição da carta precatória – superveniência da pandemia de Covid-19 e adoção de medidas de distanciamento indispensáveis para evitar a disseminação da doença, bem como as recentes medidas adotadas pelo CNJ para cumprimento de atos judiciais por meio digital –, entendo que a competência para a realização do ato tratado nestes autos é do juízo suscitado, o qual deverá diligenciar para a obtenção das informações e dados que possibilitem a audiência remota, caso tais informações já não estejam contidas nos autos.

Não é outro o entendimento adotado no bem lançado parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Hindemburgo Chateaubriand Filho, litteris (fl. 37): “[...] a recusa foi fundamentada no fato de que a competência conferida aos juízos deprecados somente se justifica diante da demonstração da inviabilidade da prática do ato pelo juízo

deprecante, bem como em regramentos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro, decorrentes da situação excepcional da pandemia do novo coronavírus, que limitam o cumprimento dos atos deprecados na forma presencial somente às hipóteses devidamente fundamentadas, providências das quais não se desincumbiu o juízo deprecante.”

Ante o exposto, CONHEÇO do conflito e DECLARO a competência do JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FOZ DO IGUAÇU - SJ/PR, o Suscitado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de fevereiro de 2021.

MINISTRA LAURITA VAZ Relatora

Ante o exposto, julgo improcedente o presente conflito, reconhecendo a correção da recusa do juízo da 1.ª Vara Federal com Juizado Especial Federal Adjunto da Subseção Judiciária de Tupã em realizar o ato deprecado de forma presencial, de modo que se tenha operada a oitiva em questão pelo juízo do Juizado Especial Federal de Bragança Paulista, aqui suscitante, por meio de videoconferência, nos termos do viabilizado pelo ora suscitado.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: a eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, nos autos de ação de natureza previdenciária, julgou *improcedente* o conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo do Juizado Especial Federal Cível de Bragança Paulista - SP em face do Juízo do Juizado Especial Federal Cível Adjunto de Tupã – SP.

Preliminarmente, acompanho a eminente Relatora no tocante à competência desta Corte Regional para a solução de conflito negativo de competência protagonizado por Juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais desta Terceira Região.

No mais, como pontuado pela Relatora, *“a controvérsia posta nestes autos diz respeito a se determinado juízo deprecado – no caso, o JEVA de Tupã, aqui suscitado – pode rejeitar o cumprimento de carta, fazendo-o sob o fundamento de que o ato deprecado – em particular, a oitiva de testemunhas – comporta realização por meio de videoconferência, sob a condução do juízo deprecante – in casu, o Juizado Especial Federal de Bragança Paulista, ora suscitante”*.

Nesse aspecto, não obstante os judiciosos fundamentos de Sua Excelência, os quais se contrapõem ao posicionamento anteriormente consignado no voto condutor de minha Relatoria (autos do CC n. 5029967-82.2020.4.03.0000), peço a máxima vênia para manter a diferença de opinião tal como retratada no r. voto da nobre Relatora.

De fato, na minha compreensão, a situação verificada *não* justifica a instauração de conflito de competência, já que, nesta hipótese, não há divergência de competência jurisdicional, nos termos do que dispõe o artigo 66 do Código de Processo Civil (CPC).

A competência jurisdicional para apreciar a causa determina-se no momento da distribuição da petição inicial (CPC, art. 43) e sobre esta não há discussão entre os Juízos.

Na realidade, o que se constata nesta situação é a existência de “conflito de atribuições”, ou seja, o intuito dos Juízos conflitantes é dirimir questão de ordem administrativa, cuja solução permeia, única e exclusivamente, o *bom senso* na condução processual, podendo desafiar ato *correicional*.

O controle do andamento processual tanto pode advir de iniciativa das partes quanto da Corregedoria, se configurada hipótese de mora injustificada na prestação jurisdicional.

No contexto dos autos, o conflito negativo de competência não se presta a dirimir a controvérsia administrativa entre os Juízos envolvidos e *não* deve, pois, ser *conhecido*.

Ademais, embora a solução ora proposta tenha natureza jurídica diversa da improcedência defendida pela Relatora, penso que as consequências práticas são coincidentes, porquanto, não conhecido o conflito suscitado, caberá ao suscitante tão somente dar andamento ao feito, sob pena de mora injustificada.

A propósito, consultado o andamento do processo n. 0000241-76.2020.4.03.6329 – objeto do reportado CC n. 5029967-82.2020.4.03.0000, constata-se que o Juízo do JEF de Bragança Paulista – SP, depois do julgamento desta Corte pelo não conhecimento do conflito em 11/2/2021, de fato, deu prosseguimento ao feito, proferindo o seguinte despacho em 22/3/2021:

“Considerando as limitações decorrentes da atual situação de pandemia de COVID-19, determino, excepcionalmente, que a secretaria tome as providências necessárias ao agendamento de videoconferência para a oitiva das testemunhas arroladas pelo requerente, intimando-se as partes”.

Diante do exposto, *não conheço* deste conflito de competência.

Se vencida quanto ao conhecimento, acompanho, no mérito, a eminente Relatora, para julgar improcedente o conflito de competência.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5004474-69.2021.4.03.0000

Agravante: YOLANDA RABELO CHACON

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 15/07/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÓBITO DA PARTE EXEQUENTE. VALORES VENCIDOS. SUCESSÃO PROCESSUAL. CÔNJUGE. BENEFICIÁRIA DE PENSÃO POR MORTE. ARTIGO 112 DA LEI N. 8.213/91. PROVIMENTO.

Aplica-se o artigo 112 da Lei n. 8.213/91, que estabelece ordem de preferência à sucessão processual, ao indicar, primeiramente, o pagamento aos “dependentes habilitados à pensão por morte”, ficando habilitados os herdeiros civis somente na falta de dependentes da classe anterior. Precedentes do STJ.

Remanescem devidas ao cônjuge as prestações apuradas até a data do óbito (art. 112 da Lei 8.213/91).

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 agravo de instrumento interposto por pensionista, com pedido de efeito suspensivo ativo, contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, decidiu que os valores atrasados reconhecidos num processo judicial, seja a título de revisão ou de concessão, constituem um crédito que integra o patrimônio do falecido e, portanto, sua herança, que deve ser partilhada nos termos da lei civil.

Alega-se que os valores vencidos sejam desde logo processados em execução singularmente à pensionista, ora agravante, nos termos do artigo 112 da Lei n.8.213/91.

Intimada, a parte recorrida não apresentou contraminuta.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

De início, verifico que a cópia extraída dos autos originários demonstra o deferimento do pleito da parte recorrente de concessão da gratuidade processual, de modo que, em princípio, é considerada, *in casu*, para fins de dispensa do pagamento de custas.

DO PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO APÓS O ÓBITO DA PARTE CREDORA

Cuida-se de se verificar a questão da sucessão processual em decorrência do falecimento da parte credora originária.

Em casos como o dos autos, aplica-se o artigo 112 da Lei n. 8.213/91, que estabelece ordem de preferência à sucessão processual, ao indicar, primeiramente, o pagamento aos “*dependentes habilitados à pensão por morte*”, ficando habilitados os herdeiros civis somente na falta de dependentes da classe anterior.

Nesse sentido, os seguintes julgados, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. ÓBITO DO SEGURADO NO CURSO DA EXECUÇÃO.

HABILITAÇÃO DO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO. PREFERÊNCIA SOBRE OS DEMAIS HERDEIROS. ART. 112 DA LEI N. 8.213/91. APLICABILIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 1.060, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

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. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

III - A controvérsia refere-se à interpretação do art. 112 da Lei n. 8.213/91 no caso de óbito do segurado no curso da execução, o qual, segundo a Autarquia previdenciária, teria aplicação apenas na via administrativa e estaria em testilha com o art. 1.060, I, do Código de Processo Civil de 1973, de modo que não seria suficiente a habilitação da viúva, mas de todos os herdeiros necessários.

IV - Sobre o tema, esta Corte firmou orientação segundo a qual: a) a aplicação do artigo 112 da Lei 8.213/1991 não se restringe à Administração Pública, sendo aplicável também no âmbito judicial; b) sobrevindo o falecimento do autor no curso do processo, seus dependentes previdenciários poderão habilitar-se para receber os valores devidos; c) os dependentes habilitados à pensão por morte detêm preferência em relação aos demais sucessores do de cujus; e d) os dependentes previdenciários (e na falta deles os sucessores do falecido) têm legitimidade processual para pleitear valores não recebidos em vida pelo de cujus, independentemente de inventário ou arrolamento de bens.

V - Prevalência do art. 112 da Lei n. 8.213/1991 sobre o art. 1.060, I, do Código de Processo Civil de 1973, em observância ao princípio da especialidade.

VI - Recurso Especial desprovido.”

(STJ, REsp 1650339/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, v.u., julgado em 16/10/2018, DJe 12/11/2018) (G.N.).

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DE HERDEIRO PARA AJUIZAR AÇÃO PARA PERCEPÇÃO DE VALORES NÃO RECEBIDOS

EM VIDA PELO SEGURADO FALECIDO. ARTIGO 112 DA LEI Nº 8.213/91.

1. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme na atenuação dos rigores processuais da legitimação, reconhecendo-a, por vezes, ao herdeiro, ele mesmo, sem prejuízo daqueloutra do espólio.

2. O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento. (artigo 112 da Lei nº 8.213/91).

3. Em sendo certo, para a administração pública, a titularidade do direito subjetivo adquirido 'mortis causa' e a sua representação, no caso de pluralidade, tem incidência o artigo 112 da Lei nº 8.213/91, que dispensa a abertura de inventário, nomeação de inventariante ou alvará judicial de autorização." (REsp 461.107/PB, da minha Relatoria, in DJ 10/2/2003).

2. Recurso improvido".

(STJ, 6ª Turma, RESP nº 546497, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06/11/2003, DJU 15/12/2003, p. 435). (g.n.).

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.236 - SC (2016/0260473-0)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(...)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ÓBITO DO SEGURADO. EXCLUSÃO DAS PARCELAS VENCIDAS A PARTIR DESSE EVENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO EXECUTIVO. RAZÕES DESASSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 301):

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCLUSÃO DE VALORES RELATIVOS À PENSÃO QUE NÃO FEZ PARTE DO TÍTULO.

1. As parcelas vencidas após o óbito devem ser excluídas do cálculo, pois, embora o artigo 112 da Lei n. 8.213/91 preveja que 'o valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento', o deferimento de pensão por morte aos dependentes depende de requerimento administrativo perante o INSS, por se tratar de benefício diverso daquele em que foi deferida a revisão. 2. Os herdeiros do segurado falecido não foram partes no processo de conhecimento. Assim, o óbito do autor gera a cessação do benefício revisado pela ação ordinária e, por consequência, as parcelas vencidas a partir desse evento devem ser excluídas da execução, por não fazerem parte do espólio e dizerem respeito a um direito de quem não foi parte na lide contra o INSS.

Embargos de declaração parcialmente providos, somente para fins de prequestionamento.

No apelo especial, a parte recorrente alega ofensa ao artigo 112 da Lei n. 8.213/1991, ao argumento de que a Corte local violou frontalmente a legislação federal ao não reconhecer o direito à inclusão dos valores referentes à pensão por morte, uma vez que ocorreu a devida habilitação na condição de dependente. Sem contrarrazões.

Juízo positivo de admissibilidade à fl. 346.

É o relatório. Passo a decidir.

Observa-se que, o acórdão impugnado, reconheceu a possibilidade de inclusão de valores relativos à pensão quando o óbito do segurado ocorre no curso do processo de conhecimento, no entanto, destacou que esta não é a hipótese dos autos, pois cuida-se de execução de sentença, onde já houve o trânsito em julgado do título, não se podendo cogitar mais a alteração do pedido. No entanto, nas razões recursais, o recorrente argumenta que (fl. 334):

No caso dos autos, uma vez habilitada e sendo ela a única dependente perante a Previdência Social, para fins de pensão por morte, a recorrente tem direito de receber os valores não

recebidos em vida pelo segurado falecido, nos termos do art. 112 da Lei 8.213/91. Verifica-se portanto, que o recorrente deduz razões desassociadas do conteúdo versado no acórdão recorrido, porque a questão controversa trata da impossibilidade de alteração do pedido, posto que o óbito do segurado não se deu no curso do processo, pois já se trata de ação e já houve trânsito em julgado do título e o concessão do benefício previdenciário, não de sua impossibilidade frente o recebimento de outros dois benefícios, oriundos do mesmo regime, o que configura argumentação deficiente e impede a compreensão exata da controvérsia, impondo a aplicação da censura da Súmula 284/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”).
 Ante o exposto, não conheço do recurso especial.
 Publique-se. Intimem-se.”
 Brasília, 22 de novembro de 2017.
 MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
 Relator (Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJUe 12/12/2017) (g.n.).

Nessas condições, merece reforma a r. decisão guerreada; falecida a parte demandante/exequente, remanescem devidas ao cônjuge as prestações apuradas até a data do óbito.

DISPOSITIVO

POSTO ISSO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5012178-36.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUNDIAÍ/SP - 2ª VARA FEDERAL
Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Parte Autora: NOVA MAIRIPORA COMÉRCIO DE GÁS LTDA - EPP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/06/2021

DECISÃO

Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Jundiaí/SP em face do Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, nos autos do mandado de segurança n. 5004071-76.2021.4.03.6119.

O juízo suscitado, em decisão declinatória de competência, sustenta que é absoluta a competência para processar e julgar a ação de mandado de segurança, definida de acordo com a sede funcional da autoridade impetrada.

O juízo suscitante alega que a impetrante optou por propor a ação mandamental em seu domicílio, opção que deve ser respeitada e que encontra guarida na jurisprudência das Cortes superiores.

É o relatório. Decido.

Ao argumento da necessidade de uniformização dos julgados, foi firmada a competência do Órgão Especial para dirimir conflitos envolvendo juízos federais, suscitados com fundamento na natureza da relação jurídica em litígio, desde que haja Seções especializadas nesta Corte (CC 00256309220074030000, Des. Fed. Baptista Pereira, TRF3 - Órgão Especial, DJU de 30/08/2007).

Esse raciocínio também tem sido aplicado aos casos envolvendo questões de natureza estritamente processual e, especificamente no tocante à matéria de fundo do presente conflito, o Órgão Especial conheceu de incidente assemelhado em sessão realizada em 26/08/2020 (CC 5011186-12.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatshchalow). Embora envolvesse juízos cível e previdenciário, o que se debateu foi a possibilidade de propor o mandado de segurança no juízo do domicílio.

Firmada a competência, penso que assiste razão ao Juízo suscitante.

Consta dos autos que a empresa Nova Mairiporã Comércio de Gás LTDA, com sede em Mairiporã/SP, impetrou mandado de segurança contra suposto ato ilegal praticado por Delegado da Receita Federal do Brasil em Jundiaí/SP, consistente em inclusão do ICMS e do ICMS-ST nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

De acordo com art. 109, § 2º, da Constituição Federal, “*as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*”.

Porém, em se tratando de mandado de segurança, prevalecia o entendimento segundo o qual a competência para o seu julgamento fixava-se de acordo com a localização da sede da autoridade coatora; seria, portanto, caso de “*competência absoluta e, como tal, improrrogável*” (STJ, REsp 257.556/PR, Relator Felix Fischer, DJ 08/10/2001).

Essa postura rígida vem sendo atenuada, ao argumento, dentre outros, de que a Constituição Federal, em seu art. 109, § 2º, não faz distinção entre as diversas espécies de ações previstas no ordenamento jurídico. Assim, cabe ao autor a escolha do foro que lhe seja mais conveniente, observadas as balizas trazidas pelo texto constitucional, sendo legítima a opção pelo foro de seu domicílio.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PRESIDENTE DE AUTARQUIA FEDERAL. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). INSCRIÇÃO. ANTINOMIA ENTRE A COMPETÊNCIA DEFINIDA EM RAZÃO DA SEDE FUNCIONAL DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA E A OPÇÃO PREVISTA PELO CONSTITUINTE EM RELAÇÃO AO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. ART. 109, § 2º, DA CF. PREVALÊNCIA DESTES ÚLTIMO. PRECEDENTES DO STJ EM DECISÕES MONOCRÁTICAS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO DOMICÍLIO DA PARTE IMPETRANTE. I - Conflito de competência conhecido para declarar competente o juízo federal do domicílio da parte impetrante. II - A competência para conhecer do mandado de segurança é absoluta e, de forma geral, define-se de acordo com a categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. III - Todavia, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, nas causas aforadas contra a União, pode-se eleger a seção judiciária do domicílio do autor (RE 627.709/DF), esta Corte de Justiça, em uma evolução de seu entendimento jurisprudencial, vem se manifestando sobre a matéria no mesmo sentido. Precedentes em decisões monocráticas: CC 137.408/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE 13.3.2015; CC 145.758/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 30.3.2016; CC 137.249/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJE 17.3.2016; CC 143.836/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 9.12.2015; e, CC n. 150.371/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 7/2/2017. IV - Agravo interno improvido.

(AIREAICC – Agravo Interno no Recurso Extraordinário no Agravo Interno no Conflito de Competência 150269, Relator Humberto Martins, STJ – Corte Especial, DJe: 04/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTARQUIA FEDERAL. ARTIGO 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FACULDADE CONFERIDA AO IMPETRANTE. 1. Não se desconhece a existência de jurisprudência no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, em se tratando de Mandado de Segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional. No entanto, a aplicação absoluta de tal entendimento não se coaduna com a jurisprudência, também albergada por esta Corte de Justiça, no sentido de que “Proposta ação em face da União, a Constituição Federal (art. 109, § 2º) possibilita à parte autora o ajuizamento no foro de seu domicílio” (REsp 942.185/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009). 2. Diante do aparente conflito de interpretações, tenho que deve prevalecer a compreensão de que o art. 109 da Constituição Federal não faz distinção entre as várias espécies de ações e procedimentos previstos na legislação processual, motivo pelo qual o fato de se tratar de uma ação mandamental não impede o autor de escolher, entre as opções definidas pela Lei Maior, o foro mais conveniente à satisfação de sua pretensão. 3. A faculdade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, abrange o ajuizamento de ação contra quaisquer das entidades federais capazes de atrair a competência da Justiça Federal, uma vez que o ordenamento constitucional, neste aspecto, objetiva facilitar o acesso ao Poder Judiciário da parte litigante. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AINTCC – Agravo Interno no Conflito de Competência 153878, Relator Sérgio Kukina, STJ – Primeira Seção, DJe: 19/06/2018)

No caso, a empresa impetrante é domiciliada em Mairiporã, município que está sob jurisdição de Guarulhos - 19ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.

Logo, embora pudesse eleger o foro da sede da autoridade coatora, em Jundiaí, optou por ajuizar a ação no foro de seu domicílio, opção que encontra guarida no ordenamento constitucional.

Diante do exposto, julgo procedente este conflito negativo de competência, a fim de firmar a competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP.

Comunique-se aos Juízos em conflito.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se estes autos.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA CÍVEL**5014620-72.2021.4.03.0000**

Requerente: MUNICÍPIO DE VOTUPORANGA

Requerida: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JALES/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - PRESIDENTE

Disponibilização da Decisão: DJEN 28/06/2021

DECISÃO

Cuida-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida nos autos de ação civil pública (Reg. nº 5000926-94.2021.4.03.6124), em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Jales/SP, formulado pelo Município de Votuporanga/SP com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

De acordo com a inicial, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública, pleiteando a concessão de tutela provisória de urgência para que o Município de Votuporanga deixasse *de promover fiscalizações e autuações administrativas previstas no Decreto Municipal no. 13.409/2021 (art. 16), no que diz respeito às limitações impostas ao direito constitucional de livre locomoção (arts. 2º, caput, e 3º, inciso IX)*. Requereu, outrossim, a declaração incidental de ilegalidade e inconstitucionalidade dos dispositivos citados e, ao final, a confirmação da medida liminar.

O juízo de primeiro grau deferiu parcialmente a medida nos seguintes termos:

A Justiça Federal entende ser grave o quadro da saúde pública brasileira, em decorrência da superveniência da Pandemia COVID-19 à estrutura de atendimento anteriormente estabelecida no país, em termos de: unidades de atendimento; contratação de profissionais; qualificação de novos profissionais; custeio dos materiais necessários aos procedimentos e tratamentos. Por conta dessa consciência é que a Resolução CNJ 322/2020 atentou-se à adequação da prestação jurisdicional às situações limítrofes decorrentes dessa pandemia, de modo que esse serviço público continuasse a ser prestado sem interrupção – todavia, evitando contribuir para novo contágio entre pessoas no curso da prestação jurisdicional.

Igualmente o Egrégio TRF-3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou Portarias Conjuntas (Presidência e Corregedoria) subsequentes, ao longo de todo o ano de 2020, suspendendo prazos e tramitação de determinadas espécies de processo, mas também estabelecendo plano de retorno gradual à integralidade dos seus serviços e plena prestação jurisdicional nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Atualmente, o funcionamento da Justiça Federal se encontra em retorno gradual, ao menos até 31/07/2021.

A consciência da Pandemia COVID-19 atinge a todos os entes públicos (federais, estaduais e municipais), nas variadas esferas de atribuições (Administração, Legislação e Jurisdição). Todavia, o bom gerenciamento dessa situação de “... calamidade pública” invocada pelo decreto supra em seus “considerandos” não dispensa o adequado tratamento jurídico-normativo estabelecido previamente.

Assim como não cabe à Jurisdição determinar à Administração se deve adquirir essa ou aquela produção de imunizantes; igualmente não cabe ao município arrogar-se competências reservadas à União.

Nesse contexto, entendo que falecia atribuição ao Município para hipoteticamente estabelecer norma restritiva da locomoção dos munícipes, dado que a Constituição Federal atribui exclusivamente ao Presidente da República (CF, 139, I) eventual imposição de restrição nesse sentido, no bojo de Estado de Sítio.

O decreto supra diz ser “... pacífico o entendimento de que o isolamento social é o meio mais eficaz de conter a disseminação da COVID-19, e a contenção da doença é a única maneira de evitar o colapso da rede de saúde”.

Sem adentrar em questões impróprias à apreciação do pedido manejado pelo Ministério Público Federal, esse considerando é discutível. Primeiramente, porque “... o meio mais eficaz de conter” seria a imunização da população do município. Em segundo lugar, porque a “... contenção da doença” não se confunde com a necessidade de tratamento das pessoas doentes; nem impõe desnecessárias restrições a quem não se encontre exposto ao contágio da doença. É digno de nota – e notório, pelo que utilizo aqui também como fundamentação – que a eventual adoção de “lockdown” deve ser precedida de estudos adequados e profundos sobre as finalidades a serem promovidas, os meios a serem adotados e os objetivos a serem mensurados. Por essa razão é que em março deste ano a Primeira Ministra da República Federal da Alemanha, Sra. Angela Merkel, revogou “lockdown” que seria adotado naquele país, exatamente porque não houvera “... planejamento prévio suficiente” (vide <https://folha.com/mopj4bvy>). Por outro lado, tanto é extrema a eventual adoção de “lockdown” que a legislação trabalhista veda terminantemente a adoção de “lockout” pelo empregador como forma de pressionar seus empregados nas relações trabalhistas comuns, nos termos da Lei 7.783/1989, artigo 17. De toda forma, o decreto supra contém atentados à livre locomoção (CF, 5, XV, cláusula pétrea); à liberdade de reunião (CF, 5, XVI); à inviolabilidade do domicílio (CF, 5, XI); e assim por diante.

É ainda digno de nota que o decreto supra se arvora em tipificar como crimes (CP, 268 e CP, 330) eventuais descumprimentos das proibições estabelecidas inconstitucionalmente pelo Município de Votuporanga!

Aqui cabe a ressalva que as normas componentes do ordenamento jurídico são estabelecidas exatamente para que exista sustentação do tecido social em situações de crise – não meramente para seu cumprimento em situações “normais” em que obedecer às normas seja “conveniente”. É exatamente para situações como a atual que o ordenamento jurídico – principalmente a Constituição Federal, mas também as leis que a complementam – estipula normas, de forma que o império do direito prevaleça, e não o império do arbítrio.

Em grau de cognição parcial e sumária, sem acesso aos eventuais estudos que tivessem embasado o decreto impugnado, reputo nele haver violação a preceitos constitucionais incontornáveis, tanto de natureza formal (atribuição para deliberar sobre a matéria) quanto de natureza material (efetiva violação a direitos e garantias constitucionais).

Ocorre que à Justiça Federal – ao menos a este Juízo – cabe cumprir e fazer cumprir a Constituição Federal. Para tanto, não lhe cabe à Jurisdição violar a Separação dos Poderes para “recortar” um ato normativo e dizer “esse artigo segue, esse tira fora”. Todo ato normativo é um todo principiológico (deve seguir uma mesma linha conducente) e comutativo (gera relações jurídicas sobre quem impõe a norma e quem recebe a norma).

Aqui, o que verifico é que o todo principiológico do decreto é uma soma de inconstitucionalidades que atenta contra toda a coletividade do Município de Votuporanga.

Logo, muito embora o Ministério Público Federal tenha formulado pedido liminar quanto à “... obrigação de não fiscalizar nem autuar...”, verifico que ele decorre da inexigibilidade de norma inconstitucional editada pelo Município de Votuporanga.

Assim, CONSIDERANDO:

- i) o juramento realizado por todo magistrado quando de sua posse no cargo, quanto a cumprir e fazer cumprir a Constituição Federal e as leis;
 - ii) o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo magistrado, em sede incidental;
 - iii) o Poder Geral de Cautela concedido a todo magistrado no exercício da Jurisdição;
 - iv) incidentalmente, reputar ser FORMAL e MATERIALMENTE INCONSTITUCIONAL o Decreto Municipal 13.409/2021 editado pelo Município de Votuporanga;
- CONCEDO PARCIALMENTE a tutela provisória, inaudita altera pars, para DETERMINAR

A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DECRETO MUNICIPAL 13.409/2021 do Município de Votuporanga, até o julgamento definitivo desta ação.

Diante desse contexto, aduz o Município de Votuporanga haver risco de grave lesão à saúde pública, uma vez que o Decreto nº 13.409/2021 foi editado após análise técnica dos dados da Secretaria Municipal de Saúde, a qual constatou elevado nível de transmissão de Covid-19 em seu território.

Informa ter a Vigilância Epidemiológica do Município, com base nas notificações e investigações realizadas dos casos suspeitos e confirmados para SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave), apontado alta média de internações hospitalares em enfermaria-ALA e em Unidade de Terapia Intensiva-UTI, consoante os dados e gráficos acostados aos autos, a revelar 100% de ocupação dos leitos hospitalares.

Defende, outrossim, que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, devendo prevalecer, *in casu*, não obstante a garantia constitucional do livre exercício profissional, a necessidade de adoção de medidas tendentes a resguardar a saúde pública.

Argumenta, ainda, que o decreto questionado não proíbe a circulação de pessoas, tampouco o funcionamento do comércio local e dos demais setores da economia, mas apenas restringe horário das atividades, com vistas a evitar aglomerações.

Por fim, sustenta a legalidade e constitucionalidade do Decreto impugnado, nos termos dos artigos 23, inciso II, e 30, incisos I e II, ambos da Constituição Federal, e do artigo 3º da Lei nº 13.979/20, bem assim à luz do recente posicionamento firmado pelo STF.

Requer, dessarte, a concessão de efeito suspensivo até o trânsito em julgado da decisão de mérito do processo principal.

É o relatório.

Decido.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelos artigos 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92 e 1º da Lei nº 9.494/97, constitui medida excepcional, somente admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Acrescente-se, ademais, que a utilização do presente instrumento requer a demonstração concreta e efetiva de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – pressupostos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa de onde emana a decisão cujos efeitos se pretende suspender.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. 1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave

lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia. 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS 2976 / CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. GRAVE LESÃO NÃO DEMONSTRADA. INCONFORMISMO. CUNHO RECURSAL. INVIABILIDADE. MATÉRIA LOCAL. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. Pedido de suspensão requerido pelo município para sustar o efeito suspensivo ativo concedido em agravo de instrumento que culminou em determinação para restaurar a estrutura do gabinete do vice-prefeito.

2. A parte requerente não demonstrou, de modo preciso e inequívoco, a alegada grave lesão à suscitada ordem administrativa, tampouco ficou demonstrado de que forma a manutenção da decisão impugnada causa caos à administração pública ou mesmo enseja colapso nas suas contas capaz de inviabilizar as atividades municipais.

3. Indispensável para a comprovação de grave lesão o demonstrativo analítico do colapso nas contas, ou seja, a possibilidade de o cumprimento imediato da decisão inviabilizar as funções estatais, o que efetivamente não ficou demonstrado, limitando-se as alegações a suscitar as dificuldades para implementação do decisum.

4. *Inviável o exame do acerto ou do desacerto da decisão cujos efeitos a parte busca sustar, sob pena de transformação do pedido de suspensão em sucedâneo recursal e de indevida análise de argumentos jurídicos que atacam especificamente os fundamentos da decisão recorrida.*

5. Nos moldes traçados pela municipalidade, o acolhimento da tese de que inexiste ilegalidade no decreto, porquanto editado nos moldes estabelecidos da lei complementar, demandaria incursão na legislação local, o que escapa do campo de competência do STJ e inviabiliza a concessão da liminar.

Agravo interno improvido.

(AgInt na SLS 2.793/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020) - grifei

A ordem pública, apontada na presente medida de contracautela como fundamento para a suspensão da decisão liminar, há de abranger, evidentemente, a ordem administrativa e a regularidade das políticas públicas elaboradas e implementadas pelos Poderes regularmente constituídos.

No caso em testilha, é importante notar que a decisão atacada envolve a formulação e execução de políticas públicas sanitárias em contexto de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), reconhecida pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

Dessa forma, impõe-se ressaltar que a interferência do Poder Judiciário deve ser pautada por critérios de cautela e prudência invulgares, que não aprofundem a tensão entre os elaboradores e executores de políticas públicas, tampouco desequilibrem a repartição das competências constitucionais concretizadas por normas e atos materiais efetivadores das políticas sanitárias necessárias ao controle da pandemia.

Assim delimitada a natureza do incidente, passo à análise do pedido de suspensão.

Conforme se extrai dos autos, a controvérsia diz respeito aos contornos do Decreto nº 13.409/2021, o qual, editado pelo Município de Votuporanga em 18/06/2021, estendeu a quarentena em seus limites territoriais até o dia 04 de julho de 2021, bem assim introduziu me-

didadas mais restritivas na “Fase de Transição” do Plano São Paulo, tendo em vista as condições hospitalares recentes da região e a recomendação do Comitê Municipal de Enfrentamento à COVID-19.

A decisão impugnada, por sua vez, reconheceu que o ato normativo em questão violou preceitos constitucionais de natureza formal (atribuição para deliberar sobre a matéria) e material (efetiva violação a direitos e garantias constitucionais).

Primeiramente, não se pode perder de vista que, conforme amplamente noticiado, a pandemia ocasionada pelo novo Coronavirus-COVID19 é a maior crise de saúde pública já vivenciada no Brasil. Suas consequências são nefastas em todas as áreas, sendo, atualmente, insuficientes os recursos médico-hospitalares existentes para atender à toda a população afetada pelas sucessivas “ondas” da pandemia, agravadas pelas variações genéticas do COVID-19.

Destaque-se a carência de leitos hospitalares, em especial nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), bem como de medicamentos, insumos, equipamentos e profissionais de saúde – médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem – para atender ao exponencial crescimento da população vitimada pelo COVID-19.

A título de exemplo, uma das carências mais prementes refere-se ao denominado “kit-intubação”, o qual, indispensável ao tratamento de pacientes mais graves internados nas UTIs espalhadas por todo o Brasil, compõe-se dos seguintes medicamentos e insumos: anestésico local (sequência rápida de intubação), ansiolítico, bloqueador neuromuscular (manutenção da intubação, e para sequência rápida de intubação), fármaco antídoto, fármaco para controle do delírio, fármaco para sedação contínua, fármaco para analgesia, fármaco vasoativo, e sedativo (sequência rápida de intubação).

A urgência agrava-se em função da impossibilidade da demora no atendimento ao paciente cuja capacidade respiratória se encontra gravemente comprometida, sob pena de risco de morte.

E esse, consoante se extrai da documentação acostada aos autos, é o quadro vivenciado no Município de Votuporanga, que, consideradas as notificações e investigações realizadas dos casos suspeitos e confirmados para SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave), encontra-se com 100% de ocupação dos Leitos de UTI na Santa Casa de Misericórdia de Votuporanga e 80% de ocupação dos Leitos do Hospital de Campanha Municipal.

Transcrevo, por elucidativo, o seguinte excerto da inicial:

A Vigilância Epidemiológica do Município/SESAU, informa com base nas notificações e investigações realizadas dos casos suspeitos e confirmados para SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave), desde o início da Pandemia pelo novo coronavírus SARS-Cov2 que, no mês de junho/2021, a média de internações hospitalares em enfermaria – ALA e, em Unidade de Terapia Intensiva-UTI estão muito altas, conforme comprovam os dados e gráficos juntados a este petição, totalizando uma média muito alta de pacientes internados por dia, registrando-se um crescimento extremamente preocupante de leitos ocupados, que estão com 100% de ocupação.

O número de ocupação de leitos de UTI é preocupante no Município, visto que atualmente, durante quase todo o mês de junho/2021, observou-se uma ínfima variação da taxa de ocupação, mantendo-se em 100,0% quase o mês todo, tanto na Santa Casa, quanto no hospital de campanha, que são referência no Município de Votuporanga e região, conforme comprovam os documentos anexados.

[...]

No período de junho/2021, conforme demonstram os dados inseridos nos gráficos, a média de casos novos confirmados pela data de notificação, ultrapassou o número de casos no mês de

março/2021 (2ª ONDA) quando o Município também precisou toar medidas preventivas para conter o avanço no número de contaminações, demonstrando quão alarmante e preocupante, se encontra a situação no município.

Os indicadores epidemiológicos da COVID-19, até o momento, demonstram que o vírus está circulando e com transmissão no Município de Votuporanga de forma crescente nesse momento da pandemia, o que indica a necessidade de tomada de medidas que incluam o isolamento social e consequentemente impactar na redução da transmissão para que não ocorra o colapso no sistema de saúde.

Cumprir salientar que a Santa Casa de Votuporanga atende 17 municípios (inclusive Votuporanga), com mais de 200.000 habitantes e possui 23 leitos de Suporte Ventilatório, que cabe ressaltar, não se trata de UTI, são leitos de retaguarda (hospital de campanha), até que paciente tenha realmente um leito de UTI e 12 leitos de enfermaria na UPA, verifica-se, portanto que o Município está à beira do colapso, não podendo se manter inerte ante tal decisão, de acordo com os gráficos em anexo.

Diante desse contexto, o COMITÊ GESTOR DE ENFRENTAMENTO À COVID-19 DO MUNICÍPIO DE VOTUPORANGA, órgão técnico instituído com a finalidade de discutir tendências e estratégias para o enfrentamento a disseminação da COVID-19 na região, em recomendação datada de 18/06/2021, estabeleceu medidas temporárias e excepcionais mais restritivas, a fim de conter a circulação do vírus e, consequentemente, reduzir a taxa de ocupação de leitos hospitalares.

Ora, a gestão e a aplicação dos recursos materiais e humanos utilizados no combate à pandemia do COVID-19 constituem função e atribuição próprias do administrador, o qual, munido de visão técnica e sistêmica, avalia, com racionalidade e eficiência, se os recursos públicos disponíveis são suficientes para o enfrentamento da situação.

Em outras palavras, não se pode deixar de reconhecer que os gerenciadores dos sistemas de saúde estão mais aptos a decidir, alicerçados nas informações e conhecimentos técnicos de que dispõem, se as medidas restritivas anteriormente adotadas são suficientes para controlar e mitigar os efeitos deletérios da pandemia, sobretudo no que diz respeito à ocupação hospitalar.

Nesse diapasão, a par de interferir na consecução de política pública de competência do Município, entendo que a decisão impugnada representa potencial risco à saúde pública, dada a real possibilidade de desestruturar as medidas adotadas para enfrentamento da epidemia em seu território, contribuindo para o agravamento da sobrecarga verificada no sistema de saúde.

Na mesma senda, em recente decisão, o e. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo assentou que *a gravidade da pandemia recomenda reduzida judicialização da matéria, tendo em vista que a intervenção pontual nas políticas públicas compromete a organização dos atos da Administração. Nesse diapasão, como regra geral, ao Poder Judiciário parece lícito intervir apenas e tão-somente em situações que evidenciem omissão das autoridades públicas competentes, capaz de colocar em risco grave e iminente os direitos dos jurisdicionados*. (TJSP; Suspensão de Segurança Cível 2058460-14.2021.8.26.0000; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: Presidência; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/03/2021; Data de Registro: 19/03/2021)

Noutro giro, não se pode olvidar que o C. Supremo Tribunal Federal, considerando a competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, assim como a gravidade da situação emergencial causada pela Pandemia da Covid-19, firmou o entendimento de que Estados e Municípios podem adotar medidas restritivas para a redução do número de infectados e de óbitos, tais como: imposição de distanciamento ou isolamento social; estabele-

cimento de quarentena; suspensão de atividades de ensino; restrições às atividades comerciais e culturais e, até mesmo, à circulação de pessoas; dentre outras.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes julgados daquela Corte Superior.

Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. *ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE* (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. *O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.* 5. *Arguição julgada parcialmente procedente.*

(ADPF 672 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020)

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em

defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 2.A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. 3.A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS. 4.Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e preservando ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 5.Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores). 6.Os condicionamentos imposto pelo art. 3º, VI, “b”, §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo. 7.Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, “b”, e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinações de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas; e (b) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que as medidas neles previstas devem ser fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

(ADI 6343 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020)

Assim, seja pelo prisma da disponibilidade fática de recursos materiais ou humanos do Município, seja pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, a decisão cuja suspensão se pretende, além de exorbitar do campo de ação próprio do julgador, representa perigo de lesão à saúde pública, em especial diante do aumento da circulação do vírus no Município de Votuporanga e da atual taxa de ocupação de leitos.

Conforme dito alhures, a situação vivenciada é excepcional e, portanto, demanda ação coordenada do Poder Público, responsável constitucionalmente por fornecer saúde à toda a população, revelando-se imprescindível a avaliação contínua da evolução da Pandemia e das interações decorrentes, o que se dá de forma dinâmica e com base em critérios técnicos e científicos.

Em suma, a prática de atos judiciais que interfiram na logística e no planejamento nos diversos âmbitos de atuação, baseados em dados e evidências que refogem ao âmbito de cognição neste juízo perfunctório, poderia causar malefícios à coletividade superiores aos benefícios pretendidos.

Consequentemente, demonstrada a concreta e efetiva ameaça de lesão à saúde, assim como à ordem pública, reputo presentes os requisitos para a suspensão da liminar.

Diante do exposto, comprovados os fundamentos legalmente exigidos, DEFIRO a suspensão pleiteada até que sobrevenha a análise final da questão por órgão julgador colegiado deste Tribunal Regional Federal.

Comunique-se, com urgência, ao responsável pelo Plantão da Subseção Judiciária de Jales e ao juízo da 1ª Vara Federal de Jales/SP.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 26 de junho de 2021.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

Direito Processual Penal



AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

0017620-62.2016.4.03.6105

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: ADRIAN FERRAZ DALEASTE

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: DJEN 01/07/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334-A, § 1º, IV, E ART. 273, § 1º-B, I C. C. O ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). CPP, ART. 28-A. CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR RECURSAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Ante a edição do Enunciado n. 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, privilegiando a aplicabilidade do instituto de justiça negociada, é razoável que se admita o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, até o trânsito em julgado, caso ainda não tenha sido oferecido, bem como que haja certo controle judicial da recusa do órgão acusatório em oferecer o acordo. De forma semelhante ao instituto da suspensão condicional do processo, conforme Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Juízo, caso discorde das razões invocadas pelo Ministério Público Federal para recusar-se a propor acordo de não persecução penal e entenda preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do Código de Processo Penal, remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação original, mantida em vigor pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A decisão que converteu o feito em diligência em sede recursal deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, em observância ao disposto no Enunciado n. 98 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, não havendo que se falar em *error in procedendo*.

3 A possibilidade de eventual oferecimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado aconselha a conversão do feito em diligência para que seja oportunizada a aplicação daquele instituto, a repercutir, em tese, na apreciação do próprio mérito da apelação interposta pela defesa.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por maioria, decidiu NEGAR PROVIMENTO ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Paulo Fontes, vencido o Des. Fed. Nino Toldo que dava provimento ao agravo regimental, por entender que o acordo de não persecução penal (ANPP) não é possível para fatos anteriores ao início da vigência da Lei nº 13.964 de 24.12.2019, e depois do recebimento da denúncia, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão que acolheu a preliminar suscitada pela defesa em sede recursal, para determinar a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal para manifestação sobre eventual oferecimento de acordo de não persecução penal.

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) a defesa requereu apenas no mérito da apelação que, uma vez provido o recurso da apelação, fosse determinada a remessa do feito ao Ministério Público Federal para oferecimento de acordo de não persecução penal quanto ao crime de contrabando e, na recusa, à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, de modo que, não se tratando de pleito recursal de natureza preliminar, a decisão incorreu em *error in procedendo*;

b) a ação encontra-se em grau recursal e não há mais oportunidade para a pactuação do acordo de não persecução penal;

c) a aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal em favor do agravado exigiria não apenas a retroatividade da lei penal, como também uma franca interpretação extensiva, contrária à finalidade da norma que é, em última análise, deixar a Justiça menos sobrecarregada para cuidar de casos realmente que necessitem de tutela jurisdicional;

d) considerando que a denúncia já foi recebida e a sentença condenatória prolatada, não há mais oportunidade para a celebração do acordo de não persecução penal no presente momento processual;

e) o acordo de não persecução penal somente pode ser aplicado desde que não recebida a denúncia, pois o momento que trata a lei processual é o da fase do art. 28 do Código de Processo Penal, quando, não sendo caso de arquivamento do inquérito, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado;

f) requer a reconsideração da decisão ou, em caso contrário, a provimento do recurso para a anulação da decisão agravada (Id n. 160330535).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Adrian Ferraz Daleaste apelou da sentença que o absolveu do crime do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal (referente a substâncias anabolizantes), com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal e o condenou pelo crime do art. 334-A, § 1º, IV, e art. 273, § 1º-B, I (medicamento Pramil), c. c. o art. 69, todos do Código Penal, a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, regime inicial aberto, e a 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo ao tempo dos fatos. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos ao Instituto Padre Haroldo Rahm (Id n. 152161844).

Alegou-se o quanto segue nas razões recursais:

a) o apelante nunca vendeu ou expôs à venda o medicamento Pramil, que se destinava ao consumo próprio;

b) a prova é testemunhal é contraditória e frágil com relação à circunstância de que o medicamento estivesse exposto à venda pelo apelante;

- c) a conduta é atípica porque não é proibida a comercialização da substância Sildenafil;
- d) não há prova nos autos de que o réu tenha boa situação financeira para a fixação da pena da multa, que deve ser revisada;
- e) não há certeza da autoria delitiva;
- f) requer a devolução do celular apreendido, independente da apresentação do comprovante de propriedade;
- g) requer a absolvição quanto ao crime do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código Penal;
- h) quanto à condenação pelo crime do art. 334-A, § 1º, IV, do Código Penal, requer o envio dos autos ao *Parquet* Federal para a elaboração de acordo de não persecução penal (Id n. 154083849).

Consideradas dispensáveis na hipótese as contrarrazões, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovemento da apelação (Id n. 159011763).

Após, o feito foi convertido em diligência nos termos da seguinte decisão impugnada pelo Ministério Público Federal:

Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). CPP, ART. 28-A. Ações penais em curso quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19. Admissibilidade do acordo antes do trânsito em julgado. Ante a edição do Enunciado n. 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, privilegiando a aplicabilidade do instituto de justiça negociada, é razoável que se admita o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, até o trânsito em julgado, caso ainda não tenha sido oferecido, bem como que haja certo controle judicial da recusa do órgão acusatório em oferecer o acordo. De forma semelhante ao instituto da suspensão condicional do processo, conforme Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Juízo, caso discorde das razões invocadas pelo Ministério Público Federal para recusar-se a propor acordo de não persecução penal e entenda preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do Código de Processo Penal, remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação original, mantida em vigor pelo Supremo Tribunal Federal. *Do caso dos autos.* O apelante requer que o feito seja encaminhado ao Ministério Público Federal para a elaboração de acordo de não persecução penal (Id n. 154083849).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se contrariamente ao pleito, ao entendimento de que eventual acordo deve ser proposto até o recebimento da denúncia, como segue: O apelante reivindica, em caso de provimento do recurso de apelação, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para análise e manifestação a respeito da apresentação do Acordo de Não Persecução Penal. Ora, trata-se de faculdade do Ministério Público de maneira a inexistir do juízo qualquer pronunciamento prévio a esse respeito.

In casu, mesmo que o seu recurso de apelação fosse provido, o acordo de não persecução penal deve ser proposto apenas na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia. No caso, já houve sentença condenatória.

Esse E. Tribunal já adotou orientação semelhante, entendendo que a aplicação do art. 28-A do CPP limita-se a processos em curso cujas denúncias ainda não tenham sido recebidas, nos termos da seguinte ementa (...).

(...)

Como se vê, não é possível acolher a tese apresentada no recurso da defesa. (Id n. 159011763) Ocorre que estão preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do Código de Processo Penal. O apelante foi condenado pelos crimes do art. 334-A, § 1º, IV, e do art. 273, § 1º-B, I, c. c. o art. 69, todos do Código Penal, ambos sem violência ou grave ameaça a pessoa.

Considerando a repristinação do preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa (STF, Repercussão Geral no RE n. 979.962, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 24.03.21), a soma das penas mínimas dos delitos objeto da condenação é inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, de modo que os autos devem ser remetidos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação original.

Ante o exposto, *ACOLHO* a preliminar para determinar a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Em que pese a insurgência do Ministério Público Federal, a decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, em observância ao disposto no Enunciado n. 98 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, não havendo que se falar em *error in procedendo*.

Nesse sentido, a possibilidade de eventual oferecimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado aconselha a conversão do feito em diligência para que seja oportunizada a aplicação daquele instituto, a repercutir, em tese, na apreciação do próprio mérito da apelação interposta pela defesa.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo regimental.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

5006726-03.2020.4.03.6104

Apelante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

Apelados: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE SANTOS - SP, UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/07/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO DIRETA À PROVEDORA DE INTERNET PELA AUTORIDADE POLICIAL DE DADOS REFERENTES AO IP DE CRIAÇÃO DE DETERMINADO EMAIL E SEU PERÍODO DE ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ENQUADRAMENTO EM DISPONIBILIZAÇÃO DE REGISTROS DE CONEXÃO E DE ACESSO A APLICAÇÕES DA INTERNET DE QUE TRATA A LEI N 12.965/2014. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A DEVIDA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E TELEMÁTICO. RECURSO PROVIDO.

1. Indevida a expedição de ofício pelo Delegado de Polícia diretamente à provedora de internet solicitando o IP de criação e informações sobre a atividade da conta do usuário de email sem a devida autorização judicial.
2. A Lei nº 12965/2014, que regulamentou o marco civil da internet, traz disposições que regulam os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, apontando que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão, bem como de dados pessoais, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes.
3. O provedor da internet será obrigado a disponibilizar os registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial.
4. A exceção prevista no § 3º, do artigo 10 do Marco Civil da Internet, não abrange todas as situações, delimitando a informação de dados que indiquem apenas qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei e não incluem os registros de conexão e de acesso a aplicações da internet.
5. A obtenção de IP de criação e informações sobre a atividade da conta do usuário de email enquadram-se na disponibilização de registros de conexão e de acesso a aplicações da internet de que trata a Lei n 12.965/2014, necessitando, assim, de autorização judicial para quebra de sigilo de dados e telemático, devidamente fundamentada, sob pena de nulidade processual.
6. Segurança concedida para anular a requisição realizada pela autoridade coatora nos autos do IPL de modo a desobrigar a impetrante de fornecer o IP de criação e as informações sobre o período de atividade da conta de email, salvo mediante autorização judicial.
7. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, decidiu, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO para conceder a segu-

rança pleiteada para anular a requisição realizada pela autoridade coatora nos autos do IPL nº 0031/2019, de modo a desobrigar a GOOGLE LLC e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. de fornecer o IP de criação e as informações sobre o período de atividade da conta violetmakhi@gmail.com, salvo mediante autorização judicial (Compareceu à Sessão por videoconferência o(a) advogado(a) RAFAEL HENRIQUE NOGAROTO KOHL (SP 314.260-A) e solicitou preferência), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por GOOGLE LLC e por GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. contra a sentença de ID 156264304 que denegou o mandado de segurança.

Em razões recursais as impetrantes requerem o reforma de sentença para que seja concedida a segurança (ID 156264309).

Alegam que impetraram mandado de segurança -distribuído à 5ª Vara Federal Criminal de Santos/SP -buscando anular ato ilegal praticado pela autoridade policial na presidência do inquérito policial nº 0031/2019, em curso na Delegacia de Polícia Federal de Santos/SP, substanciado em requisição de IP de criação e informações de atividade da conta violemakhi@gmail.com, sem prévia ordem judicial.

Aduzem que os dados requisitados não se encaixam no conceito de “dados cadastrais”, definidos pelo art. 11, § 2º, do Decreto 8.711/2016, o qual regulamenta o marco civil da internet e que não pode ser ampliado pelo Poder Judiciário,.

Também argumentam que o IP de criação de determinada conta de e-mail é o número de *internet protocol* gerado quando o usuário acessa uma aplicação da internet e cria a respectiva conta -no caso, conta de e-mail. O período de atividade de uma conta, por sua vez, é dado a ser obtido, necessariamente, a partir da verificação dos registros gerados no acesso à conta criada pelo usuário.

Esses dados do IP de criação da conta investigada e o período de atividade dessa conta não são dados cadastrais e definem-se como “registros de acesso”, na forma do art. 5º, inc. VIII, da Lei 12.965/2014, os quais, estando acobertados por sigilo decorrente do art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, e somente podem ser informados mediante requisição judicial, nos termos de previsão legal constante do art. 10, §1º; 15, §3º e 22, todos daquele referido diploma legal.

Requerem seja o presente recurso de apelação provido para reformar a Rua sentença, com a consequente concessão da segurança pleiteada para anular a requisição de dados realizada pela autoridade coatora nos autos do IPL nº 0031/2019, de modo a desobrigar a Google de fornecer o IP de criação e as informações sobre o período de atividade da conta violetmakhi@gmail.com.

Contrarrazões pela União para que seja negado provimento ao recurso condenando-se o apelante em honorários advocatícios, inclusive os recursais (ID 156264316).

Convertido o julgamento em diligência na forma requerida pelo Ministério Público Federal, a autoridade policial informou que não houve informação da GOOGLE sobre o IP de criação e período de atividade da conta em questão (ID 158118408).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento da apelação (ID 158415592).

É o Relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

Do caso dos autos

Consta que em 11 de dezembro de 2019, a autoridade policial condutora do Inquérito Policial nº 0031/2019, requisitou, por meio de ofício eletrônico, o fornecimento de dados cadastrais, IP de criação e informações sobre a atividade da conta do usuário violetmakhi@gmail.com.

Como o ofício não foi assinado pela autoridade policial, a GOOGLE LLC esclareceu a impossibilidade de processar a requisição. Em 03/02/2020, a impetrante recebeu email confirmando a autenticidade dos ofícios recebidos e em 02/03/2020 forneceu os dados cadastrais do usuário e quanto às demais informações, consignou que são dados cujo sigilo apenas pode ser levantado por ordem judicial, por força do disposto no artigo 15, §3º da Lei Federal 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”).

A autoridade policial reiterou a requisição valendo-se do argumento de que a Google teria fornecido IP de criação em outro inquérito policial, sem que o ofício viesse acompanhado de prévia ordem autorizativa.

Considerando o teor da reiteração, as Apelantes impetraram o mandado de segurança deduzindo pedido de liminar para que fossem desobrigadas de fornecer os dados requisitados até o julgamento definitivo do writ.

O pedido de liminar foi indeferido.

Proferida a sentença denegando a segurança sob o fundamento de que o “IP de criação” e o “o período de atividade da conta de e-mail” são dados estáticos, que se aproximam mais de informações de perfil cadastral, e não dizem respeito ao sigilo das comunicações. Por conseguinte, não estão protegidos pela cláusula constitucional prevista no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição. (ID 156264304).

Do mérito

Indevida a expedição de ofício pelo Delegado de Polícia diretamente à provedora de internet solicitando o IP de criação e informações sobre a atividade da conta do usuário violetmakhi@gmail.com sem a devida autorização judicial.

Como sabido, o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas. A intimidade e a vida privada nada mais são, em verdade, do que dimensões da dignidade da pessoa humana, cuidando a Constituição de protegê-la contra medidas de caráter degradante e desumano.

Já o inciso XII do artigo 5º da Constituição protege o ato de comunicação, a inviolabilidade das comunicações, visando assegurar que a correspondência chegue ao seu destinatário inviolada, que as transmissões telegráficas e as transmissões de dados não sejam interceptadas, e que as transmissões telefônicas somente possam ser objeto de escuta mediante prévia autorização judicial.

É sabido que os artigos 15 e 17, da Lei nº 12850/2013 (Organização criminosa) e a norma prevista no artigo 17-B da Lei 9.613/98 (Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), com o objetivo de viabilizar a investigação criminal neste âmbito, permitiu a coleta dos dados cadastrais disponíveis pelos provedores de internet, sem a necessidade de autorização judicial para isto.

Por sua vez, a Lei nº 12965/2014, que regulamentou o marco civil da internet, traz disposições que regulam os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, apontando que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão, bem como de dados pessoais, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes.

Consta, ainda, que o provedor da internet será obrigado a disponibilizar os registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial.

Confira a norma prevista no art. 10 da Lei nº 12965/2014:

Seção II – Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º .

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º .

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em reglamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Assim, a regra geral, a partir do marco civil da internet, é que a quebra de sigilo de dados em poder do provedor da internet exige ordem judicial.

Observa-se que a exceção prevista no §3º, do artigo 10 do Marco Civil da Internet, não abrange todas as situações, delimitando a informação de dados que indiquem apenas qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei.

Portanto, o Marco Civil da Internet deixa evidente que o acesso aos dados cadastrais sem intervenção judicial, não incluem os registros de conexão e de acesso a aplicações da internet.

Na hipótese dos autos, diante da notícia-crime, o Delegado de Polícia instaurou o inquérito policial para apuração dos crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, e determinou a expedição de ofício para a provedora de internet, solicitando o IP de criação e período de atividade da conta de email violetmakhi@gmail.com, contudo sem a devida autorização judicial.

Assim, fácil perceber, que a obtenção destes dados diretamente à provedora de internet, enquadram-se na disponibilização de registros de conexão e de acesso a aplicações da internet de que trata a Lei n 12.965/2014, necessitando, assim, de autorização judicial para a devida quebra de sigilo de dados e telemático, devidamente fundamentada, sob pena de nulidade processual.

Portanto, a partir do conhecimento da notícia-crime, a Autoridade Policial deveria ter solicitado judicialmente a quebra de sigilo de dados e telemático junto às operadoras de internet para a identificação dos IPs utilizados pelo investigado, com o detalhamento de dia, hora e fuso, mas não diretamente à provedora de internet, com o objetivo de prosseguir nas investigações no âmbito do inquérito policial.

Ademais, apesar da apuração de eventual crime (investigação criminal) render-se aos imperativos da ordem pública e do interesse social, deve ser preservado o direito à intimidade e o direito à privacidade das pessoas, em relação aos registros de conexão na internet, em respeito à Lei n 12.965/2014.

Portanto, a expedição de ofício pelo Delegado de Polícia diretamente à provedora de internet solicitando o IP de criação e período de atividade da conta de e-mail “violetmakhi@gmail.com”, violou a norma prevista na Lei 12.965/2014 e as garantias contidas na Constituição Federal.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO para conceder a segurança pleiteada para anular a requisição realizada pela autoridade coatora nos autos do IPL nº 0031/2019, de modo a desobrigar a GOOGLE LLC e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. de fornecer o IP de criação e as informações sobre o período de atividade da conta violetmakhi@gmail.com, salvo mediante autorização judicial.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0008551-38.2009.4.03.6109

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: IMOBILIÁRIA PARAMIRIM S/A

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/07/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL. RESP 1.116.460/SP E PRECEDENTES DESTA CORTE. COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. No julgamento do REsp: 1116460 SP 2009/0006580-7, Relator Min LUIZ FUX, DJe 01/02/2010, processado nos termos do art. 543-C do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que não incide Imposto de Renda sobre a verba recebida a título de indenização decorrente de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, considerou que, por não haver ganho ou acréscimo patrimonial nesses casos, não incide a mencionada exação.

2. Em relação à apuração e ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, deve ser aplicada a mesma premissa adotada no julgamento do REsp 1.116.460/SP - de que não há acréscimo patrimonial na percepção da indenização por desapropriação - adotando-se as mesmas normas estabelecidas para o IRPJ, não havendo possibilidade de incidência da CSLL sobre tais valores, uma vez que o lucro é o critério material da hipótese de incidência de referida contribuição.

3. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, tendo em vista a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

4. Não cabe a condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, conforme dispõe o artigo 25, da Lei nº 12.016/2009, e nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

5. Remessa necessária e apelação da União Federal parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela *IMOBILIÁRIA PARAMIRIM S/A* em face da *UNIÃO FEDERAL*, para obter a declaração do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de IRPJ e CSLL sobre o montante recebido em razão de desapropriação de imóvel de sua propriedade.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, julgando ser indevida a incidência de IRPJ e da CSLL sobre o valor recebido a título de indenização em desapropriação do imóvel matrícula nº 25.386, do 2º Registro de Imóveis de Limeira, autorizando a compensação na esfera administrativa com débitos relativos a quaisquer tributos arrecadados pela Receita Federal do Brasil, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN, corrigidos pela Selic. Condenou a União ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) (Id 90550717, p. 137-143 e 152-153).

Apelou a União, alegando, em síntese, que: (a) diante do julgamento do REsp 1.116.460/SP, julgado pelo rito do art. 543-C e diante das determinações contidas na Portaria PGFN nº 294/2010 e Parecer PGFN/CRJ nº 492/2010, deixa de interpor recurso em relação ao afastamento da incidência apenas do IRPJ sobre as verbas auferidas a título de indenização advinda de desapropriação por utilidade pública, porém, no que se refere à CSLL, tal dispensa não é estendida, nos termos do art. 149 da CF; (b) tendo a parte apelada adotado como forma de tributação o lucro presumido, a base de cálculo da CSLL será o resultado presumido que inclui em sua apuração, os ganhos de capital nas alienações de bens e direitos, conforme dispõe o art. 57 da Lei nº 8.981/97, ainda que decorridos de desapropriação; (c) impossibilidade de compensação do crédito previdenciário com outros tributos e contribuições administradas pela antiga Secretaria da Receita Federal, a teor do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/07; e, finalmente, (d) impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 (Id 90550718, p. 4-16).

Com contrarrazões da parte apelada (Id 90550718, p. 20-28), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Denise Neves Abade manifestou-se pelo parcial provimento do recurso de apelação da União, para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (Id 90550718, p. 32-51).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de reexame necessário e apelação da União, em mandado de segurança impetrado com o objetivo de ter reconhecido o direito à compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos a título de IRPJ e CSLL sobre o montante recebido em razão de desapropriação de imóvel.

No julgamento do REsp: 1116460 SP 2009/0006580-7, Relator Min LUIZ FUX, DJe 01/02/2010, processado nos termos do art. 543-C do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que não incide Imposto de Renda sobre a verba recebida a título de indenização decorrente de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública

ou por interesse social, considerou que, por não haver ganho ou acréscimo patrimonial nesses casos, não incide a mencionada exação, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial (art. 43, do CTN), sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba percebida, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.

2. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, assim disciplina o instituto da desapropriação: “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

3. Destarte, a interpretação mais consentânea com o comando emanado da Carta Maior é no sentido de que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, porquanto a propriedade é transferida ao poder público por valor justo e determinado pela justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado.

4. “Representação. Arguição de Inconstitucionalidade parcial do inciso ii, do parágrafo 2., do art. 1., do Decreto-lei Federal n. 1641, de 7.12.1978, que inclui a desapropriação entre as modalidades de alienação de imóveis, suscetíveis de gerar lucro a pessoa física e, assim, rendimento tributável pelo imposto de renda. Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário, ‘modo privado’. O ‘quantum’ auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da ‘justa indenização’ prevista na Constituição (art. 153, parágrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda. Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘desapropriação’, contida no art. 1., parágrafo 2., inciso ii, do decreto-lei n. 1641/78. (Rp 1260, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/08/1987, DJ 18-11-1988)

4. *In casu*, a ora recorrida percebeu verba decorrente de indenização oriunda de ato expropriatório, o que, manifestamente, consubstancia verba indenizatória, razão pela qual é infensa à incidência do imposto sobre a renda.

5. Deveras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da não-incidência da exação sobre as verbas auferidas a título de indenização advinda de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, porquanto não representam acréscimo patrimonial.

6. Precedentes: AgRg no Ag 934.006/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJ 06.03.2008; REsp 799.434/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31.05.2007; REsp 674.959/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 20/03/2006; REsp 673273/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 02.05.2005; REsp 156.772/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 04/05/98; REsp 118.534/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 19/12/1997.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1.116.460/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Na espécie, a União Federal defende a incidência da CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido sobre a verba recebida a título de indenização decorrente de desapropriação.

Cumpra asseverar que, em relação à apuração e ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, deve ser aplicada a mesma premissa adotada no julgamento do REsp 1.116.460/SP - de que não há acréscimo patrimonial na percepção da indenização por desapropriação - adotando-se as mesmas normas estabelecidas para o IRPJ, não havendo possibilidade de incidência da CSLL sobre tais valores, uma vez que o lucro é o critério material da hipótese de incidência de referida contribuição.

Ademais, assim dispõe o artigo 57, da Lei Federal nº 8.981/95:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Federal:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ. CSLL. GANHO DE CAPITAL. AUSÊNCIA. PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. CONCEITO DE FATURAMENTO. ORIGEM DIVERSA.

1. Mostra-se adequada a via mandamental, pois os documentos apresentados na inicial configuram prova pré-constituída, de molde a afastar a necessidade de dilação probatória ou inadequação da via eleita. Preliminar rejeitada.

2. A Primeira Seção do STJ ao apreciar o REsp nº 1.116.460/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e que, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.

3. *Nesse contexto, mostra-se equivocado o argumento da agravante no sentido de que o entendimento exarado no paradigma da Corte Superior de Justiça não se aplica às hipóteses de IRRF e CSLL.*

4. *Os valores pagos a título de indenização por desapropriação de bem imóvel pelo Poder Público, seja para fins de reforma agrária, seja por necessidade ou utilidade pública, tem natureza de indenização, ou seja, tem por objetivo a reposição do valor do bem de cuja propriedade foi privada.*

5. *Diante disso, o valor correspondente à indenização tem origem diversa do conceito de faturamento, eis que não deflui do exercício das atividades empresariais, principais ou acessórias. Conseqüentemente, não há que se falar em incidência do PIS ou da COFINS. Precedentes.*

6. *Embora a Constituição Federal preveja, no art. 184, §5º que estariam “isentas” de impostos federais apenas as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, no caso dos autos não se cuida de estender a imunidade aos outros casos de desapropriação que não os decorrentes de reforma agrária, mas de não correspondência dos valores recebidos à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.*

7. Matéria preliminar rejeitada, apelação da impetrante provida, apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 327188 - 0018756-56.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 06/09/2017, e-DJF3: 29/09/2017)

Reconhecido o direito à exclusão do IRPJ e CSLL sobre os valores recebidos a título de indenização por desapropriação, é direito da parte apelada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, tendo em vista a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada “Restituição e compensação de Tributos e Contribuições”, determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: “Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente,

tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG).

10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte própria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: “Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.” (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Levando em consideração a data do ajuizamento, a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: “A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, “os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos” (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”) (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Finalmente, não cabe a condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, conforme dispõe o artigo 25, da Lei nº 12.016/2009, e nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, deve ser dado parcial provimento à remessa necessária e à apelação da União, para excluir a condenação em honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0003105-59.2015.4.03.6104

Apelante: ARTECH SERVIÇOS, CONSULTORIA E PROJETOS LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/07/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. ADMISSÃO TEMPORÁRIA. GARANTIA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. SEGURO GARANTIA EM DESCONFORMIDADE AO ARTIGO 11, 3º DA IN SRF 1.361/2013.

1. O regime aduaneiro especial de Admissão Temporária permite a importação de bens que devam permanecer no País durante prazo fixado, na forma e nas condições estabelecidas, com suspensão total ou parcial do pagamento dos tributos, encontrando previsão nos art. 353 a 379 do Decreto nº 6.759/2009.

2. Tratando-se de bens admitidos temporariamente no país para “utilização econômica”, o parágrafo 4º do artigo 373 do Regulamento Aduaneiro prevê expressamente a exigência de garantia correspondente ao crédito tributário, porquanto a suspensão do pagamento de tributos se dá apenas de forma parcial.

3. Verifica-se que a apelante, ao solicitar prorrogação de prazo do regime aduaneiro especial por mais 12 (doze) meses, apresentou seguro garantia cuja vigência contempla somente o prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou no Procedimento Especial, nos termos da cláusula.

4. Da leitura dos termos da Apólice nº 04.0775-0212422 do subitem 3.1 (fls. 115-ID92503584) extrai-se que “A vigência da apólice contemplará o prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou no Procedimento Especial”, ou seja, a garantia do crédito tem validade somente durante o prazo de prorrogação do regime, o que não satisfaz os interesses do FISCO, na medida em que, finalizado o prazo de prorrogação, o crédito tributário estará descoberto, de modo que não haverá garantia alguma caso o importador não adote providência para a extinção do regime.

4. Não se pode admitir que a garantia tenha data certa para extinção enquanto os tributos permanecem suspensos até a extinção do regime, já que, em caso de descumprimento do regime, os tributos suspensos estariam descobertos por qualquer garantia.

5. Não restou evidenciada qualquer irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder no ato indeferiu o pedido de prorrogação, porque em desconformidade ao artigo 11, 3º da IN SRF 1.361/2013, razão pela qual a manutenção da r. sentença é medida que impõe.

6. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Artech Serviços de Consultoria e Projetos Ltda. contra ato praticado pelo Sr. Inspetor Chefe da Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos, objetivando autorização para prorrogação do regime de Admissão Temporária até 12/01/2016, prazo final constante do seguro garantia por ela apresentado.

Alega a impetrante ter importado, em regime especial de Admissão Temporária, duas máquinas valetadeiras, através da Declaração de Importação nº 12/0071177-9, tendo formulado pedido de prorrogação por mais 12 (dez) meses, de 13/01/2015 até 12/01/2016, mediante o recolhimento dos tributos federais devidos e a apresentação do seguro garantia vigente até 12/01/2016.

Insurge-se contra o indeferimento de seu pedido, defendendo a liquidez e certeza do direito postulado sob o argumento de que a Autoridade Impetrada não atentou para o disposto na cláusula 3 do contrato de seguro garantia, que dispõe acerca da vigência da apólice dentro do prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou procedimento especial, bem como na cláusula 4 que estabelece a renovação do prazo do seguro garantia.

Assevera, por fim, não ter descumprido as condições, requisitos e prazos estabelecidos para a prorrogação de referido regime.

A medida liminar foi indeferida às fls. 125/127-ID92503584.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, denegando a segurança, extinguindo o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC/73. Sem condenação em honorários advocatícios a teor das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF (fls. 151/153).

Apela a impetrante, requerendo a reforma da r. sentença, alegando que em momento algum o recebimento dos tributos pela Receita Federal ficou descoberto, tendo em vista as condições especiais do seguro garantia (fls. 168/178).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não provimento do recurso (fls. 193/194).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Cinge-se a controvérsia sobre a legalidade da exigência da garantia para além do prazo de prorrogação do regime de Admissão Temporária para Utilização Econômica, nos termos da IN SRF nº 1.361/2013.

In casu, quando do requerimento de concessão de regime de Admissão Temporária para as mercadorias importadas pela recorrente, em janeiro 2012, vigia a Instrução Normativa SRF nº 285/2003.

Em 12/01/2015 a apelante requereu a prorrogação do regime de Admissão Temporária por mais 12 (doze) meses, apresentando a Apólice nº 04.0775-0212422 na qual consta que a vigência da apólice contemplará o prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou no Procedimento Especial.

Em 18/02/2015 a impetrante foi intimada do despacho da autoridade fiscal, a apresentar Apólice Seguro Garantia constando na vigência a seguinte redação: “a cobertura desta apólice vigorará até a extinção das obrigações do tomador”, sob pena de indeferimento do pedido de prorrogação.

A recorrente não atendeu ao pedido, de modo que teve indeferida a prorrogação de Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária.

Pois bem. O regime aduaneiro especial de Admissão Temporária permite a importação de bens que devam permanecer no País durante prazo fixado, na forma e nas condições estabelecidas, com suspensão total ou parcial do pagamento dos tributos, encontrando previsão nos art. 353 a 379 do Decreto nº 6.759/2009.

Assim, tratando-se de bens admitidos temporariamente no país para “utilização econômica”, o parágrafo 4º do artigo 373 do Regulamento Aduaneiro prevê expressamente a exigência de garantia correspondente ao crédito tributário, porquanto a suspensão do pagamento de tributos se dá apenas de forma parcial. Confira-se:

Art. 373. Os bens admitidos temporariamente no País para utilização econômica ficam sujeitos ao pagamento dos impostos federais, da contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, proporcionalmente ao seu tempo de permanência no território aduaneiro, nos termos e condições estabelecidos nesta Seção (...)

§ 4º Na hipótese do § 3º, será exigida garantia correspondente ao crédito constituído no termo de responsabilidade, na forma do art. 759, ressalvados os casos de expressa dispensa, estabelecidos em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É bem de ver que na análise para a concessão do regime, como se trata de operações com dispensa de tributos, a legislação exige um cuidado especial sobre a capacidade financeira do importador em pagar o tributo em caso de descumprimento do regime que exonera o encargo tributário.

No caso em questão, o despacho decisório, exarado em 04/05/2015, indeferiu o pedido de prorrogação de prazo do regime aduaneiro de admissão temporária, na medida em que a garantia prestada nos autos do processo administrativo nº 11128.000065/2012-87 não atendeu ao disposto no §3º, do art. 11 da IN RFB nº 1.361/2013.

Verifica-se que a apelante, ao solicitar prorrogação de prazo do regime aduaneiro especial por mais 12 (doze) meses, apresentou seguro garantia cuja vigência contempla somente o prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou no Procedimento Especial, nos termos da cláusula.

Da leitura dos termos da Apólice nº 04.0775-0212422 do subitem 3.1 (fls. 115-ID92503584) extrai-se que “A vigência da apólice contemplará o prazo previsto no Termo de Responsabilidade ou no Procedimento Especial”, ou seja, a garantia do crédito tem validade somente durante o prazo de prorrogação do regime, o que não satisfaz os interesses do FISCO, na medida em que, finalizado o prazo de prorrogação, o crédito tributário estará descoberto, de modo que não haverá garantia alguma caso o importador não adote providência para a extinção do regime.

Assim, denota-se que a apólice do seguro garantia oferecida pela Impetrante subsistirá até o término do prazo de prorrogação, findando em 12/01/2016, não atendendo o disposto no § 3º do art. 11 da IN SRF nº 1.361/2013, que dispõe que a garantia deve subsistir até a extinção das obrigações do beneficiário decorrentes da concessão do regime.

Veja-se:

Art. 11. Será exigida a prestação de garantia em valor equivalente ao montante dos tributos suspensos nos termos do art. 10.

(...) 3º *A garantia subsistirá até a extinção das obrigações do beneficiário decorrentes da concessão do regime.* (grifei)

É certo que não se pode admitir que a garantia tenha data certa para extinção enquanto os tributos permanecem suspensos até a extinção do regime, já que, em caso de descumprimento do regime, os tributos suspensos estariam descobertos por qualquer garantia.

Por todo o exposto, não restou evidenciada qualquer irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder no ato indeferiu o pedido de prorrogação, porque em desconformidade ao artigo 11, 3º da IN SRF 1.361/2013, razão pela qual a manutenção da r. sentença é medida que impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0005047-42.2019.4.03.9999

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Apelada: METALÚRGICA NATALACO S.A.
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/07/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DA DÍVIDA NO PERT. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR COM A UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA REGULARIDADE PELA PGFN. ART. 4º, PORTARIA PGFN N. 1.207/2017. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO IMEDIATA DOS CRÉDITOS E DA EXECUÇÃO FISCAL. MANUTENÇÃO DA GARANTIA. ART. 10, LEI 13.496/2017. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal extinta, nos termos do art. 924, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que a adesão ao PERT – Programa Especial de Regularização Tributária, com a amortização do saldo devedor por meio da utilização de prejuízos fiscais equivaleria à quitação da dívida.

2. No presente caso, a contribuinte incluiu a CDA n. 80 2 06 012582-64 no PERT, disciplinado pela Lei n. 13.496/2017, na modalidade prevista no art. 3º, parágrafo único, I e II do referido diploma, tendo efetuado o pagamento de 5% (cinco por cento) da dívida e amortizado o saldo remanescente mediante compensação com crédito oriundo de prejuízo fiscal.

3. Com efeito, o Programa de Parcelamento constitui uma faculdade instituída em favor do sujeito passivo da obrigação tributária, podendo a ele aderir ou não, devendo, se aderir, observar as condições estipuladas na legislação de regência. Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessários para a referida concessão, descabendo qualquer ingerência do sujeito passivo da obrigação tributária - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

4. Para as dívidas no âmbito da Secretaria da Receita Federal, houve expressa previsão legal de que a utilização dos créditos de prejuízo fiscal na liquidação da dívida acarretaria a extinção dos “débitos sob condição resolutória de sua ulterior homologação” (art. 2º, §8º, da Lei n. 13.496/2017). Não há, contudo, disposição semelhante para as dívidas no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

5. A Portaria PGFN n. 1.207/2017, que regulamenta os procedimentos de utilização de créditos para amortização do saldo devedor incluído no Programa Especial de Regularização Tributária (Pert), de que trata a Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no artigo 4º estabeleceu que “A PGFN realizará, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, a análise da regularidade da utilização dos créditos previstos nesta Portaria, com base nas informações fiscais a serem prestadas pela RFB acerca da existência e suficiência dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL indicados pelo sujeito passivo”.

6. O art. 10, da Lei n. 13.496/2017 expressamente dispôs que “A opção pelo Pert implica manutenção automática dos gravames decorrentes de arrolamento de bens, de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas administrativamente, nas ações de execução fiscal ou qualquer outra ação judicial, salvo no caso de imóvel penhorado ou oferecido em garantia de execução, na qual o sujeito passivo poderá requerer a alienação por iniciativa particular, nos termos do art. 880 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

7. Sendo assim, a partir do regramento que disciplina o benefício fiscal, ao qual aderiu a contribuinte, é possível concluir que a amortização da dívida no âmbito do PERT mediante a utilização de prejuízos fiscais produz a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que ocorra a análise da regularidade pela PGFN ou decorra o prazo estipulado no art. 4º, da Portaria PGFN n. 1.207/2017, não possuindo efeito liberatório das garantias prestadas em ação de execução fiscal.

8. Apelação da União Federal provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União Federal, para anular a r. sentença e determinar a suspensão da execução fiscal, até que ocorra a análise da regularidade da amortização do saldo devedor pela PGFN ou decorra o prazo previsto no art. 4º, da Portaria PGFN n. 1.207/2017, com a manutenção da garantia ofertada nos autos de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em ação de execução fiscal ajuizada em face de Metalúrgica Natalaco S.A., objetivando a cobrança do débito inscrito em dívida ativa sob o n. 80 2 06 012582-64, no valor de R\$ 30.245,19 (atualizado até 20.03.2006).

A r. sentença julgou extinta a execução fiscal, nos termos do artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que a adesão ao PERT – Programa Especial de Regularização Tributária, com a liquidação do saldo devedor por meio da utilização de prejuízos fiscais equivaleria à quitação da dívida, sendo possível ao Fisco, caso constatada irregularidade no prazo legal para homologação da oferta, cancelar o parcelamento e inscrever o saldo devedor em dívida ativa, promovendo nova execução (ID 99775206, pág. 136).

Apela a União Federal, sustentando, em síntese, que as modalidades de parcelamento dos créditos inscritos em dívida ativa da União (administrados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) estão disciplinadas no artigo 3º da Lei n. 13.496/2017, não havendo previsão de extinção do débito sob condição resolutória de ulterior homologação para os casos de débitos inscritos em DAU. Afirma que a análise da regularidade da utilização do prejuízo fiscal na amortização do saldo devedor incluído em PERT deve ser realizada no prazo de 5 (cinco) anos pela PGFN, ficando suspensa a cobrança dos créditos até análise, que, caso não realizada no prazo, estará sujeita à homologação tácita, conforme previsto no artigo 4º, §1º, da

Portaria PGFN 1.207/17. Aduz que o parcelamento é causa de suspensão da exigibilidade do crédito e não de transação ou extinção, inexistindo previsão de cancelamento da penhora ou desbloqueio de bens, uma vez que o parcelamento não tem eficácia liberatória das garantias anteriormente prestadas na execução fiscal. Requer o provimento do recurso, para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos à origem (ID 99775206, pág. 140/146).

Em contrarrazões, a apelada alega que não pode ser prejudicada com a manutenção do presente executivo fiscal e a subsistência da garantia do crédito tributário pela ineficiência da Administração Pública em verificar e processar o pagamento realizado no âmbito de um programa de parcelamento que ela própria instituiu. Afirma que o programa do PERT, diferentemente de outros benefícios fiscais, tem previsão expressa de quitação da dívida por meio do uso de prejuízos fiscais, ainda que sujeita à ulterior homologação, não havendo que se falar em suspensão da presente execução até o prazo da efetiva confirmação da suficiência dos prejuízos fiscais. Aduz que não é razoável que tenha que arcar com o ônus da manutenção da garantia de um débito já extinto, até o pronunciamento da Fazenda Nacional sobre a confirmação do saldo de prejuízo fiscal, o que pode levar anos para ocorrer. Pugna pelo desprovimento do recurso e manutenção da r. sentença (ID 99775206, pág. 154/162).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Trata-se de execução fiscal extinta, nos termos do art. 924, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que a adesão ao PERT – Programa Especial de Regularização Tributária, com a amortização do saldo devedor por meio da utilização de prejuízos fiscais equivaleria à quitação da dívida.

No presente caso, a contribuinte incluiu a CDA n. 80 2 06 012582-64 no parcelamento PERT, disciplinado pela Lei n. 13.496/2017, na modalidade prevista no art. 3º, parágrafo único, I e II do referido diploma, tendo efetuado o pagamento de 5% (cinco por cento) da dívida consolidada e amortizado o saldo remanescente mediante compensação com crédito oriundo de prejuízo fiscal.

Com efeito, o Programa de Parcelamento constitui uma faculdade instituída em favor do sujeito passivo da obrigação tributária, podendo a ele aderir ou não, devendo, se aderir, observar as condições estipuladas na legislação de regência.

Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessários para a referida concessão, descabendo qualquer ingerência do sujeito passivo da obrigação tributária - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

Nesse sentido, segue julgado desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. LEI Nº 13.496/17. PERDA DO PRAZO PARA DESISTIR DAS IMPUGNAÇÕES E DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS AOS DÉBITOS QUE SE PRETENDE PARCELAR.

INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS.

1. Os parcelamentos, como favores fiscais que são, sujeitam-se em primeiro lugar ao princípio da estrita legalidade (art. 155-A do CTN) e por isso mesmo são avenças de adesão; ao contribuinte só resta anuir com os termos do acordo, descabendo qualquer ingerência dele - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

2. O art. 5º da Lei nº 13.496/17 expressamente prevê que “para incluir no Pert débitos que se encontrem em discussão administrativa ou judicial, o sujeito passivo deverá desistir previamente das impugnações ou dos recursos administrativos e das ações judiciais que tenham por objeto os débitos que serão quitados e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações e recursos ou ações judiciais, e protocolar, no caso de ações judiciais, requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos da alínea c do inciso III do *caput* do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

3. Conclui-se que o indeferimento (e não exclusão) do parcelamento pretendido decorreu, *in casu*, por culpa exclusiva da impetrante, e que o ato ora combatido apenas obedeceu à legislação de regência do benefício fiscal e por sua regulamentação.

4. Inexiste o menor vestígio de direito líquido e certo para quem quer “criar” uma regra de exoneração fiscal apenas para si mesmo, desejando para isso a írrita intervenção do Judiciário, que se concordasse com as proposituras postas na impetração acabaria afrontando a Constituição, por se travestir de legislador positivo. Cumpre ao contribuinte preencher todos os requisitos previstos na lei concessora para dele gozar, sob pena de indeferimento do pedido ou revogação do favor fiscal.

5. Não cabe ao Poder Judiciário, em relação a favores fiscais, alterar condições fixadas em lei para o benefício fiscal ou revê-las (TRF/3ª REGIÃO, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AMS 0000202-89.2013.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 29/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2014), e menos ainda tornar-se legislador positivo para criar regras inéditas.

6. Apelação e remessa necessária providas.”

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5003312-45.2018.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020)

Com efeito, dos termos da Lei n. 13.496/2017 não é possível extrair a conclusão de que a liquidação do débito mediante a utilização de prejuízos fiscais, no âmbito do PERT, acarretaria a extinção automática dos créditos tributários, possibilitando a extinção da execução fiscal por pagamento.

A referida Lei estabeleceu regramento diferenciado para os débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 2º) e aqueles no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 3º), como é o caso destes autos.

Para as dívidas no âmbito da Secretaria da Receita Federal, houve expressa previsão legal de que a utilização dos créditos de prejuízo fiscal na liquidação da dívida acarretaria a extinção dos “*débitos sob condição resolutória de sua ulterior homologação*” (art. 2º, §8º, da Lei n. 13.496/2017). Não há, contudo, disposição semelhante para as dívidas no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A Portaria PGFN n. 1.207/2017, que regulamenta os procedimentos de utilização de créditos para amortização do saldo devedor incluído no Programa Especial de Regularização Tributária (Pert), de que trata a Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, assim dispôs a respeito da análise da regularidade da utilização dos créditos na amortização do saldo devedor:

“Art. 4º A PGFN realizará, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, a análise da regularidade da utilização dos créditos previstos nesta Portaria, com base nas informações fiscais a serem prestadas pela RFB acerca da existência e suficiência dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL indicados pelo sujeito passivo.

§ 1º A cobrança do saldo devedor amortizado nos termos desta Portaria ficará suspensa até a confirmação dos créditos utilizados, mantendo-se as garantias eventualmente existentes.

§ 2º A constatação de fraude, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, quando da declaração dos montantes de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, implicará a imediata cobrança do saldo devedor, recalculado em razão do cancelamento da utilização dos créditos, não sendo permitida a retificação dos valores, sem prejuízo de eventuais representações contra os responsáveis, inclusive para fins penais.”

Como visto, segundo a referida norma, o saldo devedor amortizado mediante a utilização dos prejuízos fiscais permanecerá com a cobrança suspensa até a análise da regularidade pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a confirmação dos créditos utilizados, devendo ser mantidas as garantias eventualmente existentes.

Sobre as garantias da dívida, o artigo 10, da Lei n. 13.496/2017 foi expresso ao estabelecer que a opção pelo PERT implica a manutenção automática da garantia prestada em ação de execução fiscal, *in verbis*:

“Art. 10. A opção pelo Pert implica manutenção automática dos gravames decorrentes de arrolamento de bens, de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas administrativamente, nas ações de execução fiscal ou qualquer outra ação judicial, salvo no caso de imóvel penhorado ou oferecido em garantia de execução, na qual o sujeito passivo poderá requerer a alienação por iniciativa particular, nos termos do art. 880 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

Sendo assim, a partir do regramento que disciplina o benefício fiscal, ao qual aderiu a contribuinte, é possível concluir que a amortização da dívida no âmbito do PERT mediante a utilização de prejuízos fiscais produz a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que ocorra a análise da regularidade pela PGFN ou decorra o prazo estipulado no art. 4º, da Portaria PGFN n. 1.207/2017, não possuindo efeito liberatório das garantias prestadas em ação de execução fiscal.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes deste E. Tribunal Regional Federal:

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. PERT. QUITAÇÃO DE DÉBITOS COM PREJUÍZOS FISCAIS. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO. PRAZO. CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A pretensão recursal procede.
2. A compensação do saldo devedor com prejuízos fiscais no âmbito do Programa Especial de Regularização Tributária – PERT não extingue definitivamente os créditos tributários.
3. A Lei nº 13.496, de 2017, exige a homologação da operação do sujeito passivo, considerando-a condição resolutória (artigo 2º, §8º) e postergando a extinção definitiva dos tributos até o implemento dela.
4. Pode-se dizer que a quitação do saldo devedor com prejuízos fiscais produz, na verdade, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, até que o Fisco exerça a atividade de homologação.
5. Trata-se de interpretação compatível com o artigo 10 da Lei nº 13.496/2017, que, na qualidade de norma geral sobre garantia, impõe a retenção da caução até o cumprimento do

parcelamento. Não se justifica que a compensação de prejuízos fiscais receba um tratamento diferente, apesar de, similarmente ao parcelamento, não produzir a extinção imediata do crédito.

6. Outro artigo extraído da mesma lei também serve de parâmetro (artigo 5º, §3º), no exercício de interpretação sistemática: quando há depósitos vinculados aos débitos a serem quitados, o saldo credor somente poderá ser levantado pelo sujeito passivo após a confirmação dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL usados na compensação.

7. Neste contexto, a extinção da execução fiscal deve seguir a mesma diretriz: não pode ocorrer, enquanto não houver a homologação dos créditos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas empregados na quitação dos débitos.

8. A fixação de cento e oitenta dias para a atividade de homologação tampouco tem cabimento. A Lei n. 13.496/2017 prevê expressamente o período de cinco anos para a confirmação de prejuízos fiscais (artigo 2º, §9º), de modo que a redução por ordem judicial, inclusive mediante recurso ao prazo geral estabelecido em lei para a prolação de despacho administrativo – 360 dias –, implicaria violação da legalidade e da garantia da separação dos Poderes.

9. A lei sobre o Programa Especial de Regularização Tributária – PERT se mostra especial na regulamentação do prazo e não pode ser invalidada por considerações econômicas e políticas – retenção da garantia por tempo excessivo –, principalmente quando o quinquênio constitui referência para atividades administrativas similares – compensação e homologação de lançamento.

10. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016993-13.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 07/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2020)

“DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ADESÃO AO PERT. LEI 13.496/2017. PAGAMENTO E UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS DE PREJUÍZO FISCAL E DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSL. CONFIRMAÇÃO DA REGULARIDADE DO CRÉDITO UTILIZADO PENDENTE. PORTARIA PGFN 1.207/2017. MANUTENÇÃO DA GARANTIA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei 13.496/2017 instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária - PERT, prevendo o artigo 10 da Lei 13.496/2017 e o artigo 4, §1º, da Portaria PGFN 1.207/2017 que sejam mantidas as garantias constituídas em favor do crédito tributário até a ulterior análise dos créditos de prejuízo fiscal utilizados na amortização da dívida.

2. O prazo de cinco anos para confirmação da regularidade no uso de créditos pelo contribuinte é expressamente previsto no § 9º do artigo 2º da Lei 13.496/2017. Não decorrido, na espécie, o prazo legal especificamente previsto para a confirmação da regularidade na utilização de créditos para o cumprimento do parcelamento, inexistente ilegalidade a ser corrigida.

3. Agravo de instrumento desprovido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5018718-71.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 05/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/07/2020)

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da União Federal, para anular a r. sentença e determinar a suspensão da execução fiscal, até que ocorra a análise da regularidade da amortização do saldo devedor pela PGFN ou decorra o prazo previsto no art. 4º, da Portaria PGFN n. 1.207/2017, com a manutenção da garantia ofertada nos autos de origem.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5027214-25.2019.4.03.6100

Apelante: ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S/A CASAS PERNAMBUCANAS
 Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/07/2021

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. ARTIGO 3º, *CAPUT*, II E IV, DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. ALUGUEIS. PREVISÃO QUE NÃO ABARCA GASTOS ACESSÓRIOS ALHEIOS AO PREÇO PELO USO E GOZO DO BEM, RESSALVADAS AS “LUVAS” (ARTIGO 23, III, LEI 4.506/1964). INSUMOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FABRICAÇÃO DE BENS OU PRODUTOS DESTINADOS À VENDA. RESP 1.221.170. TEMAS REPETITIVOS 979 E 980. ESSENCIALIDADE E RELEVÂNCIA. OBJETO SOCIAL. DESPESAS OPERACIONAIS.

1. O estudo da legislação e da consolidada jurisprudência pátria revela que mecanismo de não-cumulatividade não traduz direito líquido e certo, em favor de todo e qualquer contribuinte sujeito à tributação, de enunciar custos próprios quaisquer como base para reconhecimento da possibilidade de creditamento. Não basta, assim, reconhecer que determinado dispêndio é percebido no decorrer de atividade em que se aufera receita como fundamento suficiente para a escrituração de créditos. Tal restrição não descaracteriza a não-cumulatividade, mas ao contrário e diversamente, amolda-a de acordo com a materialidade da tributação.

2. A abordagem constitucional da matéria não induz dissonância. Há que se ter presente que o efeito primordial desejado pela não-cumulatividade é reduzir a chamada “tributação em cascata”, em específico, e não decotar custos quaisquer da base de cálculo do tributo. Logo, não é possível extrair da previsão constitucional de não-cumulatividade, aplicável ao PIS/COFINS, qualquer indicativo de que há possibilidade de creditamento irrestrito sobre qualquer despesa, simplesmente porque não é este o intuito da não-cumulatividade, nem mesmo, de resto, para o próprio IPI e ICMS, tributos que receberam maior destaque e detalhamento no texto constitucional.

3. Inexiste, tampouco, exigência de que a não-cumulatividade seja aplicada indistintamente a todo e qualquer contribuinte. De fato, ao dispor o artigo 195, § 12, CF, que a “*lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas*” é notório que o legislador constitucional derivado chancelou à lei a possibilidade de excluir atividades empresariais da sistemática não-cumulativa. Trata-se de reconhecimento da função extrafiscal de tais contribuições sociais e da possibilidade do manejo do microsistema do PIS/COFINS como meio de indução de externalidades econômicas e sociais divisadas por relevantes pelo legislador ordinário, por meio do que se tem denominado “política fiscal”. É possível até mesmo um sistema intermediário, de cumulatividade parcial, entre o regramento cumulativo e o padrão de não-cumulatividade estabelecido pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

4. A possibilidade de creditamento por alugueis (artigo 3º, IV, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003) busca amortizar a despesa por utilização de bens que, quando de propriedade do contribuinte, compõem o ativo imobilizado da empresa. Tal fundamento transparece, inclusive, pela correspondência com a possibilidade paralela de descontos referentes a *“máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços”* (inciso VI). Assim, o custo identificado pelo legislador como passível de creditamento referente a alugueis é, especificamente, o incorrido por utilização de bem de outrem, o que é a própria definição do vínculo jurídico que caracteriza o contrato de locação, no Código Civil (artigo 565).

5. Deflui linearmente, portanto, que obrigações paralelas que seriam igualmente contraídas caso tais bens fossem de propriedade do contribuinte encontram-se à margem do direito ao creditamento divisado pela legislação de regência do PIS/COFINS. Ora, cota condominial, IPTU e custos relativos a fundos coletivos de propaganda, como no caso, não podem ser caracterizados como remuneração específica ao proprietário pela disponibilização do imóvel, independentemente de como o instrumento de locação definir o respectivo procedimento de quitação em cada caso (diretamente, por uma das partes, ou mediante repasse entre estas).

6. Tal conclusão em nada conflita com aquela alcançada pela Solução de Consulta Cosit 38/2014, destacada na arguição recursal, no sentido de que, acaso tais despesas sejam efetivamente embutidas no preço repassado ao locatário, o valor respectivo deve ser considerado como receita operacional do locador, na medida que tal hipótese denota repasse de custo operacional – não se confundindo, contudo, com a contraprestação pelo uso e gozo do bem. Esta é a perspectiva focada, igualmente, pela Lei 4.502/1964 ao conceituar os rendimentos do locador sujeitos à tributação (artigo 23). É da natureza da tributação de negócios jurídicos que a mesma prestação seja vista pela Administração sob ótica diferente a depender de qual dos polos obrigacionais é focado. O tratamento da receita global percebida pelo locador com o contrato de locação, para fim de tributação da renda, nada diz sobre a regência do custo do aluguel, enquanto rubrica específica, para fim de reivindicação de créditos de PIS/COFINS para o locatário. Irrazoabilidade haveria se do prisma do mesmo contribuinte houvesse acepção diversa do mesmo termo para lançamento de créditos e débitos, considerada uma mesma relação tributária.

7. O raciocínio não se amolda às luvas eventualmente pagas. Além de se tratar de valor que, efetivamente, refere-se à disponibilização do imóvel ao locatário, há disposição legal expressa que qualifica tal rubrica como aluguel, nos termos do artigo 23, III, da Lei 4.506/1964. Todavia, a conclusão não é extensível a outros valores referidos no dispositivo (em que a impetrante pretende subsumir os demais custos em discussão nesta ação), justamente porque, em consonância com a linha da razão de decidir adotada, não se enquadram como importâncias afetas especificamente à cessão de gozo e uso do bem.

8. O Judiciário, a quem atribuído constitucionalmente o controle isonômico da legalidade dos atos administrativos, não está adstrito ao entendimento firmado por órgão julgador no âmbito do próprio Executivo, razão pela qual, a teor do já exposto, não há como se acolher a tese de indistinção entre “aluguel” (como prevê a legislação do benefício) e “custos de locação”, enquanto conjunto de despesas incorridas pelo loca-

tário (como entendeu o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos julgamentos invocados pelo contribuinte)..

9. O comando do artigo 3º, *caput*, II, das leis de referência não se aplica à atividade empresarial de comércio varejista, para fins de creditamento de PIS/COFINS, como já decidiu esta Turma (ApCiv 5025939-12.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 30/09/2020). Logo, apenas poderia cogitar-se, em princípio, da aplicabilidade de tal comando para atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, conforme descritas no contrato societário.

10. Não há demonstração, para fim de respaldo da liquidez e certeza do direito invocado, de que as despesas de condomínio, IPTU e fundo de promoção e propaganda são relacionadas especificamente na intermediação e agenciamento de negócios (que, de regra, costumam ser desenvolvidos, no nicho empresarial da apelante, em ambiente virtual, em arranjo comumente referido como *market place*). Ainda que assim não fosse, aplicando-se o “teste de subtração” delineado no REsp 1.221.170, despesas de condomínio, IPTU, fundo de promoção e propaganda, ainda que atreladas ao contrato de locação, configuram simples despesas utilitárias, operacionais, porém não indispensáveis à atividade econômica desempenhada em etapa que a impetrante objetiva de modo facultativo obter estabelecimentos físicos em localizações privilegiadas, bem como, no caso das despesas com publicidade e propaganda, maior exposição e comercialização dos produtos e serviços prestados.

11. As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 exigem, como condição de creditamento, que a aquisição dos bens e serviços selecionados seja sujeita, no caso concreto, ao pagamento de PIS/COFINS (artigo 3º, 2º), ônus de prova e enquadramento fático sequer debatido pela recorrente nestes autos, para fim de se invocar direito líquido e certo sobre o assunto, tanto mais considerando que a análise da tese alternativa sobre insumos pressupõe o afastamento do entendimento ampliativo sobre o contrato de locação.

12. O crédito reconhecido gera direito à compensação, na via administrativa, mediante procedimento próprio, com comprovação e liquidação dos valores envolvidos, observados os critérios consagrados na jurisprudência e previstos no artigo 168, CTN (prescrição quinquenal, contabilizada, *in casu*, do ajuizamento da ação de protesto 5031859-30.2018.4.03.6100); artigo 170-A, CTN (trânsito em julgado da decisão); artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, conforme regime legal vigente na propositura da ação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado, ao fazer referência expressa a “precatório”, registra entendimento de que não é possível que o ressarcimento de valor de natureza fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de importância de origem fiscal em detrimento do sistema de

precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

13. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença denegatória de segurança, em mandado impetrado objetivando, em síntese, o reconhecimento do direito do contribuinte de apropriar crédito de PIS/COFINS em relação aos valores despendidos a título de condomínio, luvas, IPTU, e fundo de promoção e propaganda referentes aos imóveis locados utilizados em suas atividades, não somente em relação a fatos gerados futuros, como também aos ocorridos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação de protesto 5031859-30.2018.4.03.6100, ou seja, desde dezembro/2013.

Alegou-se que (1) o artigo 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 estabeleceu rol de hipóteses que ensejariam o direito à apuração de créditos, sendo que dentre as situações previstas o inciso IV assegura o direito de apurar créditos relativos ao PIS/COFINS sobre despesas com aluguel, desde que observados dois requisitos: (i) os pagamentos devem ser efetuados a pessoas jurídicas; e (ii) os imóveis locados devem ser empregados nas atividades da empresa locatária; (2) o contrato de locação é aquele pelo qual o uso de determinado bem é cedido a terceiro mediante remuneração, e o aluguel consiste, justamente, no pagamento do preço atribuído pela utilização do bem contratado; (3) se o aluguel corresponde ao preço ajustado pelas partes em remuneração à cessão do direito de uso de determinado bem, todas as verbas desembolsadas pelo locatário em favor do locador pelo uso do bem compõem o aluguel, sendo que o artigo 23 da Lei 4.506/1964 corrobora tal entendimento ao classificar como aluguel todas as demais rubricas pagas pelo locatário ao locador, como contraprestação ao direito de uso e gozo do imóvel; (4) em consequência, os valores pagos a título de condomínio, luvas, IPTU e fundos de promoção integram a locação e, assim, devem igualmente gerar crédito de PIS/COFINS; (5) a própria Receita Federal do Brasil já manifestou posicionamento no sentido de que o IPTU e a despesa com condomínio pagos pelo locatário integram o preço da locação, nos termos da Solução de Consulta COSIT 38/2014; (6) as luvas correspondem tanto aos valores pagos para locação originária do ponto comercial, quanto para assegurar renovação de tais contratos, estando tal pagamento indissociavelmente relacionado ao contrato de aluguel, pois a própria legislação classifica como alugueis os valores atinentes a luvas, nos termos do artigo 23, III, da Lei 4.506/1964; (7) o contrato firmado com o shopping Bonsucesso, em sua cláusula 6.1, prevê que o valor referente ao fundo de promoção e propaganda compõe o valor do aluguel e, em se tratando, pois, de despesa obrigatória para que o locatário possa se utilizar do imóvel, tal rubrica integra o conceito de aluguel para fins de creditamento de PIS/COFINS; (8) o regime não cumulativo do PIS/

COFINS possui *status* constitucional, gerando efetivo direito subjetivo dos contribuintes de não sofrer tributação cumulativa no ciclo da atividade econômica desempenhada; (9) no PIS/COFINS a não cumulatividade se aperfeiçoa com o creditamento sobre bens que se relacionem à concretização do aludido fato indicativo da presunção de riqueza tributada, qual seja a obtenção de receita; (10) tais despesas amoldam-se ao conceito de insumos previsto no artigo 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, especialmente ante a interpretação dada à norma pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.221.170; (11) não há qualquer restrição à aplicação do conceito de insumo para contribuinte que tenha como atividade preponderante o comércio varejista, sendo que ainda presta serviços de intermediação, especialmente para empresas seguradoras e de telefonia; e (12) a utilização de imóveis é essencial para o exercício de suas atividades.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente, convém destacar que o estudo da legislação e da consolidada jurisprudência pátria revela que mecanismo de não-cumulatividade não traduz direito líquido e certo, em favor de todo e qualquer contribuinte sujeito à tributação, de enunciar custos próprios quaisquer como base para reconhecimento da possibilidade de creditamento. Não basta, assim, reconhecer que determinado dispêndio é percebido no decorrer de atividade em que se aufera receita como fundamento suficiente para a escrituração de créditos.

Registre-se que tal restrição não descaracteriza a não-cumulatividade, mas ao contrário e diversamente, amolda-a de acordo com a materialidade da tributação. É linear a inferência de que, se o regramento de não-cumulatividade do PIS/COFINS não pode reproduzir mecanicamente sistemática do IPI (como concluiu a Corte Superior no REsp 1.221.170, Rel. Min. NAPOLEÃO MAIA, DJe 24/04/2018, em rito repetitivo), então a instrumentalização normativa da não-cumulatividade comporta variação segundo cada tributo ao qual aplicada. Este é todo o fundamento de perscrutar-se o significado de “insumo”, inclusive, com o que a Corte Superior, no julgado referido, elegeu a pertinência dos crivos de *essencialidade e relevância* da despesa para lastrear a possibilidade de creditamento.

A abordagem constitucional da matéria não induz dissonância. Há que se ter presente que *o efeito primordial desejado pela não-cumulatividade é reduzir a chamada “tributação em cascata”, em específico, e não decotar custos quaisquer da base de cálculo do tributo*. Logo, não é possível extrair da previsão constitucional de não-cumulatividade, aplicável ao PIS/COFINS, qualquer indicativo de que há possibilidade de creditamento irrestrito sobre qualquer despesa, simplesmente porque não é este o intuito da não-cumulatividade, nem mesmo, de resto, para o próprio IPI e ICMS, tributos que receberam maior destaque e detalhamento no texto constitucional.

No ensejo da menção ao trato constitucional da matéria, é oportuno ainda observar que inexistente, tampouco, exigência de que a não-cumulatividade seja aplicada a todo e qualquer contribuinte indistintamente. De fato, ao dispor o artigo 195, § 12, CF, que a *“lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos*

incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas” é notório que o legislador constitucional derivado chancelou à lei a possibilidade de excluir atividades empresariais da sistemática não-cumulativa. Trata-se de reconhecimento da função extrafiscal de tais contribuições sociais e da possibilidade do manejo do microssistema do PIS/COFINS como meio de indução de externalidades econômicas e sociais divisadas por relevantes pelo legislador ordinário, por meio do que se tem denominado “política fiscal”.

Esta percepção já foi inúmeras vezes ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que constou do seguinte julgado (grifos nossos):

RE 559.937, Rel. p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe 17/10/2013: “Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. *PIS/COFINS – importação*. Lei nº 10.865/04. Vedação de *bis in idem*. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou *ad valorem*. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao *bis in idem*, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresse, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes. 3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. *Não há que se dizer que deversem as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo*. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF. 4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas *ad valorem* e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência. 5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação. 6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota *ad valorem* sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal. 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. *O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial*. 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições , por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Veja-se, portanto, que não existe qualquer vedação até mesmo à existência de sistema intermediário, caracterizado por cumulatividade parcial, situado, nestes termos, entre o regramento cumulativo e o padrão de não-cumulatividade estabelecido pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Destaque-se, ainda, que a Emenda Constitucional 42/2003 (que adicionou o § 12 ao artigo 195 do texto constitucional) não criou ou determinou a não-cumulatividade para a contribuição sobre a receita ou faturamento: o diploma é posterior tanto à Lei 10.637/2002 como à Medida Provisória 135/2003 (que viria a ser convertida na Lei 10.833/2003). Logo, a única carga prescritiva possível do comando é justamente a oposta: *o legislador constitucional derivado sublinhou a desnecessidade da não-cumulatividade ser aplicada indistintamente para todas as atividades econômicas*, recaiando ao legislador ordinário a possibilidade de escolha de quais setores, especificamente, seriam tributados de tal forma, pelo que não se cogita da inconstitucionalidade aventada.

Feitos estes apontamentos, a pretensão de escrituração de créditos de PIS/COFINS exige demonstração específica de respaldo legal e jurisprudencial próprio, a ser avaliada em cotejo com o acervo probatório dos autos, caso a caso.

Nesta tarefa, observa-se que a legislação não respalda o raciocínio exposto pela ora apelante para afirmar o direito de lançamento de créditos escriturais sobre despesas incorridas no contexto de contratos de locação firmados, relativas a cotas condominiais, IPTU e repasses a fundos de promoção e propaganda, sob a premissa de que compreendidas no conceito legal de aluguel do artigo 3º, IV, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A propósito, a redação do mencionado dispositivo legal:

“Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

IV – aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;”

Da análise do comando acima, extrai-se que a possibilidade de creditamento por aluguéis busca amortizar a despesa por utilização de bens que, quando de propriedade do contribuinte, compõem o ativo imobilizado da empresa. Tal fundamento transparece, inclusive, pela correspondência com a possibilidade paralela de descontos referentes a “máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços” (artigo 3º, VI, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003).

Assim, o custo identificado pelo legislador como passível de creditamento referente a aluguéis é, especificamente, o incorrido por utilização de bem de outrem, o que é a própria definição do vínculo jurídico que caracteriza o contrato de locação, no Código Civil:

“Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.”

Deflui linearmente, pois, que obrigações paralelas que seriam igualmente contraídas caso tais bens fossem de propriedade do contribuinte situam-se à margem do direito ao creditamento divisado pela legislação de regência do PIS/COFINS. Ora, cota condominial, imposto sobre território e custos referentes a fundos coletivos de propaganda, como no caso dos autos, não

caracterizam remuneração ao proprietário especificamente pela disponibilização do imóvel, independentemente de como o instrumento de locação definir o respectivo procedimento de quitação em cada caso (diretamente, por uma das partes, ou mediante repasse entre estas).

Com efeito, a própria Lei 8.245/1991 (“Lei do Inquilinato”) diferencia o aluguel da contribuição condominial devida, bem como de outros encargos assumidos:

“Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

(...)

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;

(...)

XI - pagar o prêmio do seguro de fiança;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.”

É irrelevante para a lide que tais valores possam ser conexos ao aluguel (veja-se que a própria enunciação implica a diferenciação) e conjuntamente chamados de “custos de locação”, como ocorrido nos julgamentos administrativos mencionados pela recorrente em memoriais. A espécie não revela, assim, sobrevalor decorrente especificamente do contrato de locação (cessão de uso e gozo de coisa não fungível mediante retribuição, o aluguel) e desconsiderado, sem fundamento, pela tributação. Ao revés, seria possível cogitar-se, em verdade, de redução excepcional de despesas operacionais, acaso a avença firmada dispensasse o locatário de fazer frente a custos que, se proprietário fosse, estaria regularmente obrigado a quitar.

Perceba-se, igualmente, que tal conclusão em nada conflita com aquela alcançada pela Solução de Consulta Cosit 38/2014, destacada na arguição recursal, no sentido de que, acaso tais despesas sejam efetivamente embutidas no preço repassado ao locatário, o valor respectivo deve ser considerado como receita operacional do locador, na medida que tal hipótese denota repasse de custo operacional – não se confundindo, contudo, com a contraprestação pelo uso e gozo do bem. Esta é a perspectiva focada, igualmente, pela Lei 4.502/1964 ao conceituar os rendimentos do locador sujeitos à tributação (artigo 23).

É da natureza da tributação de negócios jurídicos que a mesma prestação seja vista pela Administração sob ótica diferente a depender de qual dos polos obrigacionais é focado. O tratamento da receita global percebida pelo locador com o contrato de locação, para fim de tributação da renda, nada diz sobre a regência do custo do aluguel, enquanto rubrica específica, para fim de reivindicação de créditos de PIS/COFINS para o locatário. Irrazoabilidade haveria se do prisma *do mesmo contribuinte* houvesse acepção diversa do mesmo termo para lançamento de créditos e débitos, considerada uma mesma relação tributária.

Ademais, na linha da fundamentação supra, considerando a literalidade que rege a concessão de benefícios fiscais (artigo 111 do CTN) e em função do imperativo de neutralidade e isonomia fiscal, mantendo o caráter objetivo da aferição dos critérios legais condicionantes do creditamento de PIS/COFINS sob o regramento da sistemática da não-cumulatividade, não há como interpretar favoravelmente ao contribuinte a legislação, independentemente da forma como assentado o assunto pelas partes em contratos particulares.

Neste sentido (grifos nossos):

AI 5013093-27.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e - DJF3 12/12/2017: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. CREDITA-

MENTO DE ENCARGOS DE IPTU E CONDOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA AMPLIAR CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO. LIMINAR DENEGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. 1. Como é sabido, a não cumulatividade relativa ao PIS e à COFINS é sistematizada com a técnica de desconto de determinados encargos, a exemplo dos alugueres. 2. *Embora as despesas de IPTU e condomínio sejam encargos de responsabilidade do locatário, a lei tributária não as elenca como passíveis de creditamento no cálculo de PIS e COFINS.* 3. *Tenha-se em vista que a redação legal é bastante enfática em possibilitar o desconto em relação a alugueis de prédios, não estendendo o benefício aos demais encargos decorrentes da locação.* 4. *A princípio, apenas os créditos previstos na legislação citada são passíveis de desconto para apuração das bases de cálculo das contribuições. Se houve restrição legislativa do benefício a determinados créditos, por evidente que não cabe ao Judiciário estender o rol, sob pena de infringir a separação dos poderes.* 5. *A interpretação extensiva de forma assegurar o creditamento pretendido não comporta acolhimento, também, em razão da determinação, contida no artigo 111, I, do Código Tributário Nacional no sentido de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literal e restritivamente.* 6. Não se perca de vista que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 110, dispõe acerca da impossibilidade da lei tributária alterar o conceito ou alcance de institutos de direito privado, não cabendo, ante as disposições da lei de locação, estender o conceito de aluguel às despesas de condomínio e IPTU. 7. Agravo de instrumento desprovido.”

Frise-se, contudo, que tal raciocínio não se amolda às luvas eventualmente pagas. Trata-se de valor que, efetivamente, refere-se à disponibilização do imóvel ao locatário, circunstância cumulada à disposição legal expressa que qualifica tal rubrica como aluguel, nos termos do artigo 23, III, da Lei 4.506/1964:

“Art. 23. Serão classificados como alugueis ou “royalties” tôdas as espécies de rendimentos percebidos pela ocupação, uso, fruição ou exploração dos bens e direitos referidos nos artigos 21 e 22, tais como:
(...).

III - As luvas, os prêmios, gratificações ou quaisquer outras importâncias pagas ao locador, ou cedente do direito, pelo contrato celebrado;”

Registre-se, desde logo, que a conclusão acima não é extensível a outros valores referidos no dispositivo (em que a impetrante pretende subsumir, extensivamente, os demais custos em discussão nesta ação), justamente porque, em consonância com a linha da razão de decidir adotada, não se enquadram como importâncias afetas especificamente à cessão de gozo e uso do bem imóvel.

Cumpra consignar que o Judiciário, a quem atribuído constitucionalmente o controle isonômico da legalidade dos atos administrativos, não está adstrito ao entendimento firmado por órgão julgador no âmbito do próprio Executivo, razão pela qual, a teor do já exposto, não há como se acolher a tese de indistinção entre “aluguel” (como prevê a legislação do benefício) e “custos de locação”, enquanto conjunto de despesas incorridas pelo locatário (como entendeu o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos julgamentos invocados pelo contribuinte).

Sobre a possibilidade das despesas invocadas serem inseridas no conceito de insumos previsto no artigo 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, a matéria foi, como referido, objeto de discussão pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu, sob rito repetitivo (Temas 979 e 980), que o conceito de insumo, para os efeitos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003,

deve ser aferido à luz dos critérios da *essencialidade ou relevância*, perquirindo-se *imprescindibilidade ou importância* do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica do contribuinte (grifos nossos):

REsp 1.221.170, Rel. Min. NAPOLEÃO MAIA, DJe 24/04/2018: TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015). 1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 30., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo. 2. *O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.* 3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI. 4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.”

Assim, conforme orientação da Corte Superior, para aplicação do regime de não-cumulatividade previsto no artigo 195, § 12, da CF/1988 e, por consequência, reconhecimento do direito ao creditamento de tributos pagos na cadeia produtiva, deve ser cotejada a real e efetiva essencialidade do bem ou serviço com o objeto social do contribuinte, restringindo-se o direito ao creditamento somente aos imprescindíveis ou essenciais ao atingimento da finalidade empresarial, excluídos os demais, cabendo, assim, fazer distinção entre o conceito de *insumos, afetos ao processo produtivo e ao produto final, de meras despesas operacionais, relacionadas às atividades secundárias, administrativas ou não essenciais da empresa.*

No caso, consta da ficha cadastral perante a RFB a seguinte identificação da atividade econômica principal da empresa: “47.13.0.04 - lojas de departamento ou magazines, exceto lojas francas (*Duty free*)”, tendo como atividades secundárias “79.90-1-04 - atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários” (ID 137392389, f. 1), sendo que a própria apelante informou que possui como atividade preponderante o comércio varejista, embora também realize prestação de serviços de intermediação, especialmente para empresas seguradoras e de telefonia, sendo, assim, contribuinte de ISS (ID 137394166, f. 17/18).

Sucedendo que o comando do artigo 3º, *caput*, II, das leis de referência não se aplica à atividade empresarial de comércio varejista, para fins de creditamento de PIS/COFINS. Com

efeito, a previsão de escrituração de créditos a título de insumos é restrita a “bens e serviços”, utilizados “na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda”.

Esta Turma já teve oportunidade de apreciar minuciosamente a questão (grifos atuais):

ApCiv 5025939-12.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 30/09/2020: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. ESCRITURAÇÃO DE CRÉDITOS. INSUMOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FABRICAÇÃO DE BENS OU PRODUTOS DESTINADOS À VENDA. ARTIGO 3º, CAPUT, II, DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. RESP 1.221.170. MODAL INAPLICÁVEL A ATIVIDADES COMERCIAIS. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.221.170, sob sistemática repetitiva, prevaleceu posição intermediária a respeito da possibilidade de escrituração de créditos na sistemática não-cumulativa de PIS/COFINS a título de insumos (artigo 3º, caput, II das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003). Firmou-se entendimento de que o creditamento não poderia ser tão restritivo quanto no caso do IPI (pois diversa a sistemática de não-cumulatividade e a materialidade fato gerador), e tampouco tão amplo quanto no caso do IRPJ (revelando-se incabível a simetria entre “insumos” e “custos e despesas operacionais”). A regra eleita foi a de aferição da “essencialidade” ou “relevância” no processo produtivo ou na prestação de serviços do item empregado(...) 5. O comando do artigo 3º, caput, II, das leis de referência, bem observado, não se aplica à atividade empresarial destacada nestes autos - a saber, comércio varejista, em que se pretende creditamento de PIS/COFINS a partir de custos incorridos para viabilização de atividade comercial, como despesas referentes ao trato logístico de mercadorias recebidas em centros de distribuição, ao descarte de produtos impróprios, às embalagens utilizadas nas vendas ao consumidor final e às taxas pagas à Administração e órgãos de classe para operação de farmácias e drogarias. Com efeito, a previsão de escrituração de créditos a título de insumos é restrita a “bens e serviços”, utilizados “na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda”. 6. A afirmação de que não há vedação expressa ao creditamento em tais hipóteses é ilação que não cabe acolher. Ainda que se quisesse assumir que as possibilidades de creditamento previstas no artigo 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 seriam exemplificativas, é inviável concluir que o legislador, ao referir expressamente, no específico caso do inciso II do caput, que o crédito ali indicado se aplica na “prestação de serviços” ou “produção ou fabricação de bens ou produtos para a venda”, não estaria excluindo as demais atividades econômicas. Não se trata sequer de interpretação restritiva, com fulcro no artigo 111 do CTN, pois, ao contrário, o vértice é sistemático e teleológico. Se é certo que no regime não-cumulativo de PIS/COFINS não se admite crédito por toda e qualquer despesa, e que tampouco há obrigação de que todos os setores econômicos sejam beneficiados por tal sistemática, ressoa patente que o legislador ordinário, ao referir “prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda” não exemplificou atividades econômicas, mas delimitou o âmbito de incidência daquele comando legal. 7. A interpretação de determinada enunciação normativa como exemplificativa exige percepção contextual da regra, não sendo cabível, para alcançar-se tal conclusão, a desconsideração da função semântica do texto positivado. Se a intenção do legislador fosse não erguer qualquer ressalva à incidência do dispositivo, não haveria porque especificar categorias: a menção à “prestação de serviços” e “fabricação ou produção de bens ou produtos destinados à venda” poderia ser, singelamente, suprimida, sem prejuízo à compreensão da norma. Em suma, vale a antiga lição hermenêutica de que as palavras na lei não podem ser assumidas, presumidamente, como desprovidas de eficácia: “a lei não contém palavras inúteis”. Nesta linha, observa-se que o artigo 3º, caput, I, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 parece ser, em verdade, o comando destinado à previsão de creditamento nas atividades varejistas, ao permitir a escrituração

de créditos a partir de bens adquiridos para revenda (e, de maneira correspondente, nada diz sobre a prestação de serviços e a produção de bens), a indicar oposição entre os comandos segundo cada setor mencionado pela lei em cada caso. 8. O raciocínio exposto para afirmar que o direito a tal modal de crédito em atividades comerciais seria possível porque, a partir da positivação principiológica em texto constitucional, “a não-cumulatividade é regra, e não exceção”, não se sustenta. A Emenda Constitucional 42/2003 (que adicionou o § 12 ao artigo 195 do texto constitucional) não criou ou determinou a não-cumulatividade para a contribuição sobre a receita ou faturamento: o diploma é posterior tanto à Lei 10.637/2002 como à Medida Provisória 135/2003 (que viria a ser convertida na Lei 10.833/2003). Logo, a única carga prescritiva possível do comando é justamente a oposta: o legislador constitucional derivado sublinhou a desnecessidade da não-cumulatividade ser aplicada indistintamente para todas as atividades econômicas, recaindo ao legislador ordinário a possibilidade de escolha de quais setores, especificamente, seriam tributados de tal forma. 9. Não há, em qualquer parte dos votos proferidos quando do julgamento do REsp 1.221.170, elementos hábeis à conclusão categórica de que o conceito de insumo, para este fim, seria aplicável para atividades diversas da prestação de serviços e produção de bens, nada obstante o destaque dado pela apelação à referência, na ementa do julgado, à “atividade econômica”, termo generalista que, segundo alegou, ratificaria esta conclusão. Sucede que, para além do vício deontológico (declarar a premissa de que créditos de insumos são caracterizados segundo a atividade econômica desempenhada não permite inferir a regra de que toda a atividade econômica abstratamente considerada admite a escrituração de descontos a partir de insumos), observa-se que, bem ao oposto, há indicativos expressos de que não se cogitou, no julgado, de atividades comerciais como aptas a gerar tal tipo de crédito. Tal percepção é ratificada, ainda, pela jurisprudência posterior da Corte Superior - v.g. AgInt no REsp 1.804.057, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 04/10/2019. 11. Apelo desprovido.”

Contudo, considerando que o contribuinte também realiza atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, hipótese passível de creditamento na forma de insumo, passa-se ao exame da essencialidade de tais despesas face à atividade secundária prevista no contrato social.

De saída, constata-se que não há demonstração, para fim de respaldo da liquidez e certeza do direito invocado, de que as despesas de condomínio, IPTU e fundo de promoção e propaganda encontram-se relacionadas especificamente à atividade de intermediação e agenciamento de negócios (que, de regra, costumam ser desenvolvidos, no nicho empresarial da apelante, em ambiente virtual, em arranjo comumente referido como *market place*).

De toda a sorte, ainda que assim não fosse, não há como alcançar tampouco a conclusão de que tais custos perfazem insumo essencial ou imprescindível ao cumprimento do objeto social para efeito de autorizar creditamento na forma do artigo 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Destaque-se que apesar da apelante sustentar a necessidade de disponibilização de locais físicos para permitir acesso de clientes a produtos e serviços, além de centros de distribuição em locais estratégicos, a legislação, porém, já previu, especificamente em relação aos imóveis, o direito de creditamento sobre o valor do aluguel pago, como forma de incentivo fiscal a viabilizar a atividade econômica. Além disso, a opção por locar determinados imóveis e sob quais condições negociais são de responsabilidade da própria locatária.

Desse modo, aplicando-se o “teste de subtração” delineado no REsp 1.221.170, despesas de condomínio, IPTU, fundo de promoção e propaganda, ainda que atreladas ao contrato de locação, configuram simples despesas utilitárias, operacionais, porém não indispensáveis à

atividade econômica desempenhada em etapa que a impetrante objetiva de modo facultativo obter estabelecimentos físicos em localizações privilegiadas, bem como, no caso de despesas com publicidade e propaganda, maior exposição e comercialização dos produtos e serviços prestados.

Neste sentido:

ApCiv 0003877-71.2014.4.03.6002, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, Intimação via sistema 01/11/2020: “TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. ARTIGO 3º, INCISO II, DAS LEIS nº 10.637/02 e 10.833/03. DESPESAS. INSUMO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. A presente ação tem por escopo a obtenção de provimento jurisdicional para que seja declarado o direito da autora ao creditamento de despesas de pedágio, de depreciação de bens do ativo permanente e de aluguel de softwares específicos na apuração da contribuição ao PIS e da COFINS. 2. A questão em discussão diz respeito ao regime da não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, previsto nos §§ 12 e 13 do artigo 195 da Constituição Federal/88, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, e instituído pelas Leis nº 10.637/2002 (PIS) e nº 10.833/2003 (COFINS). 3. Desse modo, as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 dispuseram em seu artigo 3º, inciso II, sobre o creditamento a título de PIS e COFINS, respectivamente, dispondo que a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a bens e serviços utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda. 4. Nesse passo, considerando que as regras da não-cumulatividade das contribuições sociais em comento estão afetas à definição infraconstitucional, ao amparo da Lei Maior, os aludidos diplomas normativos restringiram a hipótese de creditamento àqueles bens e serviços utilizados como “insumo”, vale dizer, o elemento intrinsecamente relacionado ao processo de produção de mercadorias ou serviços que tem por objeto a pessoa jurídica, não havendo de se cogitar na interpretação do termo “insumo” de forma ampla, abrangendo quaisquer custos e despesas inerentes à atividade da empresa, como equivocadamente entende a autora, ora recorrente, sob pena de violação ao artigo 111 do Código Tributário Nacional. 5. Compulsando os autos, observa-se à vista do CNPJ da empresa (Id 89866023), que a recorrente tem por atividade econômica principal a fabricação, comércio e atacadista de produtos alimentícios (moagem de trigo e fabricação de derivados), além de importação e exportação de sementes de milho, soja, trigo, arroz entre outros. 6. *O conceito de “insumo” para definição dos bens e serviços que dão direito a creditamento na apuração da contribuição ao PIS e da COFINS deve ser extraído do inciso II, do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, não havendo direito a crédito sem qualquer limitação para abranger qualquer bem ou serviço que não seja intrinsecamente vinculado à fabricação do produto destinado à venda ou à prestação de serviços.* 7. No que alude ao caso em discussão, impende mencionar que o E. Superior Tribunal de Justiça, a quem compete em última análise velar pela correta aplicação da lei federal, no julgamento do REsp nº 1.221.170, submetido ao rito dos recursos repetitivos, apreciou a referida controvérsia e proferiu entendimento no sentido de que o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado bem ou serviço no desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte. 8. *In casu, no que alude à alegada subsunção das despesas de pedágio, de depreciação de bens do ativo permanente e de aluguel de softwares específicos ao conceito de insumo, entendendo que a pretensão da autora não encontra guarida para prosperar.* 9. Não obstante a autora suporte tais despesas no exercício de sua atividade e, equivocadamente, as conceitue como insumo, em cotejo com o objeto social da empresa recorrente não se vislumbra o critério da essencialidade e da relevância das despesas apontadas no tocante à prestação dos serviços, à produção ou à fabricação dos bens ou produtos destinados à venda, e tampouco se mostram intrinsecamente vinculadas a essas para fins de caracterizar a legitimidade do

desconto na apuração da contribuição ao PIS/COFINS. 10. Outrossim, não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo para determinar desconto na base de cálculo das exações, o que somente ocorre mediante expressa previsão legal, a cargo do Poder Legislativo (art. 111 do CTN). 11. Assim, não restando demonstrado o alegado direito da autora, apto a amparar a pretensão veiculada na presente ação, tampouco há de se cogitar em indébito tributário. 12. Apelação não provida.”

ApCiv 5006527-67.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, Intimação via sistema 15/10/2020: “DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. ARTIGO 195, §12, CF/1988. REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. TEMAS REPETITIVOS 979 E 980. INSUMOS. ESSENCIALIDADE E RELEVÂNCIA. OBJETO SOCIAL. DISTINÇÃO DE DESPESAS OPERACIONAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAIS - EPI. ATIVIDADE PERIGOSA OU INSALUBRE. 1. *Consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgado repetitivo, (Temas 979 e 980), que o conceito de insumo, para os efeitos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, perquirindo-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.* 2. *Conforme orientação da Corte Superior, para aplicação do regime de não-cumulatividade previsto no artigo 195, § 12, da CF/1988 e, por consequência, reconhecimento do direito ao creditamento de tributos pagos na cadeia produtiva, deve ser cotejada a real e efetiva essencialidade do bem ou serviço com o objeto social do contribuinte, restringindo-se o direito ao creditamento somente aos imprescindíveis ou essenciais ao atingimento da finalidade empresarial, excluídos os demais, cabendo, assim, fazer distinção entre o conceito de insumos, afetos ao processo produtivo e ao produto final, de meras despesas operacionais, relacionadas às atividades secundárias, administrativas ou não essenciais da empresa.* 3. *Dentre todas as indicações promovidas somente uma pode ser reputada como despesa ou custo passível de creditamento no regime não cumulativo do PIS/COFINS. Trata-se, com efeito, dos valores envolvidos com a aquisição de EPI – equipamentos de proteção individuais para uso pelos funcionários que, embora não seja propriamente insumo do processo produtivo em si, configura condição essencial ao exercício regular da atividade produtiva, quando envolva risco à saúde do trabalho, que torne obrigatória a sua utilização, como no caso de manuseio de produtos perigosos como elementos e aditivos químicos, de modo que se reputa despesa essencial e imprescindível à fabricação dos bens produzidos pelo contribuinte, relativamente à mão-de-obra envolvida com o manuseio de tais produtos nocivos ou que atue em outras atividades dentro do mesmo ambiente de trabalho perigoso ou insalubre.* 4. *No tocante aos gastos com alimentação de funcionários, ainda que possa ser admitida como despesa útil e incentivada pela legislação, não se trata de dispêndio essencial ou relevante ao processo produtivo no sentido de amparar a conclusão de que a alimentação, quando custeada pelo próprio trabalhador e não fornecida pelo empregador, inviabiliza ou dificulta a atividade produtiva da empresa. Não é por outro motivo que somente em caso específico, não de forma ampla, previu o legislador que tal despesa poderia ensejar direito a creditamento: incisos X dos artigos 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.* 5. *Em relação às comissões dispendidas com representantes comerciais são despesas que integram atividade comercial, que embora integrada no objeto social do contribuinte, não pode ser considerado como insumo na prestação do serviço ou na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, a autorizar o creditamento na forma dos artigos 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.* 6. *Não há, igualmente, como autorizar creditamento sobre despesas com locação de veículos ou mesmo o frete para escoamento da produção, pois não se referem a insumos da própria atividade industrial e produtiva do contribuinte, mas de etapa econômica posterior.* 7. *O mesmo raciocínio é aplicável às despesas com publicidade e propaganda, estranhas ao objeto*

da impetrante, traduzindo-se em despesa operacional facultativa que visa à exposição e maior comercialização dos produtos. 8. Quanto aos custos com aquisição de impressoras, que seriam utilizadas na testagem da produção e impressão de documentos administrativos, tais atividades não têm relação direta com a própria “fabricação de tintas de impressão”, mas com etapa posterior do processo produtivo cuja própria essencialidade ou relevância para atividade principal não restou demonstrada. 9. Por igual, afasta-se a desoneração e creditamento em relação aos materiais de expediente e de informática utilizados na rotina administrativa, pois constituem meras despesas operacionais, não tendo o regime da não-cumulatividade o fim de eliminar todos os custos de produção, ainda mais quando não impactam de maneira direta o processo produtivo. 10. Apelação parcialmente provida.”

Veja-se inclusive que as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 exigem, como condição de creditamento, que a aquisição dos bens e serviços selecionados seja sujeita, no caso concreto, ao pagamento de PIS/COFINS (artigo 3º, 2º), ônus de prova e enquadramento fático sequer debatido pela recorrente nestes autos, para fim de se invocar direito líquido e certo sobre o assunto, tanto mais considerando que a análise da tese alternativa sobre insumos pressupõe o afastamento do entendimento ampliativo sobre o contrato de locação.

Assim, cabe reconhecer apenas a possibilidade de creditamento sobre o valor pago a título de luvas, porque abrangido no aluguel referido no artigo 3º, IV, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

O crédito reconhecido, conforme acima explanado, gera direito à compensação, na via administrativa, mediante procedimento próprio, com comprovação e liquidação dos valores envolvidos, observados os critérios consagrados na jurisprudência e previstos no artigo 168, CTN (prescrição quinquenal, contabilizada, *in casu*, do ajuizamento da ação de protesto 5031859-30.2018.4.03.6100); artigo 170-A, CTN (trânsito em julgado da decisão); artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, conforme regime legal vigente na proposição da ação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado, ao fazer referência expressa a “precatório”, registra entendimento de que não é possível que o ressarcimento de valor de natureza fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de importância de origem fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, na forma *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5025570-77.2020.4.03.0000

Agravante: METALÚRGICA NAKAYONE LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/07/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA DE DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA. COVID-19. IMPOSSIBILIDADE.

I. Substituição da penhora de dinheiro por seguro garantia em razão da pandemia de COVID-19 que somente poderá ser feita com a concordância da exequente. Precedentes.
II. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal relator, acompanhado, pela conclusão, pelo voto do senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, restando vencido o senhor Desembargador Federal Carlos Francisco que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Metalúrgica Nakayone Ltda. em face da r. decisão (Id. 141942357, fls. 398/400) do MM. Juiz de Direito do SAF da Comarca de Ribeirão Pires/SP pela qual, em autos de ação de execução fiscal, foi indeferido o pedido de substituição do depósito judicial por seguro garantia.

Sustenta a parte agravante, em síntese, a possibilidade da substituição da penhora por seguro garantia nos termos do § 2º do art. 835, parágrafo único do art. 848, ambos do CPC, e do art. 9º, inciso II da Lei nº 6.830/1980 “*com o intuito de regularização de seu fluxo de caixa e, assim, fazer face a suas regulares despesas, principalmente no que diz respeito à sua folha de pagamento*”. Alega ainda que, diante da pandemia de Covid – 19 “*em que efetivamente se concretiza a hipótese para aplicação da Teoria da Imprevisão e do Fato Príncipe nas relações públicas e privadas, não há como se concordar com uma decisão judicial que indefere um pleito totalmente legítimo e amparado não apenas no ordenamento jurídico, como também na jurisprudência*”

Em juízo sumário de cognição (Id. 144608296) foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso. Em face dessa decisão interpôs a recorrente agravo interno (Id. 146643769).

Os recursos foram respondidos (Id. 145455031 e Id. 152288097).

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Versa o recurso interposto pretensão de substituição do depósito integral do débito por seguro garantia.

O juiz de primeiro grau decidiu a questão sob os seguintes fundamentos:

“Vistos. Fls. 1/7: Indefiro a pretensão formulada. Conforme já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, as disposições contidas no artigo 15, I da LEF e 835, §2º do CPC não igualam de forma absoluta o depósito judicial à fiança bancária ou seguro garantia judicial para fins de concretização da tutela executiva, ficando a substituição de eventual depósito condicionada à demonstração cabal de situação excepcional, em que a manutenção da constrição realizada sobre quantia em dinheiro possa gerar prejuízo irreparável à executada. Caso contrário, deve prevalecer a penhora de valor, bem dotado de maior liquidez. Nesse sentido, destaca-se: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. CARTA FIANÇA. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. 1. O acórdão recorrido consignou: “O recurso não merece provimento, pois, por força da alteração do art. 9º, inc. II, da Lei de Execuções Fiscais, conferida pela Lei nº 13.043/2014, passou-se a admitir o oferecimento da carta fiança ou seguro garantia à execução fiscal. Isto porque, como as normas processuais são de caráter geral, a sua aplicação é subsidiária quando não houver previsão específica na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional ou na legislação fiscal regulamentadora. Assim, prevalece o artigo 9º, inciso II, da Lei nº 6.830/80, alterado pela Lei nº 13.043/14, que possibilita ao executado oferecer carta fiança em valor correspondente ao montante do débito, com os acréscimos legais, a título de garantia do Juízo, ficando descartada a aplicação dos artigos do art. 835 e 848, do CPC, até porque, cuida-se de garantia originária e não de substituição, consoante a jurisprudência do STJ: (...) Assim, injustificada a recusa da Municipalidade pautada na inobservância da ordem contida no art. 11, da LEF, e na ausência de demonstração de inviabilidade da realização do depósito em dinheiro por parte da executada, já que a execução também deve observar o princípio da menor onerosidade (CPC, art. 805)” (fls. 114, e-STJ). 2. A irrisignação merece prosperar. 3. A situação não é sobre substituição, e sim oferecimento em garantia logo após a citação do devedor, mas a solução deve ser idêntica. 4. Segundo definido pela Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além de nos arts. 655 e 656 do CPC, mediante a recusa justificada da exequente (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009). 5. Por outro lado, encontra-se assentado o entendimento de que a fiança bancária não possui o mesmo status que o depósito em dinheiro. Precedentes: AGRG NOS EARESP 415.120/PR, REL. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 27/5/2015; AGRG NO RESP 1.543.108/SP, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 23/9/2015; e RESP 1.401.132/PE, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 12/11/2013. 6. Nos EREsp 1.077.039/RJ ficou registrado que a substituição da penhora de dinheiro por qualquer outro bem só pode ser feita a pedido da Fazenda Pública, ou, se por iniciativa do devedor, apenas quando este demonstrar, com provas concretas, devidamente apreciadas pelo juízo competente, a sua necessidade imperiosa, isto é, para afastar a ocorrência de dano desproporcional. 7. É correto afirmar que o legislador estabeleceu a possibilidade de garantia da Execução Fiscal por quatro modos distintos: a) depósito em dinheiro, b) oferecimento de fiança bancária ou seguro-garantia, c) nomeação de bens próprios à penhora, e d) indicação de bens de terceiros, aceitos pela Fazenda Pública. Note-se que, também na redação do art. 9º, a primeira modalidade de garantia é justamente o depósito em dinheiro. Tal situação encontra justificativa plenamente razoável, à luz do art.

20º da LINDB e do princípio segundo o qual a execução se faz no interesse do credor, no sentido de que o processo deve propiciar ao titular de uma pretensão assistida pelo ordenamento jurídico, preferencialmente, a respectiva satisfação pelo modo idêntico ao que a obrigação seria naturalmente cumprida e, como se sabe, o meio ordinário de quitação das obrigações pecuniárias é o pagamento em dinheiro. 8. A única equiparação feita no art. 9º é a de que se assemelham à garantia mediante penhora (de bens próprios ou de terceiros) as garantias consistentes na efetivação de depósito em dinheiro ou oferecimento de fiança bancária. 9. Na Lei 6.830/1980 não se encontram dispositivos outros que possam ao menos sugerir que fiança bancária e dinheiro representem bens do mesmo status. 10. A lei estipula que tanto o depósito em dinheiro quanto a fiança bancária são meios de garantia da Ação de Execução Fiscal, da mesma forma que a penhora dos bens listados no art. 11 da LEF. Note-se que nivelar dinheiro e fiança bancária à penhora é fenômeno absolutamente distinto de equiparar o dinheiro à fiança bancária. 11. Não há como falar em maior liquidez quando o dinheiro - instrumento próprio para quitação das obrigações fiscais - não é oferecido para garantir a Execução Fiscal e existe a recusa do ente fazendário sob o argumento de se preferir dinheiro a fiança bancária. É evidente que nesse hipótese haverá menor liquidez. 12. Não consta, no acórdão recorrido, motivação pautada em elementos concretos que justifiquem, com base no princípio da menor onerosidade, a exceção à regra. 13. O órgão colegiado criou na verdade o inexistente princípio da maior conveniência em favor do devedor. 14. Dito de outro modo, a garantia da Execução Fiscal por fiança bancária ou seguro garantia não pode ser feita exclusivamente por conveniência do devedor, quando a Fazenda Pública recusar em detrimento do dinheiro o que só pode ser admitido se a parte devedora, concreta e especificamente, demonstrar a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade. 15. Agravo em Recurso Especial conhecido para dar provimento ao Recurso Especial, nos termos da fundamentação supra. (AREsp 1547429/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 25/05/2020) No caso em tela, a menção genérica feita à crise econômica gerada pela pandemia Covid-19 não é suficiente para demonstrar referida situação excepcional, não havendo provas da atual situação patrimonial da empresa, seus ganhos e gastos mensais ou o real impacto que a manutenção do bloqueio gerará sobre suas atividades. De outro lado, os Tribunais Superiores vem se manifestando no sentido de que a substituição dos depósitos judiciais existentes pode causar impacto extremamente lesivo aos cofres públicos, prejudicando a implementação de políticas necessárias para assegurar a paz social em momento de crise. Sobre o tema, destaca-se julgado extraído do Informativo Especial Covid-19, veiculado pelo CADIP – Centro de Apoio ao Direito Público deste Tribunal de Justiça: INDEFERIMENTO - TUTELA PROVISÓRIA - SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO POR GARANTIA JUDICIAL – EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES Pedido incidental de substituição do depósito por seguro garantia judicial – Empresa de telecomunicações – Trechos da decisão: (...) Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mesmo em se tratando de tributo cuja capacidade tributária ativa seja exercida por autarquia, são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98 c/c art. 3º, *caput*, da Lei 12.099/2009). A União, portanto, conta com os valores na gestão de seu fluxo de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social. Ademais, mesmo sem adentrar no mérito da real situação financeira da companhia, fato é que a requerente, em momento de severa restrição do crédito privado, indica que logrará êxito na contratação de seguro garantia, circunstância a revelar que o indeferimento do pleito não lhe acarretará prejuízos irreparáveis. Ante o exposto, INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (STJ; TutPrv no Recurso Especial nº 2.700-DF; rel. Min. Assusete Magalhães; Decisão Monocrática j. 04/05/2020). Mantenho

hígido, assim, o depósito judicial que garante a dívida ora executada. Requeria a exequente o necessário ao prosseguimento do feito. Intime-se.”

Na apreciação do pedido de efeito suspensivo a pretensão recursal foi objeto de juízo desfavorável em decisão proferida nestes termos:

“Neste juízo sumário de cognição, não infirmados de plano os fundamentos da decisão recorrida, proferida na consideração de que “Conforme já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, as disposições contidas no artigo 15, I da LEF e 835, §2º do CPC não igualam de forma absoluta o depósito judicial à fiança bancária ou seguro garantia judicial para fins de concretização da tutela executiva, ficando a substituição de eventual depósito condicionada à demonstração cabal de situação excepcional, em que a manutenção da constrição realizada sobre quantia em dinheiro possa gerar prejuízo irreparável à executada. Caso contrário, deve prevalecer a penhora de valor, bem dotado de maior liquidez” e que “a menção genérica feita à crise econômica gerada pela pandemia Covid-19 não é suficiente para demonstrar referida situação excepcional, não havendo provas da atual situação patrimonial da empresa, seus ganhos e gastos mensais ou o real impacto que a manutenção do bloqueio gerará sobre suas atividades. De outro lado, os Tribunais Superiores vêm se manifestando no sentido de que a substituição dos depósitos judiciais existentes pode causar impacto extremamente lesivo aos cofres públicos, prejudicando a implementação de políticas necessárias para assegurar a paz social em momento de crise” à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal. Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC/2015. Publique-se. Intime-se.”

Confirma-se a motivação exposta na decisão inicial.

Com efeito, é matéria que já passou pelo crivo da jurisprudência, entendendo-se pela impossibilidade de substituição da penhora de dinheiro por seguro garantia, inclusive durante a pandemia de COVID-19.

Neste sentido:

“PET no RECURSO ESPECIAL Nº 1804736 - PA (2019/0079417-4)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES

REQUERENTE : JBS S/A

ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO CHILO E OUTRO(S) - SP221616

REQUERIDO : ESTADO DO PARÁ

ADVOGADO : VICTOR ANDRÉ TEIXEIRA LIMA - PA009664

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de substituição da constrição on-line realizada via sistema BacenJud por seguro garantia com base na crise financeira gerada pela pandemia da Coronavirus disease (Covid-19).

A exequente não assentiu na pretendida substituição da penhora.

É o breve relato.

Segundo a compreensão da Seção de Direito Público desta Corte, dentre os bens penhoráveis, o dinheiro é preferencial aos demais, e a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de bem que não observa a ordem estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

Daí a conclusão de que não há direito subjetivo do devedor à substituição da penhora de dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor.

Observamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA EM DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido da impossibilidade de substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação do disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não ficou demonstrado no caso concreto.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.448.340/SP, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/9/2019, DJe 20/9/2019) TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE NUMERÁRIO, VIA BACENJUD. SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO-GARANTIA. DESCABIMENTO. OPOSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 09/08/2018, que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento, interposto pela parte ora agravante, contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Fiscais do Distrito Federal, que indeferira pedido de substituição da penhora em dinheiro, via Bacenjud, por seguro-garantia.

III. O acórdão recorrido atuou em harmonia com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou compreensão no sentido de que a Fazenda Pública não pode ser, em Execução Fiscal, obrigada a aceitar substituição de penhora em dinheiro por seguro-garantia, sem que esteja demonstrada, concretamente, a existência de violação ao princípio da menor onerosidade. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 726.208/RR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/06/2016; REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no REsp 1.447.892/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/08/2014; AgRg no REsp 1.417.707/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/02/2014.

IV. O Tribunal de origem manteve a decisão que indeferira pedido de substituição da penhora em dinheiro por seguro-garantia, argumentando que o fazia em face das circunstâncias do caso concreto e da capacidade econômica do executado, que comporta a constrição judicial sobre ativos financeiros, sem manifesto prejuízo para as atividades da empresa, a atrair a observância do princípio da menor onerosidade. A revisão desse entendimento demandaria reexame de provas, o que, efetivamente, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

V. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.300.960/DF, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 26/10/2018) Leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, com ressalva de posicionamento contrário, na avaliação segundo a qual a fiança bancária ou seguro garantia não possui a mesma equivalência do depósito em dinheiro.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

1. Admite-se o presente recurso, porquanto adequadamente demonstrada a divergência atual das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ a respeito da pretendida equiparação do dinheiro à fiança bancária, para fins de substituição de garantia prestada em Execução Fiscal, independentemente da anuência da Fazenda Pública.

2. O legislador estabeleceu a possibilidade de garantia da Execução Fiscal por quatro modos distintos: a) depósito em dinheiro, b) oferecimento de fiança bancária, c) nomeação de bens próprios à penhora, e d) indicação de bens de terceiros, aceitos pela Fazenda Pública.

3. O processo executivo pode ser garantido por diversas formas, mas isso não autoriza a conclusão de que os bens que as representam sejam equivalentes entre si.

4. Por esse motivo, a legislação determina que somente o depósito em dinheiro “faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora” (art. 9º, § 4º, da Lei 6.830/1980) e, no montante integral, viabiliza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica (“o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuam elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária.

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(EResp 1.077.039/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/2/2011, DJe 12/4/2011) Por essa razão, não tem a insurgente o direito à automática substituição da penhora por seguro garantia, bem certo que o Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento com base nas mesmas considerações.

Ademais, o impacto da crise econômica ocasionada pela crescente proliferação deste novo coronavírus há de ser demonstrado concretamente, o que não ocorreu, sobretudo no momento em que os Estados federados estão sendo fortemente demandados para implementar medidas que reduzam o sacrifício das pessoas e empresas, gerando altos custos financeiros.

Por fim, a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, refere-se à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2020.

Ministro Og Fernandes

Relator

(Ministro OG FERNANDES, 15/06/2020)”.

Cabe também anotar que o art. 805 do CPC (correspondente ao art. 620 do CPC/73) deve ser analisado em cotejo com o art. 797 do mesmo dispositivo legal (correspondente ao art. 612 do CPC/73), prevendo que a execução far-se-á no interesse do credor, de forma que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bem oferecido à penhora fora da ordem de gradação legal, justificando-se, destarte, a recusa manifestada pelo procurador.

Neste sentido, destaco os seguintes julgados do E. STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. BEM DIVERSO DE DINHEIRO OU FIANÇA BANCÁRIA. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO EXEQUENTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A substituição da penhora somente pode ser realizada sem anuência da parte exequente quando oferecido em substituição dinheiro ou fiança bancária, segundo o disposto no art. 15, I, da Lei 6.830/80.

Oferecido bem imóvel pela parte executada, a substituição da penhora depende de anuência da Fazenda Pública, não obtida no caso.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 12394/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 04/10/2012, publ. DJe 15/10/2012, v.u.);

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. PENHORA PELO SISTEMA BACEN-JUD. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO FEITA EM NOME DE ADVOGADO DISTINTO AO DO SOLICITADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. 1. A jurisprudência desta Corte, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*, firmou entendimento no sentido de que a parte, ao requerer o reconhecimento de nulidade, deverá comprovar o efetivo prejuízo sofrido. 2. Na hipótese, ainda que se tenha admitido ser irregular a intimação, a Corte de origem considerou que o autor não demonstrou o efetivo prejuízo, tendo em vista que exerceu efetivamente seu direito de defesa, por meio da interposição do recurso cabível. 3. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. 4. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 201201701542, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:28/03/2014 ..DTPB:.);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA ON-LINE DE CRÉDITOS EM CONTA CORRENTE. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. LEI N. 11.382/06. ART. 620 DO CPC. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. 1. A agravante deve impugnar todos os fundamentos da decisão agravada de modo efetivo, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ, por analogia. 2. Mesmo que assim não fosse, a Primeira Seção deste Tribunal ratificou a necessidade de interpretação sistemática dos arts. 655-A do CPC e 185-A do CTN, de modo a autorizar a penhora eletrônica de depósitos e aplicações financeiras, independentemente do esgotamento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, na busca de outros bens para a garantia da execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/06. 3. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei n. 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. 4. Agravo regimental não conhecido.

(AGARESP 201303789374, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/03/2014)”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

O Exmo. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO: Com a devida vênia, divirjo do e.Relator.

Até que seja proferido provimento judicial (temporário ou definitivo) reconhecendo eventual inexigibilidade da imposição estatal, o sujeito passivo da obrigação tributária restará exposto à cobrança da obrigação tributária por meios diretos (ação de execução fiscal nos termos da Lei nº 6.830/1980) e indiretos (negativa de expedição de CNDs, inscrição no CADIN e protesto de CDA, dentre outros). Por isso, não havendo provimentos judiciais que antecipam a tutela de mérito (p. ex., liminares em mandados de segurança ou tutelas em ações ordinárias), no processamento de feitos judiciais emergem modalidades de garantia da dívida litigiosa, tratadas no Código Tributário Nacional e na Lei nº 6.830/1980.

O art. 151 do Código Tributário Nacional traz lista taxativa de hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, todas hábeis para evitar a cobrança direta e a cobrança indireta da imposição fiscal. Como garantia propriamente dita, o art. 151, II, do Código Tributário Nacional prevê expressamente apenas o depósito (integral, e em dinheiro) do montante litigioso.

Já o art. 9º da Lei nº 6.830/1980 (na redação dada pela Lei nº 13.043/2014) estabelece que podem ser ofertadas como cauções em ações de execução fiscal as seguintes garantias: I - depósito em dinheiro (à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária); II - fiança bancária (nas condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional) ou seguro garantia; III - bens penhoráveis próprios, observada a ordem do art. 11 dessa lei; ou IV - bens penhoráveis oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. Conforme previsto no art. 9º, § 3º da Lei nº 6.830/1980, a garantia da execução, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora, devendo ser juntados aos autos as provas de suas realizações ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros.

Para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (impeditivo da cobrança direta e da cobrança indireta), a despeito de meu entendimento pessoal, não vem sendo admitida a caução em forma de fiança bancária, seguro ou penhora de bens em ações mandamentais, ações declaratórias ou ações anulatórias, porque tais garantias não são equiparáveis a depósito em dinheiro. O E.STJ definiu a interpretação restritiva do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, na Súmula 112 (*“O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”*) e no REsp 1156668/DF (2009/0175394-1), Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, m.v., j. 24/11/2010, DJe 10/12/2010, no qual foi firmada a seguinte Tese no Tema 378: *“A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte.”*

Porém, com fundamento na isonomia e o direito positivo regente do tema, nesse mesmo REsp 1156668/DF, o E.STJ acolheu a fiança idônea como garantia suficiente, em ações de conhecimento, para fins de expedição de certidão positiva de débito com efeito de negativa (ou seja, impedindo a cobrança indireta da exigência tributária). E no REsp 1123669/RS (2009/0027989-6), Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, v.u., j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010, o E.STJ firmou a seguinte Tese no Tema 237: *“É possível ao contribuinte, após o vencimento*

da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa.”

Em síntese, dos entendimentos do E.STJ expostos nesses julgados, resta que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em se tratando de meios diretos de cobrança (ação de execução fiscal), somente se faz pelas modalidades expressa e taxativamente previstas na lista do art. 151 do Código Tributário Nacional (vale dizer, fiança-bancária e seguro-garantia não são equiparáveis a depósito em dinheiro). Contudo, para fins de cobranças indiretas, também servem como caução e garantia (especialmente para expedição de CNDs, inscrição no CADIN e protesto de CDAs) as hipóteses contidas no art. 9º da Lei nº 6.830/1980, dentre elas fiança bancária, seguro garantia e penhora de bens.

A meu ver, as interpretações judiciais acima referidas têm como contexto a dinâmica socioeconômica ordinária, situação diversa do quadro enfrentado diante da pandemia provocada pelo novo coronavírus (que causa a COVID-19). A crescente gravidade envolvendo vidas humanas não tem parâmetro anterior na história recente, dando contornos muito mais complexos e abrangentes, exigindo esforços superiores do setor privado e do setor público em seus múltiplos espaços subnacionais. É urgente e preocupante a situação existente no Brasil diante do avanço da pandemia, com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos.

No caso dos autos, o contribuinte não pleiteia postergação de prazo de recolhimento de tributo ou outra medida para qual é imprescindível a edição de ato normativo competente a partir de suas avaliações discricionárias (em relação ao que o controle judicial se dá apenas em casos de manifesta violação a direitos por ação ou omissão estatal), mas apenas substituição de caução ou garantia de objeto litigioso em ação de conhecimento, para o que há lei permitindo em se tratando de cobrança pela via executiva fiscal (art. 9º da Lei nº 6.830/1980, combinado com o art. 151, II, do CTN, e com reforço subsidiário do art. 835, § 2º, do CPC). Ou seja, o requerimento *sub judice* está no âmbito de interpretação do conjunto do ordenamento jurídico própria do Poder Judiciário, sem qualquer invasão à competência normativa conferida ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

À luz dos imperativos do Estado de Direito nesse momento excepcional, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizam os propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado, vejo juridicamente possível a substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro, visando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em ações de conhecimento ou mandamentais.

A solidariedade é primado jurídico do ordenamento constitucional de 1988, de tal modo que o setor público e o setor privado não são oponentes mas convergentes da construção de objetivos legítimos, não sendo possível supor níveis maiores ou menores de deveres. A bem da verdade, acolher a substituição de garantia de objeto litigioso não é exatamente um sacrifício da parte do poder público, ainda mais quando ponderado com a liquidez que proporciona ao setor privado em momento de expressiva crise socioeconômica.

É verdade que o art. 1º e o art. 2º, ambos da Lei nº 9.703/1998, permitem que depósitos judiciais sejam repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais. Contudo, mediante ordem da autoridade judicial (em regra após o encerramento da lide ou do processo litigioso), o montante depositado terá a

destinação apropriada (convertido em renda e ou devolvido ao depositante, no prazo máximo de 24 horas), na forma dessa mesma Lei nº 9.703/1998.

Por óbvio, o montante de depósito judicial serve à garantia do resultado útil do processo, e não pode ser considerado como receita do poder público enquanto pendente o litígio (ainda que a lei permita transferência temporária de recursos aos cofres públicos), do mesmo modo que não está disponível para o contribuinte-depositante. Logo, o ente estatal ou o depositante não podem ter como seu aquilo que é garantia do litígio, sujeito ao desfecho do processo judicial. Em favor da harmonia entre os poderes, essa é a interpretação dada ao teor da Lei nº 9.703/1998 pelo E.STF, ao julgar a ADI 1933 (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, em 14/04/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-02 PP-00274 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 141-148), de tal modo que o Poder Judiciário está autorizado a avaliar a pertinência jurídica da substituição de garantia de objeto litigioso judicializado.

Enfim, diante do quadro jurídico extraordinário de convergência de responsabilidades entre o setor público e o setor privado, vejo possível a substituição do depósito em dinheiro por seguro-garantia ou fiança bancária, que deverão ser formalizadas segundo atos normativos administrativos aplicados no âmbito fazendário (notadamente sobre os requisitos formais e materiais do seguro e da fiança, aspectos que não estão no âmbito da estrita legalidade ou reserva absoluta de lei). Em situação semelhante à presente, o CNJ (6ª Sessão Virtual Extraordinária, em 27/03/2020) permitiu o uso do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para a garantia da execução trabalhista.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para admitir a substituição do depósito judicial realizado nestes autos por seguro-garantia, cabendo ao poder público público aferir a exatidão dos termos da garantia (conforme requisitos formais e materiais estabelecidos em atos normativos administrativos aplicados no âmbito fazendário).

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO

Sentenças



AÇÃO PENAL

0011580-69.2012.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: CARLOS ALBERTO AUGUSTO

Acusados - punibilidade extinta: CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, ALCIDES SINGILLO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/06/2021

SENTENÇA

Vistos em sentença.

Trata-se de denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal em face de CARLOS ALBERTO BRILHANTE LISTRA (“Dr. Tibiriçá”); ALCIDES SINGILLO, ambos qualificados nos autos; e *CARLOS ALBERTO AUGUSTO*, conhecido como “Carlinhos Metralha” à época dos fatos, brasileiro, Delegado de Polícia Civil aposentado, portador da cédula de identidade RG 2.739.515-7, inscrito no CPF/MF sob o número 051.019.488-53, filho de Alberto Augusto o Laura dos Santos Augusto, nascido em São Paulo - SP, endereço constante dos autos, em 01 de abril de 1944, pela suposta prática do crime previsto no artigo 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal (ID 34369656, fls. 3/44).

Narra a denúncia, que desde 13/06/1971 até a presente data, nesta Capital, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com outros agentes não identificados, os acusados privaram ilegalmente de sua liberdade a vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE (*Edgar Duarte de Aquino, Edgar Duarte ou Ivan Marques Lemos Lemos*), nascido em Bom Jardim-PE, aos 28/02/1941, mediante sequestro, cometido no contexto de ataque estatal sistemático e generalizado contra a população, tendo eles pleno conhecimento destas circunstâncias.

Ademais, a denúncia narra que a vítima em razão dos maus-tratos provocados ilegalmente pelos denunciados, padeceu de gravíssimo sofrimento físico e moral em razão: a) do longuíssimo período do sequestro (mais de 40 anos); b) das agressões físicas e psicológicas a que foi submetido; e c) do regime de incomunicabilidade a ele imposto, uma vez que desde meados de 1973 não é permitido à vítima contatar-se com parentes e amigos.

Ainda conforme a inicial acusatória, a materialidade do fato criminoso está devidamente demonstrada nos autos, mormente pela privação ilegal da liberdade da vítima *Edgar de Aquino Duarte*, mediante sequestro e sua manutenção clandestina, a partir do dia 13 de junho de 1971, nas dependências dos dois órgãos de repressão política do Estado ditatorial em São Paulo, a saber o DOI-CODI e o DOPS, locais onde *Edgar* foi visto pelos demais presos políticos da época pela última vez.

Outrossim, nos termos da denúncia, na data de início da execução do delito, o acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO era investigador de polícia lotado no DOPS e integrante da equipe do Delegado *Sérgio Fernando Paranhos Fleury*. Nesse contexto, em data incerta, entre os dias 29 de maio e 04 de junho de 1971, o acusado teria detido *José Anselmo dos Santos* (“Cabo Anselmo”) no apartamento da vítima *Edgar de Aquino Duarte*. Poucos dias depois, em 13 de junho do mesmo ano, o acusado, agindo em concurso com o investigador *Henrique Perrone* e com outros dois agentes da equipe do Delegado *Fleury*, ainda não identificados, deteve também a vítima *Edgar* para averiguações.

Por fim, nos termos da denúncia, imputa-se ao acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO, a participação na captura de *Edgar de Aquino Duarte* em 13 de junho de 1971, ato que integra a conduta tipificada no art. 148 do Código Penal. Imputa-se ao acusado, também, a participação na privação permanente da liberdade da vítima, inicialmente nas dependências do DOI-CODI, e, após, nas dependências do DOPS, e, por fim, no presente, em local ignorado.

A denúncia foi recebida aos 23/10/2012 (ID34369656, fls. 45/47).

Os acusados foram citados e intimados (ID34369657, fls. 10/11; ID34369984, fls. 15 e ID34369984, fls. 28), e apresentaram resposta escrita à acusação no ID 34369657, fls. 14/39, no ID 34370057, fls. 04/31 e ID34369984, fls. 32/90, por intermédio de suas defesas constituídas.

No ID 34369985, fls. 03/25, este Juízo decidiu pelo prosseguimento do feito, diante da ausência de causas de absolvição sumária, determinando a realização de audiências para o dia 09 de dezembro de 2013, às 14:00 horas, para a inquirição das testemunhas de acusação *José Damião de Lima Trindade, Artur Machado Scavone e Pedro Rocha Filho*; dia 10 de dezembro de 2013, às 14:00 horas, para a realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação *Ivan Akselrud Seixas, Lenira Machado e César Augusto Teles*; e dia 11 de dezembro de 2013, às 14:00 horas, para a realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação *Maria Amélia de Almeida Teles e Virgílio Egydio Lopes Enei*. Restou também consignado que seriam designadas oportunamente as audiências para oitiva das testemunhas arroladas pelas defesas.

Iniciada a instrução oral, procedeu-se às oitivas das testemunhas, informante, testemunhas de defesa e do Juízo, nos seguintes dias: 09/12/2013 (ID 34369786, fls. 52/59) – oitivas das testemunhas de acusação *José Damião de Lima Trindade, Artur Machado Scavone e Pedro Rocha Filho*; na ocasião foi decretada a revelia do acusado Carlos Alberto Brilhante Ustra, ante a sua ausência no ato; 10/12/2013 (ID 34369786, fls. 66/71) – oitivas das testemunhas de acusação *Ivan Akselrud Seixas, Lenira Machado e César Augusto Teles*; 11/12/2013 (ID 34369786, fls. 80/71) – oitivas das testemunhas de acusação *Maria Amélia de Almeida Teles e Virgílio Egydio Lopes Enei*; 27/03/2014 (ID 34369786, fls. 231/71) – oitiva do informante *Carmino Pepe* e das testemunhas de defesa *José Valdir Martin e Eduardo Nardi*; 01/04/2014 (ID 34370061, fls. 24/30) – oitivas das testemunhas de defesa *Waldomiro Bueno Filho, Vanderlei José Antunes Fogaça e Luiz Antonio da Cunha* (defesa do acusado ALCIDES); 02/04/2014 (ID 34370061, fls. 38/44) – oitivas das testemunhas de defesa *José Carlos Dias e Marcos Antonio Desgualdo* (defesa do acusado CARLOS AUGUSTO); 11/06/2014 (ID 34370061, fls. 102/105) – oitiva da testemunha do Juízo *Maria José Fernandes Willumsen* (declarações escritas deferidas anteriormente e juntadas pelo MPF no ID 34370061, fls.79/89), bem como constou determinação para aguardar a resposta escrita dos questionamentos reiterados à testemunha e vice-presidente à época, o Excelentíssimo Sr. Ex-Presidente, *Michel Temer*; 30/09/2014 (ID 34370061, fls. 139/143) – oitivas das testemunhas de defesa *José Sanches Severo* (defesa do acusado ALCIDES) e *Romeu Tuma Júnior* (defesa do acusado Carlos Alberto), bem como determinada a reiteração de expedição de Ofício com quesitos à testemunha *Michel Temer*, cuja resposta era necessária para prosseguimento da instrução e realização dos interrogatórios.

No ID 34369986, fls. 62/63 foram juntadas aos autos as respostas aos quesitos da testemunha *Michel Temer*.

As testemunhas *José Maria Marin e Paulo Salim Maluf* apresentaram declarações escritas no ID 34370061, fls.53/56, 66/67.

A defesa do acusado CARLOS USTRA desistiu da oitiva das testemunhas *General de Exército Adhemar da Costa Machado Filho e General de Brigada Carlos Sardinha*, em requerimento no ID 34370061, fls.94. Este Juízo homologou a desistência no ID 34370061, fls. 95.

Em 24/04/2014, em razão de liminar concedida na Reclamação 19760/SP, o feito foi suspenso (ID 34369986, fls. 237/247). Às fls.35-ID34369685 foi comunicado ao Juízo que a mencionada Reclamação foi julgada extinta, sem resolução de mérito, aos 13/11/2015, em razão do falecimento do reclamante, acusado Carlos Alberto Brilhante Ustra. Na ocasião, foi proferida sentença de extinção da punibilidade deste acusado às fls.41/42-ID 34369685, em relação aos fatos apurados nestes autos. Na mesma oportunidade, foi designado o dia 10 de março de 2018, às 15:00 horas para a realização dos interrogatórios dos corréus ALCIDES e CARLOS AUGUSTO.

Aos 10/03/2016, em razão de liminar concedida na Reclamação 22616/SP, o feito foi novamente suspenso (ID 34369685- fls.63/73).

Posteriormente, este Juízo foi comunicado do falecimento do acusado ALCIDES às fls.153 do ID 34369685 e, com a juntada da certidão de óbito original às fls.160-ID 34369685, foi declarada a extinção de sua punibilidade aos 17/02/2020 em sentença proferida às fls.165-ID34369685.

Diante da extinção da Reclamação 22616/SP sem julgamento de mérito (fls.175-ID34369685), foi determinado por este Juízo o prosseguimento do feito, designando-se o interrogatório do acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO para o dia 23/04/2020, oportunidade em que foi editado ato normativo pelo Colendo Conselho Nacional de Justiça determinando a suspensão dos prazos processuais, em decorrência da vigência da pandemia pelo vírus COVID-19.

Os autos foram digitalizados e as partes regularmente notificadas da inserção do feito no Sistema do PJe (ID 37812793). O Ministério Público Federal exarou ciência no ID 37991752 e não formulou requerimentos. A Defesa do acusado CARLOS AUGUSTO não se manifestou, ocasião em que o sistema PJe certificou o decurso do prazo aos 14/09/2020.

Diante da vigência da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10, de 03 de julho de 2020, do TRF3, que determinou o restabelecimento gradual das atividades presenciais no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região a partir de 27 de julho de 2020, com a realização das audiências e sessões de julgamento preferencialmente por meio virtual ou videoconferência, até o dia 30 de outubro de 2020, foi determinado no ID 39110852 a realização de audiência por meio de videoconferência pela plataforma *Microsoft Teams*, nos termos do previsto no artigo 8º da Portaria Conjunta PRES/CORE Nº 10, de 03/07/2020, sendo designado o interrogatório do acusado CARLOS AUGUSTO para o dia 19 de novembro de 2020, às 14:00 horas.

As folhas de antecedentes e de distribuição criminal do acusado CARLOS AUGUSTO foram acostadas nos IDs 34369684, fls. 16/41, e 41913675.

Realizada a audiência por videoconferência no ID 42124623, o acusado CARLOS AUGUSTO foi qualificado e interrogado. No mesmo ato foram deferidos os requerimentos da defesa (ID 41968884 e ID 42068374) em relação à participação de terceiros na reunião virtual, desde que não prejudicassem o normal andamento dos trabalhos, considerando que se tratava de ato público, nos termos do artigo 792 do Código de Processo Penal. A requerimento da defesa, este Juízo determinou a juntada dos dados relativos à qualificação do acusado em sigilo no PJe, considerando o informado por ele durante a qualificação e interrogatório, no sentido de que temia eventual prejuízo pela publicidade de seus dados pessoais atualizados. Por fim, foi declarado o encerramento da instrução oral, bem como concedido o prazo comum de 5 (cinco) dias às partes para eventuais requerimentos, nos termos do artigo 402 do Código de Processo Penal.

Apresentados os requerimentos de diligências pelo Ministério Público Federal (ID 42321875) e pela Defesa (ID 42473462), este Juízo proferiu decisão no ID 43296148 deferin-

do as juntadas promovidas pelo *Parquet*, bem como deferiu as juntadas das cópias referidas pela defesa nos itens 4 e 8 da petição, cujos documentos foram juntados nos IDs 42474302 e 42474325. Entretanto, na mesma decisão, foram indeferidas intimações, pedidos de novas oitivas e de expedição de ofícios, sendo reconhecido que se operou o instituto da preclusão consumativa, pois não se tratava de prova que tenha surgido durante a instrução criminal, nos termos do artigo 402 do CPP. Por fim, foi determinado que a Secretaria providenciasse a exclusão dos autos dos documentos impertinentes ao processo, bem com aberta vista dos autos às partes, no prazo sucessivo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 403 do CPP.

Em memoriais do ID 44102504, o Ministério Público Federal requereu a procedência dos pedidos de condenação da inicial acusatória de CARLOS ALBERTO AUGUSTO, como incurso nas penas do art. 148, §2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, aduzindo que os fatos imputados na inicial acusatória se qualificam como crimes contra a humanidade, em razão do caráter sistemático e generalizado dos ataques cometidos por agentes da ditadura militar contra a população brasileira. Ressaltou que os crimes cometidos por agentes da repressão ditatorial brasileira já eram, no início da execução delitiva, qualificados como crimes contra a humanidade, razão pela qual devem incidir sobre eles as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a insuscetibilidade de concessão de anistia e a imprescritibilidade. Rechaçou a alegação de insegurança jurídica, tendo em vista que o pano de fundo dos crimes contra a humanidade se assenta na ideia de que os agentes, mesmo no poder, não podem criar escusas e embaraços para a impunidade das graves violações dos direitos humanos praticados. Discorreu também sobre a compatibilidade das decisões da Corte Interamericana com a decisão na ADPF 153, bem como a respeito da força vinculante das decisões da referida Corte, colacionando diversas decisões e jurisprudências. Na sequência, sustentou sobre a não ocorrência do crime de homicídio e impossibilidade jurídica de reconhecimento do óbito da vítima, pois, no caso em estudo, não houve certeza de sua morte, seja mediante identificação de seus restos mortais, ou pelo relato objetivo de testemunhas que esclarecessem com clareza as circunstâncias desse evento e, na ausência de declaração judicial nesse sentido, a dúvida deveria prevalecer sobre a ocorrência do óbito, mencionando que tal entendimento se coaduna com a Súmula 711 do E. Supremo Tribunal Federal, colacionando julgados nos autos de Pedidos de Extradicação dessa suprema corte. Sobre a conduta tipificada como sequestro e sobre sua permanência, arguiu que enquanto não se souber o paradeiro das vítimas, remanesceria a privação ilegal da liberdade, muito embora o art. 1º da Lei nº 9.140 de 04/12/1995 tenha reconhecido a vítima como oficialmente morta, destacando que se trata apenas de presunção relativa de morte. Ressaltou que a sua finalidade foi nitidamente humanitária, com vistas a não prorrogar a eventual reparação material devida aos familiares de 136 pessoas desaparecidas que se encontravam em poder de agentes do regime de exceção quando foram vistas pela última vez. Concluiu sobre a imputação de sequestro qualificado ressaltando os seguintes argumentos: “(i) o caráter de crime de lesa-humanidade de que se reveste o conjunto de ações e omissões penalmente relevantes executadas diretamente pelo réu; (ii) as decisões da Corte Interamericana especificamente referentes ao caso brasileiro, na qual se afirmou expressamente impossível invocar a Lei de Anistia; (iii) o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana e a impossibilidade de seu descumprimento; (iv) a não incompatibilidade entre referidas decisões da Corte e a ADPF 153; (v) o caráter permanente do delito de sequestro”. Afirmou que a materialidade e autoria delitivas estão provados pelos documentos públicos oficiais acostados aos autos, bem como pela prova testemunhal produzida nas oitivas e declarações escritas, tanto em sede administrativa, como em Juízo. Requereu ainda, que na dosimetria da pena, seja reconhecido o crime de sequestro em sua forma qualificada, bem como que a pena seja fixada próxima

do máximo legal, em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, a saber: culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos e consequências. Requereu a incidência das circunstâncias agravantes indicadas no art. 61, inciso II, alíneas “d” (“emprego de tortura e outros meios insidiosos e cruéis”); “f” (abuso de autoridade); “g” (abuso de poder e violação de dever inerente a cargo e função consistente na manutenção clandestina da vítima em prédio público federal); e “i” (ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade) do Código Penal. Requereu ainda a fixação de regime fechado como o regime inicial de cumprimento da pena e que seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em decorrência do *quantum* de pena a ser fixado ao acusado. Pugnou pela aplicação da pena de multa respeitando os mesmos critérios de fixação da pena privativa de liberdade. Ressaltou que não estão presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por ter o acusado praticado maus tratos (tortura), considerando ainda que o art. 44 do CP só é aplicável quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Por fim, requereu como efeito da condenação a perda de cargo público ocupado pelo acusado de Delegado da Polícia Civil, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, bem como a condenação ao pagamento das custas processuais.

A defesa constituída, em memoriais do ID 52953751, pugnou pela absolvição do acusado, com base no artigo 386, incisos I e II do CPP, considerando a inexistência do fato, ou, alternativa-mente, a absolvição do acusado, sustentando a total atipicidade da conduta por ausência de dolo e pela atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III do CPP. Por fim, juntou certidão de óbito em nome de Edgar de Aquino Duarte, filho de José Geraldo Duarte e Francisca Maria.

É o relatório.

DECIDO.

Ao acusado é imputada a prática do crime previsto no artigo 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal:

Seqüestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

[...]

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

A *materialidade* delitiva restou comprovada, já que o sequestro da vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE está bem demonstrado nos autos. A documentação relativa a Edgar, preservada no Arquivo Público do Estado de São Paulo, comprova que agentes do DOPS o sequestraram e mantiveram no cárcere, ilegalmente, a partir de 13/06/1971, de início nas dependências do DOI-CODI e, depois, nas dependências do DOPS, conforme se verifica do exame dos documentos de ID 34369963, fls. 107/108, 114; ID 34375566, fls. 43/52; ID 34375567, fls. 25/34 dos autos.

Ademais, o sequestro de Edgar restou corroborado ainda pela farta prova testemunhal produzida na investigação, consubstanciada pelos depoimentos de militantes políticos que estavam presos, tanto no DOI-CODI como no DOPS (ID 34369963, fls. 61/65; ID 34369964,

8/14, 15/18, 35/39, 44/47 e 66/69). Ressalte-se que não há nos autos notícia, ou mesmo indício, de que EDGAR tenha sido efetivamente morto por órgãos da repressão política, inexistindo informações concretas de seu atual paradeiro após ser visto por presos no DOPS. Não há indicação do local onde possam estar seus eventuais restos mortais, seu cadáver, local de sepultamento ou depoimento de testemunhas que o tenham visto morto no farto material de investigação coligido e examinado por este Magistrado.

Há, de outra banda, prova de autoria em relação ao acusado.

O acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO, conhecido pelo apelido “Carlinhos Metralha”, era investigador de polícia lotado no DOPS e integrante da equipe do delegado *Sergio Paranhos Fleury*. Após participar da prisão de *José Anselmo dos Santos* (Cabo Anselmo) no apartamento de EDGAR, foi posteriormente, ao lado de outros agentes policiais, responsável pela detenção também da vítima, em 13/07/1973. A imputação de captura da vítima e sua participação na privação permanente de sua liberdade, encontra arrimo suficiente na prova testemunhal (ID 34369963, fls. 61/65; ID 34369964, 8/14; ID 34369782, fls. 106/107), bem como no documento de fls. 591 dos autos (entrevista concedida pelo acusado ao jornalista *Percival de Souza*).

Durante a instrução processual, a seguinte prova oral foi colhida em audiência:

A testemunha de acusação *José Damião de Lima Trindade*, compromissada, declarou que fazia parte da direção da União Estadual dos Estudantes e trabalhava profissionalmente como jornalista na agência “France Press” no bairro da Liberdade e, nessa condição, tinha acesso às notícias censuradas, bem como que aquelas importantes eram repassadas para movimentos de oposição, jornais clandestinos e também para o jornal “Venceremos”, editado clandestinamente pela Ação Libertadora Nacional fundada por Carlos Marighella. Em fevereiro de 1972, na Vila Mariana, a gráfica em que o jornal era editado foi localizada e seus trabalhadores foram presos e, sob tortura, revelaram seu nome. A partir daí, permaneceu em liberdade até 17/02/1972, quando foi capturado pelo DOI-CODI. Ao chegar, foi submetido a todo tipo de maus tratos, choques elétricos, espancamentos e ameaças, sendo, no princípio, mantido em cela solitária e depois transferido para uma coletiva. Sua prisão durou no total 92 dias. *Nos 45 dias em que estive no DOI-CODI, tomou conhecimento da presença de um preso que era chamado pelos carcereiros e torturadores de Ivan, porém ele gritava “meu nome não é Ivan, meu nome é Edgar de Aquino Duarte”. Ivan estava preso na terceira cela coletiva, enquanto ele estava na primeira. Por duas ou três vezes até o início de abril de 1972, durante o banho de sol, passou em frente a cela de Edgar e se cumprimentavam com acenos de cabeça, sendo testemunha de que Edgar de Aquino Duarte estava no DOI-CODI.* Anos depois, com a redemocratização, tomou conhecimento de que ele era desaparecido político. *Se lembre de vê-lo sentado na cela e não pode dizer se ele tinha lesões físicas ou emocionais, mas parecia bem abalado e que, ao final da tarde, Edgar cantava, o que chamou sua atenção. Não sabia do que Edgar estava sendo acusado e tampouco tinha ouvido falar dele, apesar de ter contato com diversas pessoas envolvidas na militância política.* Não sabia se Edgar atuava em movimentos políticos. Não era capaz de identificar ninguém do DOI-CODI que participou da sua prisão, mas que levou uma coronhada atrás da cabeça e gritaram “não se mexe se não se queima”. Não recebeu voz de prisão e eles estavam à paisana, sem identificação. Após, com a equipe de interrogatórios, foi torturado, tiraram sua roupa e lhe entregaram uma caixa de madeira com um “aparelho de choque elétrico”, levando bofetadas, pontapés e, na sequência, aplicaram choques elétricos, levando-o a desmaiar. Ao acordar, estava deitado no porta malas de uma perua, sendo levado para o pronto socorro do Hospital das Clínicas. Ao retornar para o DOI-CODI, ficou em uma cela fechada, na solitária, e, na madrugada, foi levado para a cadeira de choques elétricos (“Cadeira do dragão”), onde ficou até o raiar do dia. A informação que

queriam era o endereço de sua residência, mas não revelou pois temia por sua companheira. Quando os agentes foram no seu endereço, felizmente sua companheira já não estava no local, pois tinham combinado, desde quando descobriu que era procurado pela polícia política, que os dois chegariam sempre antes das 22:00 horas em casa. Nunca lhe foi mostrada ordem de prisão. Sua irmã o visitou no DOI-CODI e no DOPS, mas não teve contato em nenhum momento com advogado e era comum todos ficarem incomunicáveis. Foi torturado por subordinados de Ustra e na presença dele. Os agentes usavam codinomes, poucos usavam nome verdadeiro. Um dos torturadores se apresentava como o “maior filho da puta daqui”. Edgar ficou na 3ª cela e ele ficava na 1ª, conforme croqui que reproduziu, constante das fls. 186. O banho de sol era sempre com um policial e, durante esses momentos, viu Edgar sentado, por três vezes, e se cumprimentavam com aceno. *Se recorda que Arthur Scavone permaneceu por um bom tempo compartilhando cela com Edgar de Aquino.* Ustra ficava dentro do prédio do DOI-CODI e ia pouco na carceragem. As salas de interrogatório eram próximas e era absolutamente impossível que alguém no DOI-CODI não soubesse quem era USTRA, comandante à época, já que ele fazia vistorias quando ia na carceragem. Nunca conversou com Edgar, já que ficavam em celas separadas. Não sabe dizer se Edgar ficava incomunicável, descrevendo-o como um sujeito branco, de pele morena, cabelos pretos, estatura mediana e magro. Identificou Edgar por fotos vistas posteriormente no Dossiê dos Mortos e Desaparecidos do Brasil, já que o rosto dele era característico. Exibida a foto dos autos de fls. 8, confirmou se tratar de Edgar com absoluta certeza. Passou 45 dias no DOI-CODI e depois foi para o DOPS, quando permaneceu por 47 dias. A transferência de presos era comum. No DOPS ficou dentro da cela coletiva e só foi retirado duas vezes, para receber visita da irmã e depois fazer cartório, ocasião em que era feito depoimento oficial sucinto para encaminhamento ao promotor, da auditoria militar, que decidia acerca da denúncia. Se recorda do nome de Sérgio Paranhos Fleury. Sabe que Alcides Singillo é delegado de polícia. Não se recorda quem fez seu interrogatório no DOPS. Não foi processado por falta de provas. Só teve contato com Edgar anos depois, pela imprensa, que o indicava como desaparecido político. Desconhece a ida de Edgar para Cuba. É procurador do Estado de São Paulo, aposentado desde outubro de 2010. Não conhece Carlos Alberto Augusto. Viu Edgar durante todo o período em que permaneceu no DOI-CODI. Não sabe nada a respeito da participação de CARLOS AUGUSTO na prisão de Edgar.

A testemunha de acusação *Artur Machado Scavone*, compromissada, declarou que na ditadura militar teve atividade de resistência armada ao regime militar, com colegas da faculdade, fazendo atividades de propaganda e divulgação, até que passaram a ser procurados pela polícia política e se tornou clandestino. Na época, era estudante de física na Universidade de São Paulo e integrou a Ação Libertadora Nacional e o Movimento de Libertação Popular. Em 1971 começou a operar com o pessoal da ALN e, no final desse ano, junto com outros companheiros, passou a integrar o Movimento de Libertação Popular. Foi preso em 24/02/1972, ocasião em que tinha encontro marcado com companheira Marcia na Rua Bandeira Paulista, por volta das 10 horas, porém foram surpreendidos por uma emboscada e foi metralhado, levando 5 tiros, sendo então levado para o DOI-CODI. Na ocasião estava armado e não foi dada ordem ou exibido mandado de prisão, bem como os agentes não usavam farda, estavam em trajes civis. Tomou 2 tiros no braço esquerdo, 2 no peito e um no braço direito, mas não sabe quem foi o responsável. Lá, foi levado para área de estacionamento e caiu no chão, todos o rodearam. Ustra estava no comando. Ouviu falarem “te pegamos” e depois para o levarem para o hospital, por que se não ele morreria ali. Após foi levado ao Hospital das Clínicas, onde ficou na algemado na maca, na ala de indigentes do hospital. Após, foi colocado nos corredores da emergência e conseguiu informar sua prisão e seu estado a seus familiares ao usar

seu codinome, “Betão”. O DOI-CODI não informou sua família, que então foi até lá para saber informações suas, mas eles negaram que ele estivesse lá. Não tinha contato com advogado. Depois foi para o hospital militar, por cinco dias, ficando numa cama algemado. Não sofreu nenhuma intimidação física no hospital militar, já que ficou em área pública, mas sofreu intimidação moral, psicológica e ameaças. No DOI-CODI foi recebido por Ustra com um “telefone” (tapa de mão fechada na orelha), ficando com uma sequela no ouvido direito por conta disso. Depois foi feito seu interrogatório com pijama e chinelo do hospital, oportunidade em que a tortura começou na “cadeira do dragão”, com choque e pancada na cabeça por que eles sabiam do seu problema de infecção no pulmão, causado pelos tiros que levou. Foi interrogado por 3 a 5 dias, sendo torturado com choques na orelha e pancadas na cabeça, várias vezes com o acompanhamento de Ustra. Três equipes grandes que se alternavam. Ustra se auto intitulava como “Major Tibiriçá”. Todos tinham apelidos, nomes fictícios e havia uma política interna para impedir que os novos entrassem em contato com quem estava lá há mais tempo. Ficou 9 meses no local, mas apesar de não ser torturado, ouvia gritos e berros. Ustra fazia visitas, devidamente paramentado, na companhia de outros militares de alta patente, sendo o DOI-CODI o seu local de trabalho. Ustra gostava de mostrar que tinha poder sobre os presos, sendo uma técnica de tortura. As celas eram abertas por grades, não havia torneira, água e a iluminação era somente a externa. Havia chuveiro dentro da cela, onde tomavam banho, mas não tinha banho de sol. *Ivan ficou com eles por cerca de 1 mês, e, depois, ficou sabendo que o nome dele era Edgar de Aquino. Ivan dizia ser corretor de imóveis no Rio e relatava que temia por ter tido relações com o Cabo Anselmo. Ele tinha cabelo encaracolado, grande, alto e magro. Ivan lia muito os jornais que serviam como pacotes das coisas que recebiam, mas nunca o viu receber alguém ou alguma coisa. Ele comentou que não sabia porque estava lá e não era chamado para interrogatório. Um dia ele saiu e nunca mais voltou. Não procuravam saber de qual movimento os outros presos eram e que Edgar não parecia militante, mas estava lá por relação com Cabo Anselmo. Edgar não entrava em detalhes, mas declarou que tinha relação pessoal, mais que política com o Cabo Anselmo, mas Edgar nunca comentou sobre ele ser um agente infiltrado. Edgar estranhava sua situação, já que nada acontecia com ele, não recebia visitas e etc., não tinha referências exteriores. Ustra sabia que Edgar estava preso. Não se lembra de Ivan ter sido chamado para interrogatório. Saiu de DOI-CODI em setembro de 1972. Ivan ficou lá por volta de 1 a 2 meses e depois foi levado para outro lugar, mas não sabe onde. Tempos depois, foi levado ao DOPS para fazer fichamento por dois delegados, e, na ocasião, Fleury passou por eles com um tom ameaçador. Se recorda de Alcides Singillo como sendo responsável pela parte burocrática, juntamente com o Tuma. Não foi na carceragem do DOPS e não conheceu Carlos Alberto Augusto. Foi processado e julgado pela auditoria militar a 13,5 anos de cadeia, sendo solto depois de 5 anos de condicional. Afirmou que Edgar estava muito branco e magro, mas não aparentava estar doente, mas estava nervoso, angustiado. Ustra proclamava que eles comiam bem, pois era a mesma comida dos oficiais. Sua profissão atual é a de jornalista. Reconheceu Edgar na foto de fls. 8. Afirmou que depois que Edgar saiu, perdeu contato e que não sabe se ele foi para Cuba.*

A testemunha de acusação *Pedro Rocha Filho*, compromissada, declarou realizou atividades políticas na ditadura militar, tendo participado do movimento estudantil desde 1966. Era estudante e atuava numa situação de semiclandestinidade, passando a militar em organizações político-militares, quando foi preso em 29/01/1972, quando era vigente o AI-5. Sua prisão se deu como militante de uma MOLIPO (Movimento de Libertação Popular). Acerca das circunstâncias da prisão, afirmou que estava terminando o dia de atividade política em Santo Amaro e foram reconhecidos por uma perua do DOI-CODI que patrulhava a região. Foram

presos sem possibilidade de reação e conduzidos para a Rua Tutóia, onde, no primeiro dia, foi despido, espancado, e, após, levado para uma sala, pendurado em “pau de arara”, onde tomou choques elétricos e passou por sessões de palmatória nas mãos e nos pés. Depois recebeu tratamento dos ferimentos com enfermeiros e foi levado para uma cela onde conheceu Edgar. Na cela haviam duas pessoas e uma delas se manifestou com muita ira, se tratava de um rapaz alto, magro, com barba cerrada, cabelo grande, tipo *black power*, que xingava os agentes, se referindo à repressão. Ele estava registrado na grade (listagem de pessoas presas na Operação Bandeirantes) do DOI-CODI como Ivan Marques Lemos, mas seu nome verdadeiro era Edgar de Aquino Duarte. Um a dois meses mês depois, ele conseguiu escrever um bilhete e entregou para seu pai, contando sobre Edgar. Na sua prisão, tinham diversos agentes do DOI-CODI, mas não estavam com identificação, tampouco fardados, não tinham mandado e saquearam seus bolsos, desde a arma até o dinheiro. Não teve contato com família e advogado, permanecendo incomunicável por dois meses, ocasião em que seu pai o localizou. Ficou na cela X3 (xadrez 3) junto com SCAVONE e GANINE, por 8 meses e meio, ocasião em que Edgar também esteve preso por grande parte do tempo. *Edgar não estava militando antes de ser preso e trabalhava na Bolsa de Valores. Edgar contou que acolheu seu amigo Anselmo em sua residência, mas que ele teria sido preso e, tempos depois, a equipe do Fleury, do DOPS, foi em seu apartamento e o prendeu, atribuindo a sua prisão a este fato. Edgar acreditava que Anselmo tinha sido preso por ter se apresentado às jogadoras de vôlei cubanas e que ainda estaria recolhido. Edgar teria sido levado para o DOPS e teria permanecido lá por 1 ano, tendo então retornado para o DOI-CODI, sem ter recebido visitas ou contato com amigos e advogado. Acredita que Edgar não sabia que Cabo Anselmo era um agente infiltrado. Narra que as equipes iam até os presos e faziam terrorismo. Nessas ocasiões, Edgar perguntava sobre sua situação e nunca obtinha resposta, inclusive para um agente que o procurava sempre, carioca, alto, meio careca e até o próprio Major Tibiriçá (Coronel Ustra). Edgar acreditava que sairia da prisão, já que não era militante na época. Ustra era o comandante do DOI-CODI, controlava tudo que acontecia lá, dava ordens, gritava e interrogava os presos e tinha perfeita consciência da prisão ilegal de Edgar. Os presos antigos, inclusive ele, eram levados para a sala de interrogatório e lá havia uma janela que assistissem e reconhecessem os recém-chegados na sala de tortura, a exemplo da Estrela Dalva, que foi massacrada. Lá tinha duas salas de tortura com mesa para interrogatório, mas também com espaço para pendurar “pau de arara”, “cadeira do dragão”, máquina de dar choque, e eles faziam ameaças e mostravam fotografias de pessoas mortas e desfiguradas. Era possível ouvir gritos das celas o tempo todo que esteve lá. Quando não havia presos políticos, eles pegavam pessoas na rua para torturar, a exemplo de bêbados. Edgar cantava, nos momentos em que não estava havendo tortura. Foi posto em liberdade por volta de outubro de 1972 e não sabia porque estava lá. Havia conflito entre DOI-CODI e DOPS para saber quem obtinha mais informação. Os presos eram levados para o DOPS para fazer o “cartório”, ocasião em que delegados, como o Dr. Singillo e o Tuma realizavam o registro e formalizavam o inquérito. Depois do DOI-CODI, foi para o presídio do Carandiru. Afirmou que Edgar ficou no mínimo 6 meses no DOI-CODI, na Operação Bandeirantes, clandestino, com nome falso na grade, sem direito a nada. Companheiros encontraram Edgar no DOPS, em 1973. Nunca mais teve contato e nem soube do paradeiro de Edgar. Não conhece Carlos Alberto Augusto, sendo que conhece o padre, o marinheiro, que eram “nomes de guerra” dos agentes. Já ouviu falar de “Carlinhos Metralha”, mas não se lembra se o conhecia. Inicialmente ficou preso na cela com Antônio Carlos Melo Pereira, conhecido como “Tadeu”, que já estava preso há muito tempo e que já faleceu, bem como com Edgar. Naquele momento, todos estavam sem ordem de prisão e Edgar dizia que tinha sido preso no ano anterior, em 1971. A maior*

parte do tempo ficou no X3 com Edgar, que estava deprimido e agoniado por não conseguir resolver a situação, apesar de estar fisicamente bem. Passou informações todos os presos que conheceu para seu pai. Reconheceu Edgar na foto de fls. 8 dos autos.

A testemunha de acusação *Ivan Aksehrud de Seixas*, compromissada, declarou que é jornalista e integra atualmente a Comissão da Verdade da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Na época, era integrante de uma organização clandestina de luta armada contra a ditadura e morava com sua família numa casa pertencente ao Movimento Revolucionário Tiradentes, que foi utilizada para guardar material e abrigar pessoas que estavam sob o risco de prisão. Em 16/04/1971, ele e seu pai foram capturados pelo Exército, não reconhecendo a legalidade do regime de exceção ditatorial e foram torturados juntos no DOI-CODI do 2º Exército, situado na Rua Tutoia. O pai, “Roque” (Joaquim Alencar de Seixas) foi executado na noite do dia 17/04/1971 após ser torturado na “Cadeira do Dragão” e levar uma pancada na cabeça dada pelo Delegado David dos Santos Araújo, conhecido como Capitão Lisboa, mas os jornais noticiaram sua morte desde o meio dia e por outras circunstâncias. Ele, com 16 anos de idade, foi pendurado no “Pau de Arara”. No dia de sua captura, depois de 3 horas de tortura, ele indicou um local falso (ponto frio) onde estaria um procurado da época, chamado Clemente. Entretanto, após ser preparado para ir até o local, já que estava todo ensanguentado, Carlos Brilhante Ustra não autorizou sua saída, pois disse que ele seria executado posteriormente, além de poder estar fingindo ou que, ao chegar no local, Clemente notaria seu corpo ferido e empreenderia fuga. Ao retornarem do ponto frio, enfurecidos, levaram-no novamente para mais sessões de tortura, até que em um dado momento ele falou onde morava. Era combinado com mãe e irmãs que caso não retornassem para casa até às 19h, os demais deveriam fugir. Já eram 21h quando os agentes foram até a sua casa e sequestraram sua mãe e irmãs, que ainda não tinham fugido. Elas também foram torturadas e estavam próximas ao local de tortura dele e do pai. O Major Carlos Alberto Brilhante Ustra, vulgo Dr. Tibiriçá, era o comandante, sem sombra de dúvidas, e dava as ordens no DOI-CODI. O subcomandante era o Capitão Dalmo Lúcio Muniz Cirillo, conhecido como Dr. Hermógenes. Nos dois primeiros dias, foi torturado e, no dia seguinte, foi levado para cela 4 (o X4 do DOI-CODI). As torturas eram abertas e ouvidas por toda a vizinhança, que reclamava, mas era ameaçada e nada faziam. Ficou no DOI-CODI de 16/04 a 14/05/1971, sendo levado para o DOPS, onde foi escondido por 7 meses, pois não constava em nenhuma lista de presos, o que chamavam de grade. Os demais presos eram levados para lá para a oficialização da prisão pelos delegados, dentre eles, Alcides Singillo e Edsel Magnotti. Em novembro daquele ano, sua incomunicabilidade foi quebrada, quando foi para o presídio. *A partir de junho, o Cabo Anselmo foi preso e em seguida Edgar, ocasião em que ficaram presos juntos na cela do “fundão”. Ele, que estava na última cela, chamada de cela 6, viu passar um grupo de policiais, bem como Carlinhos Metralha, com um preso que tinha uma jaqueta de jeans sobre a cabeça e o levaram para o “fundão”. Depois veio a notícia que algum policial ou carcereiro deixou vazar que o este preso seria o Cabo Anselmo, momento em começaram a questionar “Anselmo, é você?” e ele respondeu que sim e que estava bem, tranquilizando-os. Depois disso, Anselmo foi retirado e não soube mais dele. Alguns dias depois, ele foi colocado na cela do “fundão”. Em seguida, chegou Edgar, um marinheiro, magro e alto, que ficou na cela 2, a do meio, sendo que ele estava na cela 4 e tinha a visão das demais celas, pois esta ficava num ângulo de 90 graus em relação às demais. Ficaram de 15 a 20 dias juntos naquele local e, em conversas, ele revelou seu nome: Edgar de Aquino Duarte. Ele contou que sua prisão foi realizada com o nome de Ivan Marques Lemos e achava que Anselmo tinha sido preso e, após, executado. Ele disse ainda que era corretor, morava no centro e Anselmo era seu amigo porque ambos eram militares, dos tempos da*

Associação dos Marinheiros, e, por isso, o ajudou. Se recorda que foi preso pela equipe do Fleury, o que foi declarado pelo próprio Edgar, na qual estavam Belini, Perrone e Carlinhos Metralha, chamado assim por que andava com uma metralhadora pela carceragem. Muito tempo depois, soube que ele se chamava Carlos Alberto Augusto, quando, juntamente com o Cabo Anselmo, deu entrevista para a revista Época. Edgar não sabia que Anselmo era agente infiltrado, só vindo a saber após ser desmascarado em 1973. Edgar achava que o motivo de sua prisão estava atrelado à prisão de Anselmo, pois na ocasião, ambos tinham assistido a um jogo de vôlei da seleção de Cuba e Anselmo teria se levantado da arquibancada, ao final do jogo, e teria feito uma palhaçada, dizendo: “Manda um abraço para o meu amigo Comandante Fidel Castro!”. Tempos depois, ele foi levado para uma cela coletiva e Edgar continuou no “fundão”. Posteriormente, viu Edgar num corredor que era usado para banho de sol. Não viu Edgar receber nenhuma visita, estava lá clandestinamente, desaparecido. Apresentada a foto constante dos autos, reconheceu como sendo Edgar. Em maio de 1972, ele fez greve de fome e foi o único preso político levado para o DOI-CODI, ocasião em que reencontrou Edgar e recebeu dele um chinelo de couro como presente, mas em verdade estava camuflada uma procuração, que conferia poderes de representação a sua sócia, com vistas à contratação de um advogado para defendê-lo. Ele entregou o documento a um companheiro, que conseguiu levar a procuração ao lado feminino do presídio e, sua mãe, por intermédio de advogado, recebeu o documento e entregou para a sócia de Edgar na corretora de valores. Ele teve contato com essa pessoa pelo Skype e ela informou que foi ao DOPS e ao DOI-CODI com essa procuração, porém eles negavam que ele estava lá. Após inúmeras transferências de estabelecimento prisional, ele sempre reencontrava Edgar no DOPS, aparentando que tinha sido mantido lá desde o princípio, sem contato com ninguém e que, em janeiro de 1973, foi a última vez que o viu, ocasião em que estava com o cabelo bem grande, dentes estragados, muito magro e desanimado com a situação, achando que iria morrer e a prisão nunca teria fim, sem saber por que era mantido lá, já que não era mais militante. Edgar perguntou se ele tinha conseguido encaminhar a procuração, ocasião em que confirmou que sim, mas que não tinha notícia de que nada tenha sido feito. Depois ficou sabendo que a sócia tinha comparecido ao DOPS com advogado, mas que eles negavam que Edgar estava lá. Ainda sobre o início de seu encarceramento, se recorda que a tortura no “pau de arara” o deixou mancando e andando com muita dificuldade por pelo menos 1 mês, já que prejudicava as articulações e ficou com a seqüela de uma vértebra quebrada, o que lhe causava muita dor na coluna. Nunca foi processado. Teve contato com as famílias das vítimas. Só soube do paradeiro do Edgar por intermédio dos companheiros Amelinha, César e Adriano, que informaram que ele tinha desaparecido, sendo retirado do DOPS, mas não sabia o que tinha acontecido depois. Desconhece que ele tivesse fugido para Cuba, que se tratava de uma mentira. Sabia que Edgar esteve em Cuba em 1966, mas depois disso não retornou àquele país. Não sabe qual era atividade de Alcides Singillo, pois não teve contato. As celas masculinas tinham em média 60 presos e as femininas 20. Realizou 6 ações armadas, dentre elas, o furto de 2 carros de um estacionamento, a tomada de uma fábrica e de um supermercado, locais em que fez discurso para os funcionários. Reafirmou que Edgar havia narrado sua prisão e que os responsáveis foram os agentes Belini, Perrone e Carlinhos Metralha.

A testemunha de acusação *Lenira Machado*, compromissada, declarou que em 01/04/1964 sua família começou a ser perseguida pelo Golpe Militar por conta da sua atuação política, bem como do seu envolvimento com o movimento político estudantil. Foi presa em 13/05/1971, ocasião em que sua casa foi cercada e bateram na porta. Seu marido, Altino, abriu e os agentes do regime militar ingressaram com metralhadoras, prendendo todos. Ela foi levada para DOPS

juntamente com sua amiga de infância Elisa, que não tinha militância política. Seu marido foi espancado desde a residência e continuou a ser no estabelecimento prisional. Naquela ocasião, o Dr. Fleury estava em Pernambuco. Viu Alcides Singillo na carceragem. Foi então levada para o DOI-CODI, ocasião em que USTRA veio ao seu encontro e comentou que poderia imaginar o sofrimento do General Dantas, parente dela, em ter uma família assim. Foi colocada num quarto de empregada transformado em cela, que ficava em cima da garagem. Lá não tinha banheiro e nem água, permanecendo por 15 horas. Durante 45 dias, foi torturada por três equipes, que eram especializadas, a do “pau de arara” (estando sempre presente o “JC”), a da “cadeira do Dragão” (comandada por um sargento negro muito grande) e a do “telefone” (choques na boca, comandados pelo Delegado do DEPOS-SP, vulgo “Zé Porrada”). O Ustra não participava diretamente das sessões de tortura, mas sempre ingressava no recinto mandando perguntar coisas ou entregando um papel com questões. O médico dela, Décio, foi chamado para atender a Lenira e, na ocasião, informou que ela nunca teve problema de coluna e iria denunciar o fato ao sair de lá, sendo então preso também. Tempos depois, Ustra oportunizou o contato de Lenira com o médico para que ela o convencesse a não denunciar, por que se não ele não seria posto em liberdade e seria torturado do mesmo modo que ela e, assim, Lenira tentou convencer Décio a parar de falar para ser solto. A família de Ustra frequentava o DOI-CODI, a esposa para fazer caridade com as presas torturadas e rezar por elas, bem como a filha de 9 a 10 anos. Foi transferida para o DOPS por diversas vezes para fazer tratamento de saúde, quando era escoltada para o Hospital das Clínicas, principalmente em virtude das sequelas da tortura na coluna e na perna. Num dado momento, seria levada para Brasília para ser interrogada pelo General Bandeira, entretanto, os advogados do General Dantas conseguiram mantê-la em São Paulo, sendo que foi levada para o “fundão” do DOPS, local de isolamento e castigo, atrás de uma porta de ferro, onde tinha algumas celas contendo uma cama de alvenaria e um buraco. Altino foi levado para Brasília. Por volta de junho ou julho de 1971, teve contato com Edgar, que se apresentou como Ivan. Na ocasião ela passou mal por ser alérgica, pois tinham colocado muito veneno pesticida contra baratas e Ivan a orientou a não ficar calada, pois o lugar estava insuportável. Posteriormente, Edgar se identificou com um papel que conseguiu passar ao ser alimentado pelo carcereiro de nome Adão. Conversavam e Edgar contou que Cabo Anselmo o tinha entregado. Ela não sabia de nada a respeito, naquele momento. *O acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO, chamado “Carlinhos Metralha”, era da equipe de busca e apreensão e agredia os presos que eram levados para acareação no DOI-CODI. O viu tanto no DOI-CODI, como no DOPS e no Presídio Tiradentes.* Alcides Singillo fazia interrogatório no DOPS e o chefe do órgão era Romeu Tuma. Participou da militância armada em 1968 por discordar do regime instituído pelo AI-5. *Reconheceu Edgar na foto constante dos autos, indicando que, na época, seu cabelo estava mais curto.*

A testemunha de acusação César Augusto Teles, compromissada, declarou que teve participação política na época da ditadura e, em função do movimento estudantil e sindical, filiou-se ao Partido Comunista do Brasil (PC do B), que era legalizado. Tomava conta da gráfica, além de tarefas políticas, mas foi preso em 28/09/1972, em uma rua na Vila Mariana, ocasião em que foi surpreendido por 5 homens armados, agentes não identificados e sem farda, e, aparentemente, um deles era USTRA, a quem atribui a presença no local porque lá estava Carlos Nicolau Danielli, presidente do PC do B, procurado e, posteriormente, morto no DOI-CODI. Levou um tapa e foi levado até a Rua Tutóia, onde já havia diversos agentes aguardando, pois tinham capturado o dirigente do partido. Foi agredido no pátio e Danieli foi morto dois dias depois. Declarou que USTRA lhe deu um soco no estomago e um tapa na sua esposa, que também foi presa. Na ocasião, USTRA disse a sua esposa “aqui nós vamos arrumar um câncer

pra ele também”, após sua esposa comunicar que ele era tuberculoso e diabético, doenças que, efetivamente, lhe acometiam. Ficou 45 dias no DOI-CODI e foi torturado, assim como todos que passaram por lá. Não foi torturado mais porque estava mal de saúde, mas durou por volta de 7 dias. USTRA era o comandante de tudo e dava ordens a três equipes diferentes. Levou, principalmente palmatórias, choques elétricos, foi amarrado e provocado na “Cadeira do dragão”, levando mais choques. Seus dois filhos foram capturados e levados ao DOI-CODI, um de 4 e outro de 5 anos de idade, sendo usados em vantagem emocional para acompanharem os atos de tortura contra os pais, precisando posteriormente de apoio psicológico por conta do que viram. Não teve contato com advogado e família, pois os agentes diziam que ele estava “enrustido”. Não estava registrado como preso no local. O tempo todo escutava a tortura dos outros e tinha marcas da palmatória no corpo. Na sequência, foi enviado ao DOPS para formalizarem a prisão, pois até então era clandestina, o que chamavam de cartório e que o necessário foi feito pelo Delegado Alcides Singillo, que lhe fez algumas perguntas e aparentava ser o chefe do órgão. Reconheceu o acusado, presente na audiência. Declarou que Singillo era delegado de polícia no DOPS, além de Fleury. *Conheceu Edgar porque foi mandado para o “fundão” do DOPS, onde haviam celas solitárias, já que estava com tuberculose.* Edgar também estava escondido lá, mas em outra cela, e em uma ou duas oportunidades o viu sendo conduzido para banhos de sol, isoladamente, bem como quando saía para tomar insulina, mas nesses momentos não estabeleceu contato e já havia sido transferido para cela coletiva. Durante sua permanência no DOPS haviam de 30 a 50 pessoas presas. As celas tinham portinhola na frente para passar comida e no alto, janelas, mas não dava para alcançar. *Conversou com Edgar por uma semana, que se identificou e contou que tinha sido companheiro do Cabo Anselmo na “Revolta dos Marinheiros”, no Rio, e que acreditava estar preso por isso, já que, posteriormente, descobriu que o Cabo Anselmo era agente infiltrado do regime militar. Edgar não entendia porque não o soltavam, já que não se envolveu com política depois da revolta e achava que ia ser morto, sendo que todos os presos também achavam, considerando a forma que era tratado. Ele não recebia contato, entregas e não tinha contato com advogado. Ficou preso no DOPS por 45 dias e Edgar esteve lá a maior parte do tempo. Em março de 1973, foi transferido para o DOPS, onde ficou por volta de dois meses e depois transferido para o Presídio do Hipódromo. Ao ser libertado, não sabia onde Edgar estava e nem teve contato. Não foi torturado no DOPS, não podendo afirmar se Edgar foi. Descreve Edgar como magro, cabeludo, de tamanho médio, encaracolado e moreno. Confirma que é Edgar na foto de fl. 8. Não conhece Carlos Alberto Augusto. Afirmou que não sabe da participação de Singillo na prisão de Edgar.*

A testemunha de acusação *Maria Amélia de Almeida Teles*, compromissada, declarou que foi sequestrada aos 28/12/1972, na Rua Loefgreen, na Vila Clementino, juntamente com seu marido e Carlos Nicolau Danielli, dirigente do Partido Comunista do Brasil, por homens à paisana, com metralhadoras, ocasião em ficou quase dois meses no DOI-CODI (Operação Bandeirantes). César e Carlos Nicolau foram espancados desde o transporte até o órgão, e ela se dirigiu ao responsável, que depois veio saber que se tratava de Carlos Alberto Brilhante Ustra, também conhecido como Dr. Tibiriçá ou Dr. Silva, quando levou um safanão (tapa com o dorso da mão) e caiu no pátio, sendo inclusive xingada e chamada de terrorista. Foi torturada sem nenhuma roupa por inúmeras vezes. Levou diversos choques elétricos, passou pelo “Pau de arara”, “Cadeira do Dragão”, afogamentos, inclusive na frente de seus filhos de 5 anos, todas as vezes sob coordenação de Ustra, Gaeta, Capitão Ubirajara, Mangabeira, Magno, Uberdã, Dr. Caio, Jacó e diversos outros homens. Num dado momento, esteve presente no DOI-CODI o General Humberto Souza Melo, superior hierárquico de Ustra, que bateu nela e na irmã, bem como nos torturadores, insultando a todos. Não teve acesso ao advogado e estava incomunicável.

Foi transferida para o DOPS, onde ficou de 14/02/1973 a 22/06/1973 e, após, para o presídio. Essa era a sequência usual de condução dos presos, sendo que passavam por exame médico ao sair do DOI-CODI para aferir se ainda tinham sequelas e cicatrizes de tortura, pois os agentes temiam eventuais denúncias. Muitos eram torturados também no DOPS. Nesse fluxo de transferências, muitos não chegavam ao presídio, pois vinham a óbito. Já no DOPS, foi convocada por algumas vezes por Alcides Singillo para fazer o que chamavam de cartório, sendo interrogada. O interrogatório consistia em confirmar o relatório que vinha do DOI-CODI e, caso não confirmasse, Alcides ameaçava entregá-la para o Dr. Fleury, isto é, para ser torturada. Alcides era o comandante do DOPS e sabia da presença de todos os presos no local, bem como, por diversas vezes, a ameaçava. Por volta de março de 1973, outras presas que foram transferidas para o DOPS noticiavam a presença, no DOI-CODI, de um preso alto, magro, de mãos brancas, que usava um capuz. Ela o viu em abril de 1973, no DOPS, sendo conduzido para o “fundão”, local onde eram colocadas as pessoas, em tese, mais perigosas e subversivas. Depois o viu novamente por várias vezes. *Conheceu também um preso paraguaio, de nome Jorginho, que falava muito do Cabo Anselmo, pois tinha virado agente de polícia, trabalhando pelo DOPS.* Isso por que durante a Chacina de São Bento, no Recife, Soledad Viedma, companheira de Anselmo e irmã de Jorginho, foi assassinada e, naquela ocasião Jorginho viu o Cabo Anselmo entregando os outros presos, a demonstrar que não era mais militante de esquerda. *Havia um comentário no corredor do DOPS de que iriam matar o Edgar. Viu Edgar ser torturado na carceragem, levando várias pancadas no rosto. Os agentes gritavam que ele iria morrer por que sabia de um segredo de Estado.* Edgar foi autorizado a tomar banho de sol num local que não tinha sol efetivamente, mas seria para tal finalidade. Segundo Edgar, o objetivo era que ele se bronzeasse mais, disfarçando sua cor branca, com vistas a sua posterior execução. *Num dado momento, tiraram o capuz Edgar, quando ela o ouviu dizer que seria finalmente assassinado. Edgar cantava muito. Reconheceu Edgar na foto constante dos autos. A última vez que o viu foi em 22/06/1973, quando foi transferida para o Presídio do Hipódromo e, lá recolhida, pediu ao advogado, Dr. Virgílio, e à sua esposa, Dra. Rosa, que tomassem uma providência imediata, já que Edgar estava sob ameaça e iminente risco de morte.* Após, foi comunicada pelo Dr. Virgílio que um *Habeas Corpus* tinha sido impetrado, porém o Dr. Alcides Singillo informou que Edgar fora colocado em liberdade, mas nenhum dos companheiros confirmou essa informação, tampouco viu ou encontrou Edgar solto. *Não se recorda de ter visto Carlos Alberto Augusto naquela época, mas conhece o apelido “Carlinhos Metralha” como sendo de um torturador.*

A testemunha de acusação *Virgílio Egydio Lopes Enei*, compromissada, declarou que é advogado e na época da ditadura, representou 600 e poucas pessoas. Era procurado por presos políticos por que os próprios presos e familiares o indicavam como advogado. Na época, como advogado, primeiramente, se dirigia ao DOPS ou ao DOI-CODI, para buscar informações, mas em 100% das vezes não recebeu informação alguma. Após, alguns agentes desses órgãos o procuravam dando informações sobre seus clientes, bem como ele próprio percebia a movimentação naqueles locais, especialmente pela presença das “peruas veraneio”. Com base nisso, sabia que os clientes estavam presos. Só tinha contato com os presos após a denúncia e pela auditoria militar. As pessoas ficavam presas por 2 a 3 meses ou por até um ano e meio, dois. Lembrava-se de vista de Edgar, por tê-lo visto por duas vezes no bairro da Liberdade, ocasião em que lhe indicaram para o serviço de corretagem de ações, já que, na época, achava-se que era um método de ganhar dinheiro, mas nunca o procurou para este serviço. Em 1971, presos egressos o procuraram e noticiaram a respeito da prisão de Edgar e, a partir daí, passou a ingressar com diversos *Habeas Corpus* em seu favor. Já em 1972, não obteve resposta alguma,

pois o Superior Tribunal Militar se negou a receber o HC, sob o fundamento de que Edgar havia praticado crime contra a segurança pública. Narra que furtou documentos do DOPS, chegando inclusive a ser processado por tal fato e que neles constavam várias informações relativas a Edgar de Aquino Duarte e, entre parêntesis, Ivan. Esteve no DOI-CODI e no DOPS por diversas vezes, mas, oficialmente, negavam que Edgar estava lá. Informavam que não constava nenhum histórico ou antecedente criminal por subversão em seu nome. Extraoficialmente, alguns agentes davam informações a respeito dos presos, principalmente na padaria próxima do local onde se reuniam e ele, algumas vezes, ouvia suas conversas. Enquanto esteve preso no DOI-CODI e no DOPS, ouviu comentários de que Edgar também estava preso lá. Não conversou diretamente com USTRA, apenas com seu assistente. Nas vezes que esteve no DOPS, por Edgar, teve contato com os delegados Magnotti, Singillo e o Dr. Lessa. *Alcides Singillo negava a presença de Edgar no DOPS, informando que nunca esteve preso lá, entretanto, nos documentos da Auditoria, teve acesso a um despacho seu, que constava que Edgar havia sido preso, mas, posteriormente, posto em liberdade.* Não teve mais notícia do Edgar e nem soube de seu paradeiro. Informou que Edgar tinha o codinome de Ivan.

A testemunha de defesa, por CARLOS USTRA, *José Valdir Martin*, compromissada, declarou que conheceu Alcides Singillo desde 1975/1976 na época em que era advogado e atuava no DOPS. Sua função era de Delegado de cartório, presidindo inquéritos. Seus superiores hierárquicos foram, dentre outros, Dr. Fleury e Dr. Edsel Magnotti. Acredita que Alcides não era responsável pela entrada ou saída de presos do DOPS. Todas as vezes que esteve no DOPS foi bem atendido pelo Dr. Singillo e, apesar de difícil, lhe foi oportunizado o contato com seus clientes presos numa sala específica, mas nunca na carceragem. O DOPS não tinha apenas presos políticos. Conhece o Dr. Carlos Aberto Augusto há 30 anos e teve apenas relacionamento profissional, não sabendo de nada que desabone sua conduta. Não conhece Edgar de Aquino Duarte, nem Ivan Marques Lemos. Não era fácil advogar dentro do DOPS pelo rigor de segurança do local. Não sabe informar se os presos ficavam incomunicáveis. Não se recorda de nenhum apelido de Carlos Alberto Augusto, tampouco sabe dizer se era Delegado de Polícia no DOPS. Não sabe se havia troca de presos entre DOPS e DOI-CODI. Desconhece qualquer fato relativo à prisão da vítima e que tomou conhecimento através da imprensa.

A testemunha de defesa, por ALCIDES SINGILLO, *Eduardo Nardi*, compromissada, declarou que conhece Alcides Singillo há 30 anos, que trabalharam juntos no DOPS e que era Delegado Assistente, responsável pela parte administrativa. Já a testemunha, trabalhou como escrivão no cartório central e, após, a convite de Alcides Singillo, foi trabalhar no seu cartório com a parte burocrática. Na época, o superior hierárquico era o Dr. Edsel Magnotti. Não sabe se Alcides recebia advogados, tampouco sobre o quantitativo de presos do local, pois sua atividade se relacionava com o controle de material do setor e a frequência dos funcionários. Conhece Carlos Alberto Augusto desde a época do DOPS, sendo que trabalharam juntos da Divisão de Crimes de Trânsito em 2006. No DOPS, Carlos Augusto era investigador e tinha o apelido “carteira preta”. Não sabe de nada que desabone a sua conduta. Não sabe de nada referente a Edgar de Aquino Duarte, nem Ivan Marques Lemos. Não participou de oitivas. Trabalhou com o “Tuma” na Polícia Federal, ocasião em que convidou Valdir Bianchi para trabalhar na equipe. Não se considera uma pessoa engajada pessoal e funcionalmente com ideário da Revolução de 1964, principalmente por que seu pai esteve preso no DOPS em 1951.

O informante do Juízo, *Carmino Pepe*, compromissado, declarou que em 1984 trabalhou com Alcides Singillo como assistente, no antigo DEGRAN, atual DECAP, mas nunca no DOPS. Na ocasião, era Delegado de Polícia e Alcides veio transferido do DOPS para o DEGRAN, convidando-lhe para trabalhar juntos. Soube por intermédio de Alcides que o trabalho

no cartório do DOPS não era operacional, mas que apurava os fatos, presidindo inquéritos, oitivas de testemunhas, atendimentos a advogados, sem, contudo, participar de operações e realizar prisões. Desconhece quem era o superior hierárquico de Alcides na época, isto é, o então Delegado Divisionário. Conhece Carlos Alberto Augusto há 30, 40 anos, informando que ele era trabalhador, apesar de nunca terem trabalhado juntos. Ingressou na Polícia Civil em 1972, como investigador de polícia por 4 anos, no antigo DEGRAN, atual DECAP, local em que, em 1976, foi promovido para Delegado. Não trabalhou com o Sr. Fleury. Assegura que Alcides trabalhou apenas no cartório DOPS com base em sua convicção. Não sabe acerca de trocas de presos entre DOPS e DOI-CODI. Se recorda que o apelido de Carlos Alberto Augusto era “carteira preta”. Não conhece e nem sabe informar nada a respeito da prisão da vítima.

A testemunha de defesa por ALCIDES, *Waldomiro Bueno Filho*, compromissada, declarou que conhece Alcides Singillo há 40 anos, sendo que trabalhou diretamente com ele no DOPS desde 1974 na Delegacia de Assalto a Bancos, como Investigador Chefe, bem como na Delegacia de Delitos Financeiros. A função de Alcides era de Delegado Assistente da Divisão de Ordem Social e, como tal, atuou principalmente contra crimes financeiros, bem como em todos os casos de sequestro de grande repercussão no país, sendo que na época seus superiores hierárquicos foram o Dr. Luis Fernando Paranhos Fleury e o Dr. Edsel Magnotti. Questionado se Alcides era responsável pela carceragem, respondeu que a Divisão de Ordem Social não trabalhava com presos políticos, mas com crimes comuns e aqueles de interesses difusos da sociedade e, dentro das 5 subdivisões desse setor, cada delegado era responsável pelos presos dos inquéritos que presidia, bem como também era responsável, indiretamente, pela alimentação de pessoas que estavam na carceragem, mas não cuidava diretamente de carcereiros e do público externo lá recolhido. Alcides atendia aos advogados e ao público em geral. O DOPS tinha um índice de esclarecimento dos casos de sequestro de 100%. Conhece Carlos Alberto Augusto há 40 anos, trabalharam na mesma Divisão e o considerava um investigador de polícia que cumpria suas obrigações. Na época existia risco de morte em sua atividade, tanto que era obrigado a trocar de ônibus 3 a 4 vezes quando retornava para sua residência, especialmente pela situação de Guerra em que se encontravam. Não sabe de nada referente a Edgar de Aquino Duarte, nem Ivan Marques Lemos. Nunca soube da prisão ou condução do Cabo Anselmo para o DOPS, mas se recorda que ele morava no Largo Paysandu. Não se lembra do advogado Virgílio Egydio Lopes Enei.

A testemunha de defesa por ALCIDES, *Vanderlei José Antunes Fogaça*, compromissada, declarou que conhece Alcides há 53 anos e que namorava sua sobrinha. Trabalhou como escrivão de polícia, mas nunca juntos. Teve contato com o DOPS, mas não exerceu atividades naquela unidade. Sabe que Alcides era Delegado no Cartório de Ordem Social e que sempre foi uma pessoa religiosa, de conduta ilibada. Afirmou que Alcides não era responsável pela carceragem e não sabia se era responsável pela entrada ou saída de presos do DOPS. Conhece Carlos Alberto Augusto, mas nunca trabalharam juntos. Todos os policiais estavam submetidos a risco de morte. Afirmou que Alcides provavelmente atendia advogados. Não conhece a vítima, nem o advogado Virgílio Egydio Lopes Enei.

A testemunha de defesa por ALCIDES, *Luiz Antônio da Cunha*, compromissada, declarou que conhece Alcides Singillo e que trabalharam juntos por 10 anos, mas não no DOPS. Sabe por intermédio de Alcides que ele trabalhava no DOPS presidindo inquéritos. Não sabe se ele atendia advogados. Questionado se o Sr. Alcides era responsável pela carceragem, afirmou que não, pois quem preside inquéritos não seria responsável pela carceragem. Sobre sua conduta, considera equilibrada, religiosa, amiga e competente, um exemplo de profissional. Conhece Carlos Alberto Augusto de vista e de breves contatos. Declarou que todo Policial Civil corre

risco de morte, tanto atualmente, como na época do DOPS. Não sabe nada a respeito da conduta dos policiais do DOPS.

A testemunha de defesa por CARLOS AUGUSTO, *José Carlos Dias*, compromissada, declarou que na época dos fatos narrados na denúncia atuava como advogado de centenas de perseguidos políticos e, após, exerceu a função de Secretário de Justiça, no governo de Franco Montoro (1983/1986). Se recorda de uma norma de conduta que impedia que funcionários ingressassem armados na carceragem e caso alguém fosse pego nessa condição, seria punido, mas não tem conhecimento dos fatos narrados na denúncia, tampouco sabia quais normas eram vigentes sobre o tema na época. Conhece o advogado Virgílio Egydio Lopes Enei e sabe que ele atuou intensamente na Justiça Militar, sendo inclusive advogado de Dilma Rousseff. Na ocasião de vigência do AI-5, o instituto do *Habeas Corpus* havia sido caçado e era dever preponderante dos advogados buscar os clientes desaparecidos e, mesmo assim, muitas vezes impetravam HC afirmando que o indivíduo tinha sido preso por motivo político para obter alguma informação que servia como um atestado de vida. Era muito comum que indivíduos estivessem presos e, quando procurados, as autoridades negavam ou não davam informação, bem como forneciam dados desconstruídos. Na ocasião, tinha um cliente chamado Carlos Regis Stefan de Castro Andrade, professor de ciência política, que estava preso no DOPS. Ele soube que seu cliente estava sendo interrogado pelo Dr. Alcides Singillo, ocasião em que ele se dirigiu até a sala do delega e, prontamente, bateu na porta e entrou, mas Alcides veio ao seu encontro dizendo: “Dr., o Sr. não pode entrar aqui, por que se o Sr. entrar, eu posso prendê-lo, que o Sr. vai encontrar seu cliente ensanguentado”. Ele então respondeu que poderia ser preso, mas narraria esse fato publicamente. Por fim, não conseguiu ver eu cliente. O DOI-CODI de São Paulo era o maior centro de tortura do país, especialmente quando comandado pelo Major Ustra. Se recorda de um cliente que estava recolhido no Presídio Tiradentes e foi transferido para o DOI-CODI, oportunidade em que ingressou com uma petição com data e hora reduzidos a termo ao Juiz Auditor da 1ª Auditoria, informando o fato e responsabilizando pessoalmente o magistrado por todos os atos de violência que ele viesse a sofrer. O Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria entrou em sessão secreta e deliberou que seria oficiado o DOI-CODI para saber se o sujeito estava lá, bem como determinou que a palavra “tortura” deveria ser riscada dos autos, pois no Brasil não se torturava. Era muito comum a troca dos presos entre DOI-CODI e DOPS, sendo inicialmente violentados e torturados no DOI-CODI e, posteriormente, transferidos para o DOPS, onde se fazia o cartório. Lá, tomava-se o depoimento do preso baseado no relatório que vinha do DOI-CODI, que então era assinado, pois caso não fosse assinado, o preso poderia ser novamente transferido para o DOI-CODI. No DOPS torturava-se menos, mas quando necessário, conduziam o preso novamente para o DOI-CODI. Seus clientes que estiveram presos no DOPS narravam as sequelas e mostravam cicatrizes e marcas da tortura que haviam sofrido. O Delegado que presidia o Inquérito, bem como o Diretor do DOPS, ambos tinham a responsabilidade pelo gerenciamento de entrada e saída de presos da unidade. Na ocasião, o titular da Delegacia de Ordem Social, que cuidava de presos políticos, era o Dr. Sérgio Fleury, a quem estava subordinado o Dr. Alcides Singillo. Não tem conhecimento pessoal da presença de Edgar de Aquino Duarte no DOPS.

A testemunha de defesa por CARLOS AUGUSTO, *Marcos Antonio Desgualdo*, compromissada, declarou que conhece Carlos Alberto Augusto. Não foi subordinado, enquanto investigador e Delegado de Polícia, ao Dr. Sérgio Fernando Paranhos Fleury, mas pertenceu à Divisão de Homicídios, quando esta ainda era vinculada ao DEIC, sendo que o Dr. Fleury chegou a ser o Diretor desse órgão por algum tempo. Não soube pessoalmente, mas pela imprensa, que Carlos Augusto esteve infiltrado na organização terrorista da Vanguarda Popular

Revolucionária. Em relação a Edgar de Aquino Duarte ou Ivan Marques Lemos, não sabe nada de sua prisão ou algum fato a ele relacionado.

A testemunha do Juízo, *Romeu Tuma Júnior*, compromissada, declarou que conhece Carlos Alberto Augusto e que as unidades policiais, a exemplo do DOPS, são comandadas pelo Diretor e que as divisões são comandadas pelos Delegados de Polícia. Ingressou na polícia em 1978 e trabalhou no DOPS. Acredita que tinha um delegado responsável pela carceragem. Conhece Ivan Seixas de nome. Os arquivos do DOPS foram preservados e acredita que estejam com os arquivos oficiais do Estado ou nos arquivos do governo federal. O DOPS foi extinto em 1983. Enquanto foi Secretário Nacional de Justiça não soube a respeito da instauração de processo na Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do acusado Carlos Alberto Augusto, pois não era da competência de sua Secretaria. Afirmou que toda polícia se infiltra em organizações criminosas. Conhece o acusado Carlos Alberto Brilhante Ustra de nome e que trabalhou em unidades próximas do acusado Alcides, bem como que nada sabe sobre fatos que desabonem sua conduta. O DOPS tinha a atribuição de manter a ordem política, tendo inclusive um convênio com a União para reprimir crimes de ordem política previstos na Lei de Segurança Nacional. Não tem nenhuma informação sobre o DOI-CODI, tampouco realizou qualquer atividade neste órgão durante sua carreira policial. Conhece o Cabo Anselmo de nome. Sabe que tiveram vários colaboradores do DOPS naquela época de guerra, inclusive o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Combatiam crimes e não ideologias e que os abusos também eram punidos. Muito do que se fala atualmente a respeito daquela época não se materializa, pois testemunhas comunicam fatos, mas não provam, revelando inclusive a dificuldade da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário de punir fatos sem provas. Não teve convivência com o Cabo Anselmo, nem soube das circunstâncias de sua prisão à época, quando tinha 10 (dez) anos de idade, mas é de seu conhecimento que ele atuava tanto pela guerrilha quanto pelo regime da ditadura. Em relação a Edgar de Aquino Duarte ou Ivan Marques Lemos, não sabe nada de sua prisão, eventual sequestro ou libertação, nem se recorda do nome. Não teve contato com o nome José Leme Ferreira.

A testemunha de defesa por ALCIDES, *José Sanches Severo*, compromissada, declarou que não trabalhou no DOPS e que aprendeu muito com o Sr. Alcides, uma pessoa criteriosa e responsável. Não exerceu nenhuma função pública entre 1964 e 1985. Não conheceu a vítima, nem José Leme Ferreira e José Anselmo dos Santos (Cabo Anselmo). Não teve contato com Carlos Alberto Brilhante Ustra e nem com Carlos Alberto Augusto.

A testemunha do Juízo *Maria José Fernandes Willumsen*, compromissada, declarou que ela e seu marido, Oscar, conheceram a vítima como Ivan Marques Lemos, no segundo semestre de 1968, ocasião em que começaram a trabalhar juntos no mercado de ações, sendo ele rapidamente promovido para Supervisor. Em 1969, em virtude dos bons resultados na empresa, entre o ano de 1968 e 1969, seu marido propôs a realização de uma sociedade entre eles para administrarem ações de terceiros. Nesse momento, por achar o jeito de Oscar duro, Ivan a chamou e confessou reservadamente para a testemunha que não podia integrar a sociedade, pois vivia com nome falso por questões de segurança e não queria contar diretamente, incumbindo-a de tomar essa decisão, sem, contudo, informar qual seria seu nome legítimo, narrando apenas sua história de vida, a exemplo da Revolta dos Marinheiros no Rio De Janeiro em 1964. Na sequência, Ivan teve que sair do país e se mudou para o México e, em seguida, para Cuba, ocasião em que fez um treinamento e se casou com uma mulher chamada Tereza, cujo sobrenome não se recorda. Naquele momento, Ivan disse que um político chamado Brizola prometeu trazer sua mulher para o Brasil, porém não a trouxe e que não queria mais se envolver com o movimento, pois desejava viver uma vida privada alheia ao passado, consideran-

do-os, ela e o marido, como sua atual família. Ela o tranquilizou assegurando que Oscar compreenderia a sua situação e, após saber da história de Ivan, lhe propôs que fossem apresentá-lo à Justiça com vistas a narrar todo o acontecido, revelando, inclusive, sua identidade para regularizá-la, porém Ivan recusou, a demonstrar descrença, principalmente por temer que fosse preso novamente. Ivan revelou que pretendia tomar tais medidas depois que a situação política do país “se acalmasse”, pois se sentia seguro com a então identidade falsa. Entre setembro e outubro de 1970, Ivan compareceu em sua casa aparentando nervosismo, ocasião em que narrou que encontrou seu amigo/irmão Anselmo na rua e o acolheu em sua residência até o momento de sua prisão. Ela então sugeriu que Anselmo fosse levado para sua casa, pois era mais segura, já que não tinha nenhum envolvimento com o passado que Ivan temia, ele, porém, não concordou. Algum tempo se passou e Anselmo aparentava estar muito bem, tendo frequentado sua casa por diversas vezes, em algumas ocasiões até cuidava de seus filhos. Em dezembro de 1970, Ivan viajou com ela e o marido à Curitiba para visitar a sua família e a partir de então, passaram diversos finais de semana juntos, estabelecendo um laço familiar. Tempos depois, Ivan comunicou que Anselmo estava namorando e iriam passar o ano novo no Rio de Janeiro, momento em que tentou convencê-lo a ficar, porém não obteve êxito. Eles não voltaram do Rio e, em 28 ou 29 de maio de 1971, Ivan reapareceu aparentando nervosismo e os convidou para assistir um jogo de vôlei da Seleção de Cuba no Campeonato Mundial. Não mais falaram sobre o assunto e, tempos depois, ele contou que esteve no hotel onde a seleção de vôlei de Cuba estava hospedada para perguntar se eles podiam levar um presente para o Fidel, ocasião em que Anselmo entregou à capitã do time, de nome Margarida, um pacotinho com alguma bobagem dentro. Após deixar o local, Ivan conta que ficou preocupado, pois acreditava que haviam sido seguidos. Entre 30 e 31 de maio daquele ano, Ivan reapareceu em sua residência comunicando que Anselmo havia sido preso, pois não estava em casa e não tinha nenhum sinal aparente de roubo, já que os móveis estavam no lugar e nada havia sido revirado, bem como o porteiro de sua residência não havia visto nada. Ele então retornou para sua casa. No dia 31, eles foram almoçar juntos e Ivan teve a suspeita de que estavam sendo seguidos, momento em que decidiu entrar numa cabine telefônica e fazer uma anotação qualquer. Depois, ficaram observando o local e, de fato, uma pessoa pegou a lista telefônica e consultou tal anotação. Na sequência, retornaram para o escritório e, antes de retornar para casa da testemunha, foram até a casa de Ivan para pegar uma sacola. Ao chegarem na sua residência, Ivan informou que tudo que ele tinha de valor estava naquela sacola, a exemplo das cartas e aliança de casamento com a esposa cubana, entregando-lhe e pedindo-lhe que guardasse consigo enquanto pudesse. Ela destruiu as cartas da esposa cubana, mas manteve a aliança. No dia 2 de junho de 1971, Ivan retornou para sua casa tarde da noite e não comunicou se havia chegado bem. No dia 3, ela foi para o escritório com seu marido, ocasião em que o porteiro telefonou para Oscar procurando por Ivan e, questionado acerca do motivo, o informou que no dia anterior, tarde da noite, Ivan estava em casa e se apresentaram na portaria dois indivíduos que se identificaram como amigos. Depois, saíram do edifício abraçados com Ivan, um de cada lado, sendo que ele tinha um semblante de terror, com olhos sobressaltados, como se quisesse se comunicar com o porteiro, mas os sujeitos não deixaram que conversassem, muito embora tudo tenha ocorrido normalmente e sem violência. Após, ela e o marido o buscaram, bem como foram ao DOPS e à Operação Bandeirantes, mas ao questionarem a respeito de Ivan, se havia sido preso, a resposta era que não. Retornaram a estes locais por dois anos, quase que diariamente, tendo conversado com pessoas dentro e fora do local, exibindo a foto de Ivan. Tempos depois soube que advogados estavam cuidando de causas relacionadas a presos políticos, momento em que foram até o Rio de Janeiro e conversaram com

3 profissionais, sendo um deles o Dr. Barreto, que informou que seria muito difícil pegar uma causa de alguém desaparecido em São Paulo e indicou o advogado Virgílio Egydio Lopes Enei, que prontamente iniciou a busca, mas sem sucesso até julho de 1972. A partir daí, pensaram que não seria possível localizar Ivan por que não sabiam seu nome verdadeiro e como eles sabiam que seu pai se chamava “Seu José” e que tinha uma mercearia, foram até a cidade de Recife. Realizaram buscas no bairro Água Amarela por uma semana até o encontrarem, momento em que apresentaram a foto de Ivan e o pai o reconheceu, informando a eles que não tinha notícias suas e estava preocupado. Eles passaram uma semana no local, colheram uma procuração do pai e retornaram para São Paulo. O documento foi entregue ao advogado Virgílio, que ingressou com vários *Habeas Corpus*, que não eram aceitos sob o fundamento de que o paciente não estava preso. Após, impetraram Mandado de Segurança, que foi aceito e obtiveram como resposta a informação de que Ivan havia sido detido para averiguações, mas tinha sido solto. Naquele momento, não acreditava mais que encontraria Ivan, inclusive começaram a aparecer pessoas que se identificavam como sendo do DOPS e da Operação Bandeirantes e cobravam para dar informação, dizendo que ele estava preso, encapuzado e que seria assassinado, entretanto, nada disso foi confirmado pelo advogado. Por volta de 1972 e 1973, ela foi procurada por uma pessoa chamada Dr. Pedro Rocha, que a contou que tinha um filho preso, de nome Pedro Rocha Filho, e que tinha informações do Ivan. Ele não tinha visto Ivan, mas deu informações a seu respeito por aproximadamente 1 ano, não se recordando se ele estava preso no DOPS ou na Operação Bandeirantes. Depois disso, mantiveram contato por um ano para obter notícias de Ivan. Oscar procurou informações sobre a conta bancária de Ivan no Banco do Brasil da 7 de abril e o gerente mostrou a movimentação bancária, com diversas transações, mas tinha um cheque sacado com valor maior em nome de pessoa que não se recorda, se Carlos ou Eduardo, mas de sobrenome Faganeli. Depois de um mês de buscas, encontraram um indivíduo com este sobrenome no sanatório de Franco da Rocha. Oscar foi até o local com um amigo de Ivan, chamado Darci Nogueira, e, na oportunidade, o indivíduo os recebeu com nervosismo e desconfiança, mas confirmou a existência do cheque, que se tratava da última parcela referente a um terreno comprado por Anselmo em Osasco. Faganeli também comentou que outras pessoas tinham o procurado para falar desse cheque. Oscar manteve contato com essa pessoa por um tempo, mas não descobriu nada de importante. Após 5 meses, na Rua Boa Vista, ela e o marido encontram Anselmo e o questionaram sobre Ivan, porem ele respondeu: “Quem? Não conheço. Como? Engraçado, já me perguntaram sobre essa pessoa, que coincidência”. Ela então insistiu, mas ele negava que os conhecia, bem como a pessoa de Anselmo, e, ato contínuo, os empurrou e entrou num banco. Eles então esperaram até a noite, um em cada uma das duas portas do local, porém Anselmo não saiu e havia desaparecido. No mesmo dia, procuraram a pessoa de José Medeiros, alguém que se tornou muito amigo deles e que era ex-integrante do movimento, porém vivia com seu nome legítimo. Ao ser comunicado que Anselmo estava solto e que ele deveria se proteger também, José não acreditou e os expulsou de sua casa, chamando-os de traidores e burgueses. Tempos depois soube que ele havia sido preso. Se recorda que após retornarem do Recife recebeu uma carta dos Correios, selada, escrita à mão, que seria supostamente de Ivan e nela ele pedia socorro imediato por que temia pela sua vida, bem como revelava seu nome verdadeiro como sendo Edgar de Aquino Duarte. Depois de 1973, nunca mais teve informações. Não soube da morte, tampouco da libertação de Ivan. Leu vários documentos produzidos pela Comissão da Verdade e num relatório constava que Ivan tinha sido preso de Estado e tinha ficado na mesma cela de Pedro Rocha Filho (Pedrinho), filho do Dr. Pedro Rocha, Ivan Seixas e o Deputado José Genuíno, momento em que escreveu vários e-mails para o político, mas nunca teve res-

posta. Procurou então Pedro Rocha Filho, sem sucesso. Encontrou então Ivan Seixas, depois do ano de 2009 e se comunicaram pelo Skype, ocasião em que ele perguntou se ela tinha recebido a carta e se tinha feito algo para ajudar. Confirmou que estava na cela com Ivan, mas que não sabia de seu paradeiro, tampouco se tinha morrido. Tempos depois, perdeu o contato com Ivan Seixas e localizou Pedro Rocha Filho no Facebook, enviando-lhe um e-mail, perguntando sobre Ivan (Edgar), mas não foi respondida. Após, recebeu um contato de Pedro pelo Facebook e trocaram telefones. Ela escreveu uma carta para Pedro, que a encaminhou para Ivan Seixas, sendo então posteriormente procurada por ele para saber se relataria esses fatos na Comissão da Verdade. Naquele momento, foi contatada pelo Ministério Público e concordou em prestar declarações. Não tinha nenhuma filiação ideológica, nem partidária, mesmo com o vínculo de amizade com Ivan. Confirmava que entre 1968 e 1971, Ivan não tinha nenhuma filiação partidária ou participou de qualquer movimento, tendo levado uma vida normal. Morava na Av. Sabará, nº 318, 21º andar. Ivan morava na Rua Martins Fontes 178 e 278, local onde teria sido preso ou sequestrado. No início de sua busca por Ivan, estava também motivada por conta da sociedade na corretora, pois precisava de sua assinatura para concretizar negócios. Após, estava movida apenas pelo sentimento de amizade até 1975. Se sentia vigiada, mas não perseguida, já que nunca fizeram nada com sua família, mas relatou o acontecimento de fatos estranhos, a exemplo de um indivíduo que ia até sua casa sob o pretexto de consertar ora o fogão, ora a geladeira, fato que foi comunicado por sua empregada na época. Nunca foi maltratada nas dependências do DOPS, nem na Operação Bandeirantes e que só foi questionada por que procurava Ivan na primeira vez, ocasião em que informou que precisava de sua assinatura para concretizar negócios. Manteve contato com o pai de Ivan por um tempo. O único documento oficial a respeito de Ivan que teve contato foi a decisão proferida no Mandado de Segurança. Soube pelos jornais que Anselmo seria colaborador do regime militar durante o período da ditadura. Na sua opinião, desde que conheceu Anselmo até a data de sua prisão, ele não teria colaborado com o regime militar, entretanto, após sua prisão, acha que ele pode ter sido cooptado. Destruíu as cartas entregues por Ivan, provavelmente em 1973, por que suspeitava que era vigiada, seja por Policiais Federais, já que a sede da Polícia Federal era no fundo de sua residência, ou por pessoas que frequentavam seu prédio, pois escutava o elevador subindo até o andar de seu apartamento, mas ninguém aparecia. Nunca conheceu a esposa de Ivan. O apartamento que Ivan morava era alugado, sendo que seu marido foi o fiador, mas não se recorda quem era o locador. Ninguém procurou informações sobre o pagamento do aluguel. O nome de Ivan constava no contrato social da empresa em que tinham sociedade, mas ele nunca retornou para se inteirar das questões a ela relativas. Não se recorda se recebeu a carta antes ou depois do Mandado de Segurança, mas acha que foi depois.

Em resposta aos quesitos escritos (ID 34369684, fls. 111/112 e ID 34369986, fls. 62/63), a testemunha de defesa do acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO, *Michel Temer*, respondeu às indagações apresentadas pela defesa conforme segue: 1. Quando o senhor foi Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, quem tinha poder de comando dentro da polícia? O Governador? O Secretário de Segurança Pública? O Delegado Geral de Polícia? Delegado Diretor de Departamento? Ou o investigador de Polícia? *A Polícia tem uma estrutura própria, sendo que o poder de comando último é do Governador.* 1.1. Como era a hierarquia na estrutura da polícia? *A começar pelo Governador, o Secretário de Segurança Pública de São Paulo, Delegado Geral de Polícia e, na sequência, os Chefes de Departamentos e em cada Delegacia, o próprio Delegado.* 1.2. O senhor tinha algum representante na Comunidade de Informações junto às Forças Armadas? *Não.* 2. Conhece o réu Carlos Alberto Augusto? O que pode dar de referência sobre ele? *Não.* 3. Quais eram os requisitos para promoção dos investigadores e De-

legados de Polícia quando de sua gestão? *Os critérios gerais de promoção no serviço público.* 4. O senhor concedeu alguma promoção ao réu Carlos Alberto Augusto, enquanto investigador ou Delegado de Polícia? *Não me recordo.* Respondeu, ainda, às indagações apresentadas pelo Ministério Público Federal: 1. Conhece EDGAR DE AQUINO DUARTE? *Não.* 2. Sabe algo sobre sua prisão? Em caso positivo, esclarecer. *Não.*

Interrogado em Juízo, o acusado *CARLOS ALBERTO AUGUSTO* declarou que é delegado de polícia civil aposentado, com renda mensal aproximada de R\$11.000,00 a R\$ 12.000,00 líquido, estado civil casado, tem um casal de filhos e apresentou endereço residencial em sigilo. Nunca foi processado criminalmente, e sobre os fatos narrados na denúncia, por ser novo na polícia, foi colocado para trabalhar em um departamento de ordem política e social, cujo chefe maior é o governador. Tinha apenas 3 anos como investigador de polícia quando ocorreram os fatos em relação aos quais foi denunciado, oportunidade em que era subordinado a vários delegados e ao Secretário de Segurança Pública. Foi nomeado para a Polícia Civil aos dia 15 de janeiro de 1970 e os fatos ocorreram no mês de junho de 1973, ocasião em que trabalhava na delegacia de Congonhas em serviço de imigração. Declarou que a polícia civil sempre foi legalista e os policiais são subordinados a um estatuto da polícia civil bem rígido e que as acusações que são feitas contra a sua pessoa não passam de um teatro. Nunca trabalhou em nenhum órgão militar e nem foi subordinado a nenhum militar, sendo que seu chefe de 1971 a 1973 foi o delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury. Teve o prazer de conversar com o coronel Carlos Alberto Ustra, mas nunca foi subordinado a ele. Sempre foi investigador de polícia concursado e sempre teve o prazer de fazer investigação, sendo que efetuou muitas prisões. Durante seu trabalho com o delegado Fleury sempre fez investigação policial, com o esclarecimento de sequestros, homicídios e prisões de traficantes, além de outras funções de um investigador de polícia, sendo que tudo foi efetuado dentro da lei e todo serviço realizado era comunicado ao juiz auditor e que na época era subordinado à Corregedoria da Justiça Militar. No período do DOPS todas as investigações, prisões, detenções e mortes que ocorriam eram comunicadas ao juiz auditor e que as pessoas investigadas eram acusadas de crimes políticos e de crimes comuns, havendo uma preferência em relação aos crimes políticos. Foi treinado na academia de polícia para combater criminosos políticos, lamentando que o DOPS tenha sido extinto. Sempre foi subordinado a delegado de polícia. A vítima do processo, o Edgar, não foi presa pelo acusado e nem por alguém do DOPS, tratando-se de uma invenção e o fato não existiu, só tendo conhecimento de Edgar após a denúncia, oportunidade em que buscou informações sobre essa pessoa. Consta nos autos documento com a informação de que Edgar estava em Cuba em junho ou julho de 1976 e que nunca falou com o jornalista Percival de Souza sobre Edgar. Afirmou que foi a pessoa responsável pela prisão do Cabo Anselmo, provavelmente em 1971, momento em que o seguiu até a sua casa, na Rua Martins Fontes, e desconhece a existência de coabitantes no local. Naquela ocasião, investigou o Cabo Anselmo por mais de seis meses antes de sua prisão e não apurou se residia sozinho na Rua Martins Fontes nesse período, pois apenas ele interessava para a investigação. Em relação ao apelido “Carlinhos Metralha” e à informação de que ingressava na carceragem com uma metralhadora, respondeu que é falsa, pois na carceragem não era permitido o ingresso com arma. Nunca foi procurado por parentes, amigos ou advogado de Edgar questionando acerca de seu paradeiro. O massacre da Chácara São Bento ocorreu porque veio uma ordem de Cuba, de Fidel Castro, para montar uma área de guerrilha em Recife, e, na oportunidade, o Anselmo pegou a carta e comunicou aos policiais do DOPS. Após, ele e Anselmo foram designados para atuar em Recife, momento em que montou a área de guerrilha como agente infiltrado e lá chegaram com vários terroristas com cursos de guerrilheiros preparados em Cuba e na China, com o apoio de um

ex-governador de São Paulo, entretanto não teve envolvimento nesse massacre. Na carta vinda de Cuba havia uma ordem de execução do Cabo Anselmo, razão pela qual o retirou do local onde possivelmente ocorreria, considerando que a função do policial é proteger a vida. Conhece as testemunhas José Damião de Lima Trindade, Artur Macedo Scavone, Pedro Rocha Filho, Ivan Seixas, Lenira Machado, César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Virgílio Lopes, sendo todos bandidos e terroristas, mas não se recorda se prendeu alguma dessas pessoas. Asseverou que nunca trabalhou no DOI-CODI, bem como que era proibida a entrada dos investigadores na carceragem. Nunca teve contato pessoal com as testemunhas mencionadas antes da audiência. Declarou que nunca atuou na Operação Bandeirante, órgão de inteligência das forças armadas. O Cabo Anselmo, transformado em informante pelo acusado, era presidente da Associação dos Marinheiros do Brasil e foi usado pela esquerda, e na ocasião de sua prisão, já estava convencido de que ele estava do lado errado. Não participou da oitiva formal do Cabo Anselmo, pois a função do investigador de polícia é fazer a investigação e oitiva formal é ato do delegado de polícia e do escrivão. Não se recorda se tomou conhecimento a respeito do teor das declarações do Cabo Anselmo, tomadas aos 04 de junho de 1971. Pediu para sair da divisão a qual pertencia no DOPS porque se casou e queria ter uma vida mais sossegada, mas continuou no DOPS. Em resposta à inquirição de por qual razão o DOI-CODI faria um documento falso, tendo em vista a existência de um documento da Operação Bandeirantes onde consta a informação acerca da prisão do Edgar no dia 13 de junho de 1971, declarou que os documentos não são falsos e que somente trabalhou na polícia civil. Alegou que esteve no meio deles e eles prendiam os companheiros por suspeita, interrogavam, julgavam, executavam e enterravam em qualquer lugar. Não possui certidão de óbito ou documento que ateste a morte das pessoas que constam na denúncia como sequestradas e que existem pessoas que constam como sequestradas ou desaparecidas, mas estão vivas, conforme noticiado no livro “Borboletas e Lobisomens, do jornalista Hugo Studart. Na sua carreira, prendia pessoas e apresentava ao delegado, que comunicava as prisões à auditoria militar, não se tratando de sequestro, mas de prisão para manutenção da ordem do país. Não se arrepende de nenhum ato que tenha praticado em sua carreira. Se casou no dia 31 de março de 1973, período em que tirou férias e, no retorno, pediu para sair da equipe, pois queria um pouco mais de tranquilidade, oportunidade em que foi trabalhar no aeroporto de Congonhas para bater carimbo, provavelmente em abril do mesmo ano. Quanto à hierarquia na polícia, havia o Chefe da Equipe, o Investigador Chefe da Delegacia, o Investigador Chefe da Divisão, o Investigador Chefe do Departamento, os Delegados (assistente, adjunto e titular), Delegado Divisionário, Diretor, Delegado Geral, o Subsecretário da Segurança, o Secretário da Segurança e o Governador, que é o superior hierárquico e comandante das atividades da polícia. Quando realizada uma prisão, pelo rádio era imediatamente comunicada ao delegado responsável e, conforme a hierarquia informada, a informação era comunicada às forças armadas e, principalmente, ao Juiz Auditor. Declarou que o processo foi originado de uma armação formada por deputados e a quadrilha deles.

I – Da categorização da acusação penal:

Primeiramente, reconheço a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime em exame, porquanto conexo a suposto crime de homicídio praticado por agentes no exercício de função pública federal, tudo nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República e Súmula nº 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos, verbis: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal no exercício de suas funções e com estas relacionadas”.

Algumas considerações são necessárias quanto às características do crime em tela, praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataque amplo contra grupos de oposição.

Tais crimes são considerados pelo direito penal internacional, consoante tratados internacionais e decisões de órgãos e Tribunais internacionais dos quais o país faz parte, crimes contra a humanidade, o que implica regime jurídico especial, como o da imprescritibilidade penal.

É importante considerar, de início, que o desenvolvimento do direito penal internacional, desde o começo do século XX, segue uma acentuada, gradual, mas constante evolução, a partir do julgamento dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial, pelo Tribunal Penal de Nuremberg e pelo Tribunal Penal de Tóquio.

Antes mesmo do advento da Segunda Guerra Mundial, já houvera a tentativa de punição do Kaiser alemão, derrotado na Primeira Guerra Mundial, diante dos graves crimes internacionais praticados pela Alemanha naquela ocasião, mas como o referido soberano se homiziara na Holanda, e este país não cedera aos pedidos de entrega do mesmo, a tentativa de sua responsabilização diante de um Tribunal Internacional frustrou-se.

Assim, tão-somente após as atrocidades praticadas pelo nazismo, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, é que surge a oportunidade jurídica para responsabilizar individualmente os autores de crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Neste sentido, a “banalidade do mal”, tal como expressão de Hannah Arendt, em que o mal passa a ser o contexto normal e ordinário de determinada sociedade ou, em outras palavras, uma mera medida burocrática, diante de uma total inversão dos valores reinantes, permitiu o surgimento de uma opinião pública internacional de modo a não admitir a prática de graves crimes contra a humanidade.

Isto porque, até então não se reconhecia a responsabilidade individual de militares ou de soberanos por crimes deste feitio, mas tão-somente a responsabilidade estatal, no máximo de cunho indenizatório.

Neste cenário de prevalência da responsabilização de graves violações aos direitos humanos, surgiu o Tribunal de Nuremberg, como uma tentativa dos aliados para fazer frente aos crimes praticados pelos nazistas e colaboradores, responsáveis por mais de seis milhões de pessoas.

Ainda que tenha sido objeto de muitas críticas - tais como a de ter sido um Tribunal criado pelos vencedores e, portanto, parcial, de não ter sido estabelecido previamente aos fatos praticados, dentre outras -, verdade é que a importância histórica e política do Tribunal de Nuremberg é hoje indiscutível e reconhecida por toda a doutrina de direito penal internacional. Com efeito, foi a partir dele que se inicia a responsabilidade penal individual em matéria de crimes internacionais, tratando-se, portanto, de um marco na evolução da Justiça Penal Internacional.

Esse verdadeiro paradigma do direito penal internacional faz ainda lembrar que, durante os debates naquele Tribunal, foi alegado pelos opositores de sua implantação tratar-se de uma Corte retroativa, criada pelos vencedores e, portanto, sem legitimidade para julgar os vencidos. Referida alegação foi superada, consoante firme proposição do jurista Cherif Bassiouni, no sentido de que “as atrocidades e crimes praticados já estavam definidos no direito internacional por tratados internacionais pretéritos e pelo próprio costume internacional”.

Segundo Norberto Bobbio, o surgimento da responsabilidade penal internacional é reflexo também da vertente “garantia” de tutela dos direitos humanos no âmbito internacional, segundo a qual haveria uma fase de “promoção”, que visa a irradiar os valores dos direitos humanos; “controle”, que monitora através de relatórios, comunicações interestatais e petições individuais o cumprimento das normas internacionais nesta matéria e a “garantia”, que pode ser definida

como a jurisdicionalização nesta matéria^[1]. Certamente, vive-se hoje nesta terceira fase, em que as normas internacionais penais passam a valer para todos os países que compõem os chamados blocos de institucionalidade, a saber: o bloco dos países que compõem e integram a Corte Europeia de Direitos Humanos e aqueles, dentre os quais está o Brasil inserido, jungidos à Corte Americana de Direitos do Homem.

Esses chamados blocos de institucionalidade evoluíram, a partir da criação dos Tribunais para o julgamento dos crimes na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, em face de crimes que chocaram a opinião pública internacional, resultando finalmente na criação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte.

As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Europeia e Americana, no julgamento de causas relacionadas a graves violações de Direitos Humanos, têm, nos respectivos subsistemas continentais, realizado importante mudança de enfoque na solução de problemas e demandas relacionadas aos direitos humanos. Um exemplo disso é o que recentemente ocorreu no Brasil com a Lei “Maria da Penha”, como também no julgamento dos crimes praticados na Guerrilha do Araguaia, como no caso Gomes Lund, apenas para ficar em dois exemplos.

Com efeito, conforme acentua Noberto Bobbio, referido bloco de institucionalidade no plano internacional foi responsável pela modificação da visão *ex vi principis*, até então vigente, para a visão *ex parte populi*, em que prevalece a visão do povo ou do cidadão em matéria de respeito aos direitos humanos, ou seja, uma mudança total de enfoque na matéria.

Referidas Cortes de Direitos Humanos, como também os Tribunais Penais Internacionais, *ex vi* o Tribunal Penal Internacional, formam um verdadeiro bloco institucional, conforme dito, propício a receber toda a sorte de demandas que envolvam graves violações a direitos humanos ou crimes contra a humanidade, havendo verdadeiros vasos comunicantes entre tais órgãos para a solução dos casos.

É importante destacar o arcabouço institucional sobre o qual está erigida a Justiça Penal Internacional, havendo grande importância, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, notadamente ao seu art. 14, das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos e do Estatuto de Roma.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao contrário das Convenções regionais de direitos humanos, aplica-se a todos os países pertencentes à ONU, mas ainda não se encontra tão institucionalizado como as Convenções ou os Tribunais Internacionais.

Esses pressupostos são necessárias para situar o conhecimento da presente questão examinada por esta sentença, que envolve a obrigação do Brasil de seguir os tratados internacionais pactuados, bem como servem como premissa do que será decidido nos próximos tópicos, a partir do chamado “controle de convencionalidade”, bem como quanto à influência de todos esses paradigmas no direito penal e processual penal brasileiros.

Do mesmo modo, as graves violações aos direitos humanos, praticadas sob as mais variadas formas e, neste caso concreto sob análise, em um contexto de ataque generalizado de perseguição políticas de opositores, praticada por agentes estatais, devem ser tidas como crimes praticados contra a humanidade, aplicando-se também o arcabouço institucional descrito acima.

Neste sentido, é cada vez mais premente a necessidade de se garantir a influência do direito penal internacional e normas processuais correlatas no direito interno do país. É um grau indiscutível de civilidade. Não se pode pretender adentrar no seleto rol das nações mais desenvolvidas do mundo sem também aderir a um mínimo ético de respeito aos cidadãos vigente naqueles países.

Além disso, a Constituição Federal possui uma série de dispositivos que veiculam a observância da proteção aos direitos humanos, a saber:

“O art. 4º, II, prevê que “República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) II – prevalência dos direitos humanos”.

O art. 5º, §2º, dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E o § 4º do mesmo dispositivo: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

No caso dos autos, a acusação refere-se a crime de sequestro praticado no contexto de uma perseguição generalizado que implicava até desaparecimentos forçados, além de toda a sorte de arbitrariedades, como se verá abaixo. Não restam dúvidas de que tais fatos configuram graves violações aos direitos humanos.

O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002, definiu os crimes contra a humanidade, os quais já eram reconhecidos como *hard law* pelo direito internacional, nos termos de seu art. 7º:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) *Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*
- i) *Desaparecimento forçado de pessoas;*
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O “extermínio” compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

- c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
 - d) Por “deportação ou transferência à força de uma população” entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
 - e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
 - f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
 - g) Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
 - h) Por “crime de apartheid” entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;
 - i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.
3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”.

Assim, forçoso reconhecer que a acusação apresentada pelo *Parquet* Federal se refere a crime de desaparecimento forçado de pessoas, tipificado no caso em concreto como crime de sequestro, à míngua de uma definição mais específica no direito brasileiro, tratando-se sem sombra de dúvidas de crime contra os direitos humanos.

Imputa-se ao acusado CARLOS ALBERTO AUGUSTO a prática das condutas previstas nos artigos 148, § 2º, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal.

Configurada a natureza de crime contra a humanidade em relação aos fatos descritos na denúncia.

II – Imprescritibilidade e controle de Convencionalidade:

A partir disso, resulta que as normas penais internacionais, os julgamentos penais internacionais e o costume consideram tais crimes imprescritíveis e insuscetíveis de anistia etc. Observe-se que, em matéria de direito penal internacional, o costume é *ius cogens*.

Sem dúvida nenhuma o caráter de um ataque sistemático de perseguição política, praticado durante o período de maior perseguição política pós-64 aplica-se ao caso retratado na denúncia, como bem salientou o representante do MPF em suas alegações finais, uma vez que o crime de sequestro imputado ao acusado pode ser caracterizado como desaparecimento forçado de pessoas, na esteira do que vem decidindo sistematicamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Gomes Lund, Herzog e outros.

Havia, pois, uma sistemática de operações repressivas a configurar crimes contra a humanidade, definidos desde o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, em 1945, posteriormente inseridos nos Tribunais Penais para Ruanda e antiga Iugoslávia e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 4.388/2002.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o caráter de crimes de desaparecimentos forçados como crimes contra a humanidade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, na Extradicação 1362/DF, em que o Estado argentino requereu a Extradicação de Salvador Siciliano, acusado naquele país de prática de crimes contra a humanidade, na época da então ditadura militar, por pertencer a uma organização terrorista e paramilitar que participou ativamente na morte, desaparecimento e demais crimes contra a oposição política ao regime, assentou que o requisito da prescritibilidade não pode ser admitido para impedir a extradicação nas hipóteses de crimes contra a humanidade:

“De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito comum, mas a esse campo do Direito a que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. Diversamente dos crimes comuns, as consequências de crimes internacionais ‘não surgem em um primeiro momento, mas ao longo do tempo não cessam de ampliar’ (Jankalevitch, V. *L’imprescritibile*. Paris, Seuil, 1986, p.18). Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacional, disciplina cuja finalidade é, como Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raiszan. São Paulo: Editora RT, 2008). Consequentemente, é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional. É nesse sentido a fundamentação do Ministério Público Federal, no parecer feito pela e. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques relativamente à imprescritibilidade, no direito brasileiro, dos crimes contra a humanidade. Os argumentos do Ministério Público foram deduzidos nos seguintes termos (fls. 561-566):

‘No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do jus cogens, que, desde muito antes da consumação dos delitos, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilidade criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Como afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, “desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura e muitas infrações a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual sobre eles incidir as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

As normas – cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradicação e punição das

pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescritibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar(...)."

A Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas, definiu, um ano antes da Lei de Anistia brasileira, as medidas a serem tomadas pelos Estados, convocando-os a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob cuja jurisdição está submetido o Estado brasileiro, nos termos do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, tem reconhecido que são inadmissíveis as disposições de prescrição que tenham por objetivo impedir a investigação e punição de responsáveis por graves violações dos direitos humanos (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001). A Corte reconhece, nesses julgados, o primado das normas costumeiras de direito internacional.

Em relação à prática constante e uniforme para a configuração do costume internacional como *jus cogens*, observou o Ministro Edson Fachin no supramencionado voto:

"Tais práticas, como destacava Michael Akehurst (Custom as a source of international law, British Yearbook of International Law, vol. 47, n. 1 (1977), p. 21), não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, conforme recente abordagem da própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J., Report 2012, p. 136). Isso significa que a prática deve refletir-se nos principais órgãos do Estado. A ideia de que a prática deve ser consistente, ou de um 'costume constante e uniforme' (Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J., Reports 1950, p. 266) não deve traduzir, ademais, a obrigatoriedade de perfeição e a intolerância a algum nível de inconsistência (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14).

Como exemplos dessa prática, é possível citar o reconhecimento de jurisdição universal por parte da Espanha a fim de julgar o cidadão argentino Ricardo Cavallo acusado dos crimes de terrorismo, tortura e genocídio. Os fatos teriam ocorrido nos anos finais da década de 70 e o pedido de detenção ocorreu somente em 25 de agosto 2000, pelo juizado de instrução n. 5 da audiência nacional de Madrid. Estando o acusado no México, foi requisitada a esse país

sua extradição, tendo sido deferida pela Juíza Guadalupe Luna Altamirano, do Juizado do Sexto Distrito da Cidade do México, em 11 de janeiro de 2001. A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Justiça da Nação, no fallo sobre apelacion 140/2002, de 10 de junho de 2002.

A Corte Suprema do Chile autorizou, em 21 de agosto de 2013, a extradição do ex-juiz federal argentino Otilio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo de lesa humanidade (...)

É importante observar no que tange às decisões de México e Chile que ambas as nações não são partes da Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade”.

Quanto à imprescritibilidade desses crimes, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Extradição nº1150 – República Argentina, j. 19/05/2011, assim já se posicionou quanto à imprescritibilidade dos crimes permanentes como é o crime de sequestro de desaparecidos políticos:

“EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQUESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”). DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQUESTRO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. (...) 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. (...) 6. Crime de sequestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes. (...) 11. Extradição parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “sequestro qualificado”.

No mesmo sentido, o decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradição 1270, julgado em 12/12/2017, relator para o acórdão Ministro Roberto Barroso:

“EMENTA: EXTRADIÇÃO. REGULARIDADE FORMAL. PRESCRITIBILIDADE E ANISTIA DOS CRIMES COMETIDOS PELO EXTRADITANDO. OBSERVÂNCIA DO QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO NA EXT 1362. 1. O requerimento da extradição formulado pelo Governo da Argentina em face de seu nacional preenche os requisitos formais do Tratado de Extradição, bem como o requisito da dupla tipicidade. 2. No julgamento da Ext 1.362, sob relatoria do Ministro Edson Fachin – cujo acórdão ainda não foi publicado –, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os crimes contra a humanidade não são imprescritíveis, uma vez que o Brasil até hoje não subscreveu a Convenção da ONU sobre Crimes de Guerra. 3. O princípio da colegialidade impõe a observância das decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que me leva adotar o entendimento firmado na mencionada Ext 1.362, embora tenha ficado vencido naquela ocasião. De modo que é forçoso reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos crimes de homicídio e de tortura. 4. Por outro lado, considerado que o crime de sequestro é de natureza permanente, o que significa que a sua consumação se protraí no tempo, considera-se que sua consumação ocorre durante o tempo em que a pessoa sequestrada se encontra desaparecida, a menos, é claro, que os elementos dos autos permitam concluir que a vítima está morta. No presente caso, as vítimas continuam desaparecidas, o que afasta

a ocorrência da prescrição. Precedente: Ext 1.150, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. 5. O fato de possuir cônjuge brasileiro não impede o deferimento do pedido extraditacional, nos termos da Súmula 421/STF. 6. No exame de delibação próprio das decisões proferidas em processos de extradição, somente é possível a análise da legalidade extrínseca do pedido, sem o ingresso no mérito da procedência da acusação, da ordem de prisão instrutória ou executória. Isso não importa violação à ampla defesa, porque a extradição é procedimento de cooperação jurídica internacional, no qual se admitem como verdadeiras as alegações feitas pelo Estado requerente. Frise-se que o exercício da ampla defesa, quanto ao mérito, será exercido no processo crime a que será submetido o extraditando e não no procedimento de extradição. 7. Embora exista dispositivo do Tratado Específico que permite a extradição por todos os crimes, ainda que apenas um deles satisfaça as exigências previstas no Tratado, limito a viabilidade de entrega apenas quanto ao crime de sequestro. Isso porque, nos procedimentos de cooperação jurídica internacional, dos quais é espécie a Extradição, sempre é possível a limitação do objeto da cooperação. 8. Extradição deferida apenas quanto ao crime de sequestro condicionada a entrega ao Estado requerente aos seguintes compromissos formais: (i) detrair da pena que permaneceu preso preventivamente no Brasil; (ii) não aplicar pena de morte ou de prisão perpétua; e (iii) observar o limite máximo de 30 (trinta) anos de pena privativa de liberdade”.

Referido julgado é posterior ao julgamento da ADPF 153/2010 sobre a “Lei da Anistia”. Aliás a própria definição dada pela Lei nº 6.683/79, no seu art. 1º: *“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”*, permite concluir que os crimes de desaparecimento forçado ou de sequestro de prisioneiros políticos, tal como descrito na denúncia não estariam abrangidos pela lei da anistia pelo simples fato de ainda se encontrarem em execução, em se tratando de crimes permanentes, ultrapassando, portanto, o hiato temporal de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Não bastasse isso, a análise dos fatos submetidos a julgamento não pode prescindir do hoje chamado controle de convencionalidade.

Segundo Valério Mazzouli:

“Como já se falou, a Corte Interamericana tem entendido (desde 2006, quando julgou o Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile) que o controle de convencionalidade por parte dos tribunais locais é um dever que decorre da ordem pública internacional, não podendo ser afastado por qualquer pretexto, sob pena de responsabilidade internacional do Estado. Em suma, no Direito brasileiro atual todos os tratados que foram o corpus juris convencional dos direitos humanos de que o Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas internas, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado (equivalente às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente do controle difuso), cabendo, v.g., uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; b) tratados de direitos humanos que têm somente “status de norma constitucional” (não sendo “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que não aprovadas pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º) são paradigma somente do controle difuso de convencionalidade, podendo qualquer juiz ou tribunal neles se fundamentar para declarar inválida uma lei que os afronte^[2]”.

Portanto, a par do controle de constitucionalidade, os tribunais do país devem também se preocupar com o controle de convencionalidade, concentrado ou difuso, de modo a tornar plenamente eficazes no direito interno do país o que restou disciplinado nos tratados/convenções internacionais de direitos humanos dos quais faça parte.

Neste sentido, já se manifestou também a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*:

“A corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção^[3]”.

Ao que se observa do referido entendimento, não apenas os tratados e convenções devem ser aplicadas, mas também a *interpretação* que dos mesmos tenha feito a Corte.

É exatamente o que acontece no caso em exame, na medida em que, em pelo menos duas oportunidades, isto é, no caso Gomes Lund e outros, bem como no caso Herzog, determinou a punição dos crimes, sua caracterização como crimes contra os direitos humanos e a imprescritibilidade dos mesmos.

Em recente julgado, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 0500068-73.2018.4.02.5106 (2018.51.06.500068-9), j.14.08.2019, relatoria Desembargadora Federal Simone Schreiber, reconheceu a possibilidade do chamado controle de convencionalidade:

“EMENTA CARTA TESTEMUNHÁVEL EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. DELITOS DE SEQUESTRO E ESTUPRO DURANTE A DITADURA MILITAR. DESNECESSIDADE DE TRADUÇÃO DE TRECHOS DAS RAZÕES RECURSAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DOCUMENTO PARA OS FINS DO ART. 232 DO CPP. EXAME IMEDIATO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA DOS CRIMES PRATICADOS À CLANDESTINIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS COLHIDAS DURANTE A FASE INVESTIGATÓRIA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PARÂMETROS DISTINTOS. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 6.683/79 (LEI DE ANISTIA) NÃO IMPEDE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. NORMA SUPRALEGAL. VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS COMETIDAS POR AGENTES DO ESTADO DURANTE A DITADURA MILITAR. CRIMES CONTRA HUMANIDADE. IMPRESCRITÍVEIS E INANISTIÁVEIS. CONDENAÇÕES PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CARÁTER COGENTE. CARTA TESTEMUNHÁVEL PROVIDA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. Trata-se, inicialmente, de Carta Testemunhável interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão proferida pelo Juízo da 01ª Vara Federal de Petrópolis/RJ, que deixou de remeter a esta eg. Corte Regional o Recurso em Sentido Estrito interposto pelo *parquet* contra a decisão que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do acusado pela prática dos crimes descritos no art. 148, §2º (sequestro qualificado), e art. 213 (estupro) c/c art.

226 do CP, supostamente cometidos durante a ditadura militar, em centro de prisões e tortura clandestino (Casa da Morte), em Petrópolis. As transcrições nas razões recursais do Ministério Público Federal de decisões internacionais não precisariam ter sido traduzidas pelo órgão ministerial por terem sido reproduzidas como elementos de reforço às teses do MPF para reformar a decisão que rejeitou a denúncia. Os trechos transcritos pelo *Parquet* Federal em suas razões recursais não se enquadram no conceito de documento previsto no art. 232, do CPP. Carta testemunhável provida e suficientemente instruída para autorizar o exame do Recurso em Sentido Estrito. A expressão Justiça de Transição não guarda qualquer relação com implantação de um juízo ou tribunal de exceção. Justiça de Transição consiste em uma série de esforços e práticas adotadas pela sociedade civil e por instituições governamentais, e não só pelo poder judiciário, a fim de garantir, a partir da revelação de fatos que envolveram graves violações aos direitos humanos em determinado período histórico, a reparação das vítimas, a responsabilização dos agressores, e a promoção de políticas de reconciliação. Tudo isso com a finalidade de evitar, não só uma reprodução idêntica de períodos passados, mas a permanência e repetição das políticas de Estado violadoras de Direitos Humanos, com novas roupagens e contornos. Inequívoca a presença de justa causa para a ação penal. O farto arcabouço probatório reunido pela acusação autoriza o recebimento da denúncia, uma vez que se exige nesse estágio processual apenas a prova da materialidade e a presença de indícios mínimos de autoria. A palavra da vítima, tal como prevista no art. 201 do CPP, nos crimes praticados à clandestinidade, goza de destacado valor probatório. Torna-se ainda mais relevante a narrativa do ofendido quando os crimes denunciados forem praticados por agentes do Estado, em um contexto de violações sistemáticas e generalizadas de direitos escondidas pelo regime. Para além da palavra da vítima, existem inúmeras outras provas colhidas durante a fase investigatória que respaldam suas declarações, como é o caso de busca e apreensão na casa do investigado; a quebra de sigilo de dados telefônicos de terminal ligado ao denunciado; admissão pelo acusado perante o MPF, de que era, à época dos fatos, caseiro da Casa da Morte; e, ainda, o reconhecimento do mesmo, por fotografia, pela vítima, antes de falecer. A constitucionalidade da Lei 6.683/79, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, não impede a realização do controle de convencionalidade da Lei de Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. A constitucionalidade de uma norma não implica, necessariamente, na sua convencionalidade, eis que os chamados “Controle de Constitucionalidade” e “Controle de Convencionalidade” são mecanismos diversos de aferição da compatibilidade de uma lei com norma de hierarquia superior, com parâmetros distintos. As graves violações de direitos humanos perpetradas contra a população civil (torturas, espancamentos, ofensas sexuais, sequestros, desaparecimentos forçados, e outros) foram usadas no Brasil, durante todo o regime ditatorial, como mecanismos institucionais de controle e repressão estatal de opositores políticos e perseguidos do regime. Integravam e determinavam, portanto, a política de Estado adotada pelos detentores do Poder à época, de modo que os crimes praticados nessa conjuntura configuraram crime de lesa-humanidade, cuja definição já era prevista em normas de direito internacional na data dos fatos tratados nesta ação penal. A categoria de “crime contra humanidade” refere-se à uma qualificação atribuída pela comunidade internacional a crimes já conhecidos e comumente previstos nas legislações internas, quando praticados em um dado contexto histórico de ataques sistemáticos e generalizados à população civil, e não um delito autônomo que carece de tipificação. Os delitos imputados são estupro e sequestro, figuras típicas previstas em nosso Código Penal em 1971. Na medida em que o Estado brasileiro impede a persecução criminal de um suposto autor de crime de lesa-humanidade, com base na Lei de Anistia, contraria norma de observância imperativa no cenário internacional (com status de jus cogens): a obrigatoriedade de investigar e, se for o caso, punir civil e criminalmente a conduta. À luz das normas de direito internacional e da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação da Lei de Anistia para impedir o prosseguir-

mento de processos penais ajuizados em desfavor de supostos autores de crimes contra humanidade viola os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, além dos artigos 1.1 e 2. As condenações do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos Gomes Lund e Outros vs. Brasil e Herzog e Outros vs. Brasil decorreram diretamente da omissão do Poder Judiciário em adotar a Convenção Americana como parâmetro de controle de convencionalidade da Lei 6.683/79, após 10 de dezembro de 1998, data de ratificação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos). As decisões e as interpretações da Convenção Americana de Direitos Humanos proferidas pela Corte Interamericana são dotadas de caráter vinculante, de maneira que os magistrados não podem mais invocar a Lei 6.683/79 para reconhecer a extinção de punibilidade dos supostos responsáveis pela prática dos crimes contra humanidade. Em razão do efeito paralisante da norma supralegal – Convenção Americana de Direitos Humanos – são inaplicáveis os dispositivos da Lei 6.683/79 que impeçam persecução penal de acusados de praticar crimes contra humanidade. A aplicação de regras ordinárias internas de prescrição é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Apesar de não ter ainda ratificado a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968), o Brasil, por meio do Decreto Legislativo no 112, de 6 de junho de 2002, aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual contempla inequivocamente a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade, integrando-o ao nosso ordenamento. Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estatuto de Roma é também tratado internacional em matéria de direitos humanos, que não fora aprovado pelo quórum especial previsto no art. 5§ 3º da CF. Logo, assume o caráter de norma supralegal, cuja consequência é a paralisação da lei ordinária nacional, no caso a aplicação dos dispositivos referentes à prescrição para os crimes de lesa-humanidade. A imprescritibilidade dos crimes contra humanidade não é em nada incompatível com a Constituição Federal, que, inclusive, atesta que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CRFB). Diante da existência de conjunto probatório mínimo a embasar o recebimento da denúncia e do reconhecimento, em face das normas de direito internacional e interno, de que os crimes contra humanidade são imprescritíveis e inanistiáveis, há que ser recebida a denúncia. Carta Testemunhável provida para julgar imediatamente o Recurso em sentido estrito. Recurso em sentido estrito do Ministério Público Federal provido. Denúncia recebida, nos termos da Súmula 709 do STF” (grifos nossos)”.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu pela aplicação da supra legalidade das normas convencionais quando decidiu acerca da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel.

A respeito, já tivemos a oportunidade de afirmar:

“Como o Supremo Tribunal Federal, a partir de entendimento jurisprudencial que sedimentou o advento da Súmula 619/STF, que admitia este tipo de prisão, entendendo-a constitucional, sufragava o entendimento da teoria monista com predomínio da legislação interna, a prisão civil seguia admitida, muito embora em discrepância com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que só admite este tipo de prisão na hipótese de devedor de alimentos.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal modificou referido entendimento, vindo inclusive a revogar a mencionada súmula, consolidando o entendimento pelo caráter supralegal das normas internacionais de direitos humanos, nos termos do art. 5º. E §§2º e 3º, da Constituição Federal.

Entende, nesta decisão, bem como em precedentes, que a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados internacionais em matéria de direitos humanos têm caráter

subordinante da legislação interna do país, prevalecendo, no mais, o princípio inserido nos arts. 7º, n.7, c/c art. 29, da mesma Convenção, o princípio da primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Estabelece o STF, conforme posicionamento do eminente relator do HC mencionado, verdadeira “interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição”, quando necessária a medida.

Segundo o eminente Ministro Celso de Melo:

‘Em suma: a análise dos fundamentos em que se apóia a presente impetração leva-me a concluir que a decisão judicial de primeira instância, mantida pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, não pode prevalecer, eis que frontalmente contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Constituição da República, considerada, no ponto, a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em causa, no sentido de que não mais subsiste, em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial. Evidente, desse modo a situação de injusto constrangimento imposta ao ora paciente’. Em relação à plena eficácia das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, restou consignado na ementa do v. acórdão:

‘O Poder Judiciário, neste processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”^[4].

Portanto, de certa forma o controle de convencionalidade já não era novidade no país. É mais um exemplo da influência das normas internacionais de proteção de direitos humanos no território brasileiro.

Em suma, a responsabilização de eventuais crimes de sequestro, crime permanente cuja consumação se protraí no tempo, praticados no contexto da repressão da ditadura, não está alcançado pela Lei de Anistia, seja por esse fato, isto é, pela perenidade de seus efeitos no tempo, seja também pelos inúmeros tratados internacionais dos quais o país faz parte e que classificam o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade, mesmo à época de vigência da Lei de Anistia. Trata-se de verdadeiro *jus cogens* cuja aplicação não pode passar despercebida.

Importante consignar ainda a existência da ADPF 320, Relatoria do Ministro Dias Toffoli, ainda pendente de julgamento pelo STF acerca da aplicação ou não da lei de anistia quanto aos crimes permanentes.

III – Análise da conduta do acusado:

A instrução processual comprovou, além de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade penal do acusado. Em crimes como o retratado na denúncia a prova penal não exsurge tão evidente como nos crimes praticados à luz do dia, mas, da mesma forma como nos crimes sexuais, exigem uma maior abrangência epistêmica. Como já se viu acima, o mesmo arcabouço jurídico dos crimes contra a humanidade pode ser aplicado aos crimes de graves violações a direitos humanos como no caso em tela.

Não bastasse isso, nos autos há provas tanto colhidas sob o crivo do contraditório, como os depoimentos acima elencados, quanto na fase investigativa, que se corroboram, capazes de confirmar a condenação penal.

A denúncia aponta o crime de sequestro qualificado, tipificado no art. 148, §2º, do Código Penal, na medida em que nosso ordenamento jurídico não prevê especificamente o crime de desaparecimento forçado. No entanto, isso não afasta a possibilidade de tipificação penal, não se tratando de “analogia in malam partem”, já que todas as elementares encontram-se previstas no mencionado art. 148.

Neste sentido, restou decidido quanto ao recebimento da denúncia pelo ilustre Magistrado Hélio Nogueira:

“Anoto, de início, que o delito de seqüestro, previsto no artigo 148 do Código Penal é crime de natureza material e permanente, perfazendo-se enquanto perdurar a privação da liberdade da vítima. Como consequência, enquanto estiver sendo perpetrado não incide o início de prazo prescricional, nos precisos termos do artigo 111, III, do Código Penal. Embora o Brasil tenha aprovado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Convenção de Belém do Para) através do Decreto Legislativo, nº 127/2011, ainda não há, no PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA FEDERAL Autos nº 0011580-69.2012.403.6181 ordenamento jurídico a tipificação desta conduta. Segundo o artigo 20 do referido tratado: “(...) entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupo de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.” Entretanto, o E. STF, adotando a mesma solução para o crime de conspiração, equiparando-o ao delito de quadrilha ou bando (Extradição no 11 22/Estado de Israel, Relator Min. Ayres Britto, j.21105109), em casos como do Major Manuel Juan Cordeiro Piacentini (Extradição no 974. Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/08109) e do Major Norberto Raul Tozzo (Extradição no 150, Rei. Min. Carmem Lúcia, j. 19105/2011), autorizou suas extradições para a República da Argentina, por crimes cometidos na década de 1970, desconsiderando o “nomen juris” do delito, por entender que o desaparecimento forçado, naquelas hipóteses, equipava-se ao crime de seqüestro (artigo 148 do Código Penal), ora imputados aos denunciados, havendo, pois o requisito da dupla tipicidade. Isto posto, impende observar que uma das características da transição política do Brasil, diferentemente de outras experiências continentais, é a ausência de punição dos agentes estatais envolvidos nos excessos perpetrados durante o período de repressão política vez que delitos como homicídios e lesões corporais, entre outros, foram albergados pela chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), aliás, considerada constitucional pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153/DF) promovida pelo Conselho Federal da CIAB. No entanto, levando em conta a natureza do delito de seqüestro que se protraí no tempo e se prolonga até hoje, somente cessando quanto a vítima for libertada, se estiver viva, ou seus restos mortais for encontrado, não se aplicado, pois, aqui as disposições da chamada Lei da Anistia, concedida àqueles que no período de 02/05/1961 a 15/08/1979 perpetraram crimes político ou conexos a estes”.

A imputação é, em tese, admissível e está prevista no ordenamento jurídico, tratando-se de crime permanente, cujos efeitos se protraem no tempo, não sendo atingido pela prescrição, *ex vi* do disposto no art. 111 do Código Penal.

No caso em concreto, há provas mais do que suficientes no sentido de que o acusado CARLOS AUGUSTO participou da prisão da vítima e atuava em pelo menos um dos locais onde se encontrava detida ilegalmente.

Em primeiro lugar, há prova de que EDGAR foi preso, em 13 de junho de 1971, conforme ID 34375566-fls. 54. Neste documento consta também sua profissão como corretor de valores,

a demonstrar que a condição profissional da vítima não era desconhecida dos agentes estatais. Referida circunstância, conforme será visto a seguir, é importante de modo a comprovar a inexistência de nenhum motivo razoável para, primeiro, prender a vítima e, segundo, mantê-la preso por mais de dois anos sem nenhuma formalização.

Há também, conforme ID 34369986, fls.131, ofício da Justiça Militar endereçado ao diretor do DOPS, assinado pelo Juiz Auditor José Paulo Paiva, que indaga, em 23 de julho de 1973, portanto, mais de dois anos da prisão de EDGAR, sobre sua prisão naquele departamento de polícia.

O próprio Superior Tribunal Militar, já em 21 de outubro de 1971, questiona informações para instruir “Habeas Corpus” em favor da vítima, consoante se infere do ID 34369964, fls. 64.

Em relação à alegação da defesa no sentido de haver prova da morte mediante Certidão de Óbito do ID 34369963, não cabe falar em comprovação da morte, na medida em que o documento não é uma declaração confirmadora do evento morte - tanto que o sepultamento foi declarado como em local ignorado -, mas uma declaração para fins da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, de natureza meramente civil, sem efeitos penais, de natureza relativa, consoante restou decidido na decisão que recebeu a denúncia, ID 34369656, fls. 45/57.

Não havendo dúvida de que EDGAR foi preso e permaneceu desaparecido a partir de meados de 1973, resta analisar a participação do acusado CARLOS AUGUSTO nos fatos em questão.

A confirmar isso, tem-se o depoimento da testemunha de acusação Ivan de Seixas, conforme ID 37407541. Referida testemunha declarou ter encontrado por diversas vezes com a vítima, quando estava preso no DOPS e/ou no DOI-CODI. Ivan declarou que em uma de suas conversas com a vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE, esta disse que o acusado CARLOS AUGUSTO é que teria, juntamente com outros membros da equipe do então delegado FLEURY, procedido à sua prisão em seu então apartamento da Rua Martins Fontes.

Ressalte-se que a testemunha também declarou ter visto CARLOS AUGUSTO, conhecido como Carlos “Metralha”, assim conhecido por trazer sempre pendurada em suas costas uma metralhadora (fato este que foi confirmado por diversas testemunhas), trazendo preso o Cabo Anselmo, detido pouco antes da vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE. Vale dizer também que a testemunha Lenira Machado, conforme transcrição supra, declarou, por exemplo, que “não poderia jamais esquecer de Carlos Metralha diante da truculência com a qual atuava e era conhecido por todos; que ele já chegava batendo e espancando os presos”.

Os demais depoimentos não retrataram ter sido a prisão de EDGAR efetuada por CARLOS AUGUSTO. No entanto, o depoimento da testemunha Ivan de Seixas é elemento de prova fundamental, eis que corrobora as demais provas e também indícios, notadamente os registros oficiais que dão conta da entrada de EDGAR na prisão, as contradições do interrogatório do acusado CARLOS AUGUSTO, consoante será a seguir analisado, e a entrevista concedida por este ao jornalista Percival de Souza^[5], em que declara ter participado efetivamente da prisão de Cabo Anselmo.

Além dessas declarações, há o depoimento de Pedro Rocha Filho, transcrito acima, no sentido de que foi a equipe do delegado Fleury que teria efetuado a prisão de EDGAR.

Referidos depoimentos, além de coincidentes, colhidos sob o crivo do contraditório, confirmam também as declarações dadas na Comissão da Verdade, cujo relatório pode ser visto no ID 34369986, fls. 102.

Não é o caso de se dizer que a prova estaria baseada apenas em um depoimento por “ouvir dizer”. Na realidade, há um mosaico probatório, como visto, resultante de um conjunto

de elementos que permite concluir pela responsabilidade penal. Do mesmo modo, em crimes como o retratado na espécie, praticado às escondidas, é evidente que a verdade real não exsurge à luz do dia.

Neste sentido, a doutrina internacional em matéria de graves crimes internacionais contra direitos humanos, como se vê do seguinte trecho de obra de Christoph J. M. Safferling, pontua pela possibilidade inclusive da prova por “hearsay” ou por “ouvir dizer”, nesses casos, em uma análise mais ampla das regras de prova quanto a esse tipo de crime:

“Taking a look at the ‘classical’ problems of evidentiary rules, this modified understanding of the function and aim of rules of evidence has influence on the results. At first, one could more widely accept hearsay evidence^[6]”.

Devido à natureza desse tipo de criminalidade, o mesmo entendimento pode ser aplicado *in casu*. É o que menciono antes como abertura epistêmica do direito brasileiro para as influências do direito penal internacional.

Um dado circunstancial, mas nem por isso irrelevante para a compreensão da dinâmica dos fatos, é que EDGAR e Cabo Anselmo eram originários das Forças Armadas, ambos cassados pelo golpe de 1964 e amigos desde aquela época. EDGAR, após um período de exílio no México e em Cuba, retornou ao Brasil, passando a viver com uma falsa identidade (Ivan Marques Lemos). Residia em São Paulo/SP, onde se estabeleceu como corretor da Bolsa de Valores. Segundo depoimentos, inclusive de sua antiga sócia (ID 34370061, fls.81) acima transcrição, teria deixado de manifestar qualquer interesse pela luta armada. No entanto, tendo reencontrado o antigo amigo Cabo Anselmo em São Paulo, resolveu abrigá-lo em seu apartamento na Rua Martins Fontes, diante de sua alegada condição econômica. Segundo ainda relatos de todos os depoimentos colhidos na instrução, Cabo Anselmo seria um informante e teria “delatado” inúmeros presos políticos, dentre os quais seu então amigo EDGAR.

Destarte, conforme relato de Ivan Seixas, EDGAR só tomou conhecimento de que sua ligação com Cabo Anselmo e a condição de informante deste teriam motivado sua prisão muito tempo depois de preso. EDGAR acreditava que teria sido preso porque esteve juntamente com Anselmo diante de uma delegação cubana de esporte, no dia em que este entregou uma correspondência para a líder dessa equipe em São Paulo, supostamente endereçando um recado ao então líder cubano, Fidel Castro.

Assim, a proximidade entre Cabo Anselmo e EDGAR, já que moravam juntos na época, permite fazer o liame entre a prisão de um e de outro, sendo que, *em uma*, consta a própria admissão do acusado CARLOS AUGUSTO de sua participação na prisão daquele, conforme entrevista ao jornalista Percival e a admissão em interrogatório, além da prova testemunhal de Ivan Seixas, que o viu ingressando no DOPS com referida pessoa e, *em outra*, novamente o depoimento de Ivan Seixas, no sentido de que teria ouvido de EDGAR que o acusado CARLOS AUGUSTO teria participado de sua prisão, eis que membro da equipe do então delegado FLEURY.

Além do aspecto puramente probatório, dá para conjecturar que o desaparecimento de EDGAR tenha ligação direta com a proximidade de Cabo Anselmo, pois não era interessante aos órgãos de repressão que viesse à tona a real identidade de um importante informante responsável por diversas prisões de perseguidos políticos, segundo se infere de maneira uníssona dos depoimentos testemunhas colhidos sob o crivo do contraditório e dos depoimentos na Comissão Estadual da Verdade, juntados no ID 37407541. EDGAR simplesmente sabia demais.

É certo, portanto, que o único motivo para sequestrar EDGAR e mantê-lo no DOI CODI e/ou no DOPS era essa ligação com Cabo Anselmo, até porque já não tinha mais atuação política à época da prisão.

Neste sentido, por exemplo, o depoimento de Maria Amélia de Almeida Telles, transcrito acima, no sentido de que teria ouvido EDGAR ser torturado e os torturadores aludirem ao fato de que ele “teria se envolvido com segredo de Estado”. Maria Amélia afirmou também que até sua saída da prisão, em 22 de junho de 1973, Edgar ainda se encontrava preso.

O fato da vítima ter permanecido até seu sumiço por dois anos entre o DOI CODI e o DOPS, sem culpa formada ou qualquer outra formalização de acusação, é um fato, *primeiro*, que chamou a atenção de todas as testemunhas ouvidas em juízo, o que demonstra a inexistência, de motivação política evidente para sua “prisão” e, *segundo*, demonstra que o motivo de sua “prisão” era sua relação próxima com o Cabo Anselmo, na época muito útil para os órgãos de repressão política.

Em relação à versão do réu apresentada em seu interrogatório judicial de não ter participado da prisão de EDGAR, não o conhecendo, conclui-se que não tem verossimilhança. Com efeito, há provas, como visto, de sua participação tanto na prisão de Cabo Anselmo como de EDGAR, sendo que atuava na equipe do delegado Fleury, notadamente com acentuada participação e performance, identificada com detalhes pelas testemunhas ouvidas em juízo.

O réu caiu ainda em contradição, quando ao responder a um determinado questionamento afirma não saber se Cabo Anselmo residia juntamente com EDGAR. Ora, partindo-se do pressuposto de que o acusado efetuara investigação prévia duradoura antes da prisão de Cabo Anselmo, como acreditar que não soubesse um detalhe óbvio, isto é, com quem residia? É evidentemente inverossímil a alegação defensiva, apresentada com o único propósito de afastar sua ligação com a prisão de EDGAR, ponto nevrálgico da acusação penal apresentada.

O acusado CARLOS AUGUSTO, em resposta a uma pergunta de seu defensor, afirmou que teria sido transferido para outra delegacia de polícia, deixando de atuar perante o DOPS, em meados de 1972 após o seu casamento, o que permitiria concluir que não estaria trabalhando no DOPS em 1973, época do desaparecimento de EDGAR. Ora, mesmo em considerando essa declaração verdadeira, já que não foi juntado nenhum documento comprobatório dessa transferência, havendo mera alegação em interrogatório, isso não afasta sua participação direta no sequestro de EDGAR e sua manutenção preso pelo menos até 1972. É disso que se trata, não de seu desaparecimento posterior. Em outras palavras, o acusado tinha pela consciência de seus atos e das consequências dele. Poderia não ter participado, poderia renunciar às suas funções, poderia pedir transferência como afirma tê-lo feito posteriormente, mas escolheu ficar e sequestrar ilegalmente uma pessoa, sabendo de todas as consequências possíveis de seu ato.

Se é certo que compete à acusação o ônus de comprovar a autoria e materialidade, por outro é ônus da defesa, quando alegue determinada versão ou circunstância, que traga aos autos elementos minimamente críveis que afastem a certeza que deflui da prova já reunida pela acusação. Neste sentido, observo que a defesa não se desincumbiu a contento do ônus de afastar o conjunto probatório desfavorável.

Neste ponto, importante destacar: os depoimentos colhidos em juízo se coadunam com aqueles apresentados perante o Ministério Público e a Comissão da Verdade, formando um forte arcabouço probatório suficiente para a condenação penal.

Em suma, nesse tipo de crime, não é possível exigir que a prova surja senão de um arcabouço - verdadeiro mosaico de provas -, que deve ser analisado com cuidado, de modo a não causar injustiça, mas também a não causar impunidade. Com efeito, mesmo na época mais intensa da

repressão política, após o Ato de Intervenção nº5 – AI-5, como o período entre 1971 e 1973 em que se têm relatos da prisão e desaparecimento de EDGAR, todos os atos foram feitos às escondidas, à sorrelfa. Ainda: os depoimentos testemunhais são claros no sentido de dizer que eram presos por homens à paisana, sem mandado judicial, sem qualquer aviso de motivo de prisão, em estado de incomunicabilidade, sem direito à visita de familiares ou sequer de advogado.

Consta, de acordo com depoimentos, que o fato da prisão e seu local ser de conhecimento da família do preso era motivo de certa segurança para o mesmo, pois os “agentes” teriam receio de matar a pessoa. O que isso tudo significa senão que os fatos eram praticados à margem da lei?

É certo que o período histórico em questão (guerra fria), e a situação política radicalizada no Brasil da época, envolvia a prática de excessos tanto de um lado como de outro, no entanto, em hipótese alguma, é admissível que forças estatais de repressão, mesmo em regimes como os vivenciados naquela época, tivessem autorização para a prática de atos à margem da lei em relação a EDGAR, permanecendo preso por pelo dois anos, incomunicável, submetido a toda a sorte de violências, torturas e tratamentos degradantes.

Ora, espera-se das forças de Estado o exercício legítimo do direito da força, não a prática de crimes. Vamos admitir, a título de argumentação, que de situação de guerra se tratasse. Sendo isso verdade, em situação de guerra, mata-se o inimigo, não o tortura, não o sequestra, não se desaparece com ele, não se prende crianças, não se estupra mulheres, não se pratica os comportamentos bizarros descritos nos relatos testemunhais colhidos no presente processo: como o de um General que, em visita ao DOI CODI, batia com batia com bastão nos subordinados agentes públicos do local por não concordar com determinado comportamento.

Referidas ações estão muito além das admissíveis mesmo em situação de guerra. São, muito mais, exemplos de condutas além de criminosas, perversas, a exigir uma resposta penal a fim de afastar a impunidade.

Tais circunstâncias não têm relação direta com o crime propriamente dito, mas desenham a situação sob a qual o fato descrito na denúncia estava submetido; tratava-se, na realidade, de uma mera engrenagem de algo mais amplo e que fugiu de toda a sorte de controle. Campo aberto para as práticas mais perversas e sádicas.

Isso é tanto verdade que a história recente do Brasil está a demonstrar a dificuldade, por exemplo, enfrentada pelo então Presidente João Figueiredo para controlar os setores mais radicais que não queriam de jeito nenhum permitir a abertura política, como se viu no episódio do RIOCENTRO.

Portanto, a marginalidade estatal que prendia sem mandado, sequestrava, torturava, desaparecia e matava pessoas por suas posições políticas, ainda que envolvidas em ações violentas de guerrilha, praticava toda essa sorte de condutas ao abrigo, por ação ou omissão, das então forças repressivas, deve receber o mesmo tratamento processual compreendido para os graves crimes internacionais praticados contra direitos humanos, conforme já visto acima, já que de um verdadeiro holocausto se tratava, razão pela qual passo a citar o estado da coisa da doutrina e jurisprudência acerca desse tipo de responsabilidade.

Segundo Kai Ambos^[7], é importante analisar os elementos constitutivos da responsabilidade individual por esses crimes. Esses se desdobram em aspectos objetivos e subjetivos. Quanto aos primeiros, é possível destacar três aspectos fundamentais.

Um primeiro aspecto digno de realce é o da *conexion causal*, ao qual não houve um enfrentamento dogmático, mas sim pragmático por parte do Tribunal de Nuremberg, anali-

sando-se muito mais os aspectos probatórios envolvidos de modo a verificar ou não a conexão causal^[8].

Um segundo aspecto é a questão da *participação*. Nos julgamentos predominou a doutrina do desígnio comum ou *common design*, própria do direito anglo-saxão, bastando que o acusado estivesse envolvido na comissão do crime, partindo-se da ideia básica de que as atrocidades, por exemplo, perpetradas contra os judeus não poderiam ter sido cometidas sem o apoio de muitas pessoas e sem uma estrutura por trás que as assegurasse. Foi uma forma de estabelecer a responsabilidade por atos meramente preparatórios^[9].

Um terceiro aspecto refere-se à questão da *expansão da imputação*, segundo a qual se estabeleceu um dever geral dos superiores de evitar ou prevenir o desrespeito às leis da guerra por seus subordinados, quando tenham ou devam ter ciência de eventuais atos criminosos por estes praticados. Da mesma forma, os julgamentos do Tribunal de Tóquio estabeleceram a responsabilidade dos superiores civis por atos de seus subordinados, devendo ele renunciar, caso tenha conhecimento de uma atrocidade e não possa evitá-la^[10]. Aquilo que Hannah Arendt coloca, no sentido de que ninguém está obrigado a arriscar sua própria vida para opor-se a um regime totalitário, no entanto, deve se isentar do cometimento de atrocidades, recuando ou simplesmente renunciar a posições oficiais ou extraoficiais que assim o exijam^[11].

Além dessa responsabilidade por mando, pode-se também falar na responsabilidade por conspiração, que foi muito criticada durante os julgamentos de Nuremberg, pois não era conhecida do direito continental, parecendo uma mera punição da intenção.

Kai Ambos, em análise aos julgamentos por crimes de guerra realizados pela jurisprudência britânica, destaca a diferença entre conspiração, desígnio comum e participação de uma organização. Na primeira, haveria um acordo para cometer delitos. Na segunda, além do acordo se exigiria a efetiva prática deles. Na terceira, exige-se o conhecimento da organização e a participação voluntária e efetiva nela^[12].

Examinados os aspectos objetivos, passemos à análise dos elementos subjetivos da responsabilidade individual (*mens rea*).

Neste campo, entende-se que se deve afastar todas as presunções, limitando-se por outro laudo todas as alegações de erro de direito, admitindo-as apenas nas hipóteses em que inevitáveis^[13], o que se coaduna com a doutrina geral de direito penal nesta matéria.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico atingido e a recente introdução desse crime no cenário jurídico mundial, bem como o fato de estar diretamente relacionado à proteção dos direitos humanos, importa lembrar, em breves linhas, algumas características da responsabilidade penal por crimes contra a humanidade.

Ao utilizar a mesma sistemática de estudo dos crimes internacionais em geral, conforme visto acima, vamos desdobrar a análise das principais questões que envolvem os crimes contra a humanidade a partir da análise de seus elementos objetivos e subjetivos.

Um primeiro elemento objetivo presente nos crimes contra a humanidade e que deve ser analisado para a sua verificação ou não, é o fato de que só se caracteriza crime contra a humanidade o ato que esteja relacionado a um sistema de terror, assim mesmo atos individuais podem ser tidos como crimes contra a humanidade, desde que praticados dentro de um contexto desse tipo^[14].

Nestes crimes verifica-se um acentuado componente ideológico, pois são utilizados para um propósito político específico, em um sistema de contexto ditatorial de violência. Outra característica importante, é que a política que o fundamenta não precisa ser hegemônica^[15].

Alguns elementos objetivos dessa responsabilidade (*actus reus*) podem ser analisados. O mais importante deles refere-se à *participação/cumplicidade*.

Entende-se que a participação deve ser vista de forma individualizada, de modo a verificar a contribuição para o ato criminal. A esse respeito, é interessante a referência ao famoso caso *Eichmann*, em que foi condenado como autor principal, apesar de praticado vários atos de apoio ou cooperação. Com efeito, a Corte israelense concluiu por uma nova forma de analisar a questão da macrocriminalidade, em que não seria possível o cometimento dos crimes contra a humanidade na escala em que foram praticados, sem a colaboração de terceiros e sem uma estrutura para tal fim. Considerou-se ainda que a responsabilidade aumenta, na medida em que aumenta o nível de comando da pessoa envolvida^[16].

É a aplicação da doutrina do domínio do fato, em que se pode aplicar a teoria da autoria mediata, em que determinado aparato militar pode conferir aos seus líderes ou comandantes do domínio dos atos de seus subordinados, que executam crimes ordenados ou concebidos por seus comandantes, tratando-se de verdadeiros autores fungíveis do ato^[17].

Esses têm sido os entendimentos aplicados nos casos de repressão aos crimes contra a humanidade praticados na Argentina e no Chile, durante a ditadura militar^[18].

Quanto aos elementos subjetivos do crime, os julgamentos dos crimes de guerra nazistas demonstraram que basta a presença do dolo eventual, algo entre o dolo e a culpa consciente. Em *Eichmann*, por exemplo, o autor sabia da solução final; assim, a destruição dos judeus integrou o dolo^[19].

Nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal para antiga Iugoslávia, seguiram-se os mesmos passos já trilhados pelos julgamentos dos crimes dos nazistas, exigindo-se para a punição a existência de uma contribuição causal para a prática do crime e uma atuação intencional e consciente, com as variações adequadas para as situações de comando, em que a responsabilidade pode se dar por atos praticados por pessoas sob comando^[20].

Além disso, só a presença na cena do crime não é suficiente para a responsabilidade individual, devendo ser demonstrado que o acusado sabia que sua presença teria um efeito substancial e direto no crime, sendo que este conhecimento pode ser inferido das circunstâncias, não sendo necessário provar diretamente o conhecimento do acusado, sendo que isso não se confunde com presunção, tratando-se de análise objetiva das circunstâncias do caso concreto^[21].

Como conclusão, pode-se dizer que os seguintes elementos, indicados nos arts. 25 a 28 do Estatuto de Roma, são universalmente reconhecidos como princípios gerais de direito penal supranacional: 1º) No âmbito objetivo, estabelece um conceito amplo de participação, incluindo a possibilidade inclusive das chamadas autorias indiretas, por meio da qual um superior hierárquico pratica um crime, em razão do domínio do fato (aparato organizado de poder); 2º) No âmbito de análise subjetiva, tem-se que o conhecimento e a intenção podem ser eventualmente provada circunstancialmente; 3º) A existência de distintas formas de expansão da imputação, em que a responsabilidade por mando é mais conhecimento, mas também pode ocorrer em se tratando de omissões, como neste caso, como nas hipóteses de ação^[22].

Continuando na análise do presente caso concreto, é forçoso reconhecer-se, portanto, uma vez definidos como crimes contra a humanidade, o primado da imprescritibilidade de tais fatos típicos, bem como a extensão da dogmática jurídica para o crime em espécie. Ademais, tendo em vista a robustez dos elementos probatórios acima citados, não há dúvida do envolvimento do réu nos fatos mesmo em se considerando-o como crime comum.

A condenação penal é, portanto, medida que se impõe.

Dosimetria

Passo à *dosimetria da pena do crime previsto no artigo 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, no que me norteio pelas disposições dos artigos 59 e 68 do Código Penal*^[23].

O acusado é primário e não ostenta antecedentes criminais, no entanto, algumas circunstâncias judiciais militam em seu desfavor. Nesta esteira, verifico que o fato foi praticado em um contexto de graves violações aos direitos humanos, denotando a conduta do acusado uma acentuada reprovabilidade social, diante de tudo o que restou consignado na sentença, reprovabilidade esta que destoa da generalidade dos casos da mesma espécie, razão pela qual exaspero a pena-base, por esta circunstância (culpabilidade); além disso observo, por todo o exposto na sentença, que o réu possui personalidade voltada para a prática de crimes idênticos e similares ao descrito na denúncia, em um contexto de perseguição generalizada de conteúdo político, razão pela qual também exaspero a pena-base, sob esse fundamento, em 3/12 (três doze avos), não lhe sendo desfavoráveis as demais circunstâncias do artigo 59, sob pena de configuração de *bis in idem*, estando ainda comprovada a qualificadora do § 2º do art. 148, face ao grave sofrimento físico e moral resultante da natureza da detenção, amplamente comprovado nos autos, razão pela qual e por todo o exposto, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, observo a presença da agravante da alínea “g” do inciso II do art. 61 do CP “com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”, nos termos do explanado acima na fundamentação do *decisum*, não havendo outras circunstâncias agravantes como sustentado pela acusação. Não há provas para a alínea “d”, nem para a “i”. Com efeito, muito embora haja provas do envolvimento do réu na prisão, conforme fundamentação supra, não há que tenha se envolvido na tortura da vítima, nem que a mesma estivesse sob sua imediata proteção, já que atuava na equipe do Delegado Fleury. Ficam, pois, afastados os pedidos de agravamento além deste ora reconhecido. Não há circunstância atenuante da confissão, mas há a do inciso I do art. 65 do CP, já que maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, no entanto, na esteira do art. 67 do mesmo estatuto, entendo pela prevalência do circunstância agravante, já que resultante dos motivos determinantes do crime, razão pela qual exaspero a pena, nesta fase intermediária, em 1/6 (um sexto), *totalizando 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão*.

Na terceira fase da dosimetria da pena, não há causa de aumento, nem de diminuição, pelo que torno definitiva a pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Por todos os motivos acima explanados quanto à exasperação da penal, nos termos do art. 59 “caput” do CP, não entendo preenchidos os critérios subjetivos para a substituição da pena, pelo que resta indeferida.

Pelos mesmos motivos e fundamentos, nos termos do art. 33, §3º, do CP, o regime inicial para cumprimento da pena será o *semi-aberto*.

Dispositivo

Posto isso e do mais que consta dos autos, julgo *PROCEDENTE* a ação penal para CONDENAR CARLOS ALBERTO AUGUSTO, conhecido como “Carlinhos Metralha” à época dos fatos, brasileiro, Delegado de Polícia Civil aposentado, portador da cédula de identidade RG 2.739.515-7, inscrito no CPF/MF sob o número 051.019.488-53, filho de Alberto Augusto o Laura dos Santos Augusto, nascido em São Paulo - SP, em 01 de abril de 1944, pela suposta prática do crime previsto no artigo 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial, *semi-aberto*.

Não há falar em condenação a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, do CP, como quer o Ministério Público. O rol é taxativo e já ocorreu aposentadoria anterior a esta Sentença.

Custas pelo acusado, nos termos dos artigos 804 do CPP e 6º da Lei n. 9.289/96.

Considerando que não houve pedido expresso da acusação, garantido o debate, sob crivo do contraditório, quanto ao disposto no art. 387, IV, do CPP, deixo de condenar pela reparação de danos.

Não há bens apreendidos.

Promova Secretaria a regularização dos autos, com a juntada das mídias faltantes contendo as audiências de oitivas de testemunhas.

Recebo, desde já, eventual apelação interposta no prazo legal. Apresentadas razões, intime-se a parte contrária para apresentação de contrarrazões no prazo legal. Após, ou se houver manifestação no sentido de apresentação das razões recursais nos termos do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, *remetam-se* os autos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região com as nossas homenagens, fazendo-se as anotações necessárias.

O acusado poderá recorrer em liberdade, eis que não estão presentes nenhum dos requisitos da prisão cautelar.

Após o trânsito em julgado, providencie a Secretaria:

a. o *lançamento* do nome do réu no rol dos culpados;

b. a *expedição* de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal e aos departamentos criminais competentes para fins estatísticos e antecedentes criminais;

c. a *retificação* dos autos com as anotações necessárias, a fim de que conste: “CONDENADO” como situação processual do sentenciado.

Sirva a presente sentença de Ofício para os expedientes necessários.

Tudo cumprido, *arquivem-se* os autos.

P.R.I.C.

São Paulo, data da assinatura digital.

Juiz Federal SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAUQUE

[1] N. Bobbio, *A era dos direitos*, Campus, RJ, 1992, p. 40.

[2] MAZZOULI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. RT, 6ª edição, 2012, SP, pág. 398.

[3] *Ibid*, pág. 392.

[4] GEMAUQUE, Silvio César A. *A necessária influência do Processo Penal Internacional no Processo Penal brasileiro*. CEJ, Brasília-DF, 2011, págs. 137 e 138.

[5] *Apud* Grupo de Trabalho MPF – Justiça de Transição (2011-2013, pág. 162.

[6] SAFFERLING, Christoph J. M. *Towards an International Criminal Procedure*. Oxford Monographs International Law, Oxford University Press, NY, 2007, pág. 375: “Atentando para o problema clássico das regras de prova, essa modificação de entendimento quanto às funções e objetivo das regras de prova tem influência nos resultados. Primeiro, poder-se-ia de maneira mais ampla aceitar as provas por ouvir dizer” (Tradução livre).

[7] K. AMBOS, *Los fundamentos de la responsabilidad penal individual*, in *Temas de derecho penal internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 126.

[8] K. AMBOS, *Los fundamentos de la responsabilidad penal individual*, in *Temas de derecho penal internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 127.

[9] Op. cit., nota 66, p. 129.

- [10] Op. cit., nota 66, p.132, *apud* Roling e Rutters (eds), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the far east (IMTFE)*, Amsterdam, 1977.
- [11] ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Companhia das Letras, SP, *passim*.
- [12] Op.cit., nota 66, p. 133, *apud* UNWCC, *Law Reports XV*, London, 1947-1949 (UNWCC *Law Reports*), pp.97-99.
- [13] Op. cit., nota 67, p. 135.
- [14] Op. cit., nota 67, p. 137.
- [15] Op. cit., nota 67, p. 138.
- [16] H. Arendt, *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, nota 28, pp 290/322.
- [17] K. Ambos, op. cit., nota 66, p. 140.
- [18] Para uma maior discussão k. Ambos, Op.cit., pp. 141 e 142.
- [19] Para uma maior discussão K. Ambos, Op. cit., pp. 142 e 143 e H. Arendt, Op. cit, nota 34.
- [20] Para uma maior discussão, K. Ambos, Op. cit., pp. 146/148.
- [21] K. Ambos, Op. cit., nota 67, p. 148 e 153.
- [22] *Ibid*, p. 153.
- [23] Segundo Guilherme de Souza Nucci, as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal são compostas por sete fatores. Numa perspectiva geral, se os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis, a censurabilidade será mínima, restando a pena-base no patamar básico; se desfavoráveis, a censurabilidade, claro, será extrema, devendo-se partir do máximo previsto pelo tipo penal. A personalidade, os antecedentes e os motivos são considerados fatores preponderantes, conforme previsão formulada pelo art. 67 do Código Penal (nessa norma, menciona-se a reincidência, que não deixa de ser antecedente criminal). A eles, então, atribui-se o peso 2. Portanto, a projeção dos pesos atribuídos aos elementos do artigo 59, em escala de pontuação, forneceria o seguinte: personalidade = 2; antecedentes = 2; motivos = 2; conduta social = 1; circunstâncias do crime = 1; consequências do crime = 1; comportamento da vítima = 1. No entanto, o artigo 59 do Código Penal faz menção, ainda, à culpabilidade, tratada por Nucci como gênero, mas que deve ser considerada como circunstância judicial, por expressa previsão legal, o que totaliza oito elementos. Assim, atribuindo-se à culpabilidade o peso=1, teremos o total de 11 pontos a serem considerados para fixação da pena-base, considerando-se o peso duplo atribuído à personalidade, antecedentes e motivos. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.190/192).

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**0015207-62.2014.4.03.6100**

Autora: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

Réus: TIAGO MIORIM MELEGAR, ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2021

SENTENÇA

Vistos etc.

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO, qualificada na inicial, propôs a presente ação de reintegração de posse contra os moradores da favela da rua Jurandir, pelas razões a seguir expostas.

Afirma, a autora, ser administradora do aeroporto de Congonhas – São Paulo e titular do direito de posse da área que compreende todo o sítio aeroportuário. Trata-se de oito lotes distintos. E alega que parte da área foi invadida, parte esta localizada na extremidade do Lote 3.

Alega que a área, delimitada em mapas que apresenta, foi ocupada por mais de 200 famílias, parte delas por mais de uma década. A ocupação, prossegue, foi-se alastrando, com a construção de casas e prédios de três ou mais pavimentos. E isso vem colocando em risco as operações do aeroporto, sobretudo o tráfego de helicópteros.

Cita o artigo 1210 do Código Civil e o artigo 927 do antigo Código de Processo Civil. E, ainda, o artigo 71 da Lei n. 9.760/46.

Pede, por fim, que a ação seja julgada procedente para reintegrar a INFRAERO na posse da área situada no sítio aeroportuário de Congonhas – SP, na área de aproximadamente 7.700m², localizada na rua Jurandir com a rua Marechal Caetano de Farias, determinando a retirada de todas as pessoas que estejam alojadas na área que pertence à autora.

Conforme decisão de id 27096051, pág. 132 e segs., foi determinada a conversão do rito processual para ordinário, já que a área estava ocupada havia mais de uma década. Foi, também, indeferido o pedido de tutela antecipada. E determinada a readequação do valor da causa pela autora.

Foi recebido, pelo juízo, o pedido de retificação do valor da causa para R\$ 7.373.437,08 (id 27096051, pág. 145).

Posteriormente, a autora pediu o desentranhamento de documentos e concessão de prazo para juntar a correta avaliação da área, o que foi deferido (id 27096051, pág. 154).

Foi determinado, pelo juízo, que se oficiasse à Defensoria Pública da União, dando notícia desta ação (id 27096051, pág. 158).

A autora requereu retificação do valor da causa e a alteração do polo passivo para que nele passasse a figurar “moradores da comunidade da rua Jurandir” (id 27096051, pág. 163).

A petição foi recebida como aditamento da inicial (id 27096051, pág. 171).

A Defensoria Pública da União (id 27096051, pág. 193 e segs.) pediu a realização de uma audiência de tentativa de conciliação.

O Ministério Público Federal (id 27096051, pág. 221) afirmou sua posição de *custus legis*.

No id 27095875, pág. 70 e segs, os MORADORES DA COMUNIDADE DA RUA JURANDIR, representados por advogado, apresentaram contestação. Afirmam não serem invasores, bem como que o local em que residem com as famílias está edificado há muito tempo, conforme documentos por eles juntados, como notas fiscais de energia elétrica, notas fiscais de compra etc. E, ainda, que a comunidade que reside no local o faz com o consentimento da prefeitura. Salientam que houve abandono total do local pela autora e que o imóvel urbano deve cumprir sua função social. Sustentam que a INFRAERO não comprovou a posse do bem. Alegam ter direito à *concessão de uso especial para fins de moradia* (art. 1º da Medida Provisória n. 2.220/2001). Mencionam, também, o Estatuto da Cidade – Lei n. 1.057/2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição da República. Pedem, por fim, que a ação seja julgada improcedente e, ainda, que se conceda judicialmente a concessão de uso especial de moradia, uma vez estando presentes seus requisitos.

Com a contestação, foram juntados diversos documentos.

No id 27095899, pág. 133, MARIA NEUSA SOARES SENA COELHO afirma que será assistida pela Defensoria Pública da União.

No mesmo id, pág. 138 e segs, MARCIA MARIA FRANÇA DOS SANTOS contesta o feito. Esclarece que desde a década de 70 até hoje, o terreno onde se situa a comunidade Jurandir foi protegido, pelos moradores que ali edificaram seus imóveis. E que muitos dos moradores são familiares de ex-funcionários da INFRAERO. Sustenta que prescreveu o direito de ação da INFRAERO. E formula pedido contraposto de indenização por danos materiais e morais.

IVALDO SOUZA SILVA (pág. 149 e segs) contestou o feito. Afirmar que o terreno onde está situada a comunidade Jurandir nunca foi invadido. Na verdade, ele estava totalmente ocioso e sem ocupação. Foi, então, *cedido aos próprios funcionários da INFRAERO*, que ali construíram suas modestas habitações, *com a permissão da própria INFRAERO*. Alega a ocorrência da prescrição e formula pedido contraposto de indenização por danos materiais e morais. Pede a improcedência da ação.

PALOMA ASSUNÇÃO SILVA (pág. 161 e segs) apresenta contestação semelhante à de IVALDO.

A Defensoria Pública da União contestou o feito (pág. 172 e segs). Afirmar sua legitimidade para representar e defender os réus, alega a ilegitimidade da INFRAERO, por não ter comprovado que o terreno é do Estado. Salienta que conforme documento juntado pela própria autora, o período de moradia dos réus nas casas varia de dois a quarenta e dois anos. E que em 1974 a INFRAERO sequer tinha começado sua administração do aeroporto.

No mérito, afirma que, ao contrário do afirmado pela autora, o terreno não é um bem de uso comum do povo. Deve ser considerado como um bem particular por não haver prova de que se trata de bem público. Não sendo este o entendimento do juízo, pede que se considere o terreno como bem público dominical. E salienta que o local não está consagrado, diretamente, a nenhuma finalidade pública, sendo, apenas, um sítio residencial. Afirmar, também, terem sido cumpridos os requisitos para a usucapião coletiva, prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade. Sustenta que os réus *não apenas possuem a melhor posse da área, como também adquiriram seu domínio por meio do instituto da usucapião coletiva*. E pede que sua propriedade seja declarada em sentença. *Não sendo isso possível, afirma que os requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia estão presentes*. E pede, subsidiariamente, o reconhecimento e declaração de que os réus são concessionários do direito de uso especial para fins de moradia no sítio, na modalidade coletiva. E que o fato de não haver pedido for-

mulado na área administrativa não impede que ele seja feito nesta sede. Enfatiza que o ato de declaração do direito à concessão de uso para fins de moradia é *ato vinculado*, nos termos da Medida Provisória n. 2.220/2001. Por fim, observa que a remoção das famílias do local deve ser a última medida a ser adotada pela Administração. Pede que seja dada vista ao representante do Ministério Público Federal. Em resumo, pede: a extinção sem julgamento de mérito; subsidiariamente, a declaração de aquisição pela usucapião coletiva ou a declaração de que os réus possuem direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Por último, pede que sejam adotadas soluções sugeridas pela própria autora no “relatório das condições e interferências existentes na área de ocupação indevida” no caso de remoção das famílias. Pede que seja designada a audiência de conciliação e que sejam asseguradas aos réus moradias alternativas e indenização razoável (pág. 200).

Foram deferidos os benefícios da justiça gratuita para os que contestaram individualmente. Determinou-se, ainda que a contestação apresentada pelos MORADORES DA COMUNIDADE JURANDIR seria considerada apenas para os que apresentassem procuração individual ao advogado subscritor da mesma. As procurações foram apresentadas com a petição de pag. 205 e segs. (final do volume 3 e volume 4 dos autos físicos).

No despacho de id 27153836, pág. 178, foram feitas determinações relativas à regularização das citações e de posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal.

O *Parquet* Federal se manifestou (id cit., pág. 186 e segs). Afirmou que a alegada ilegitimidade da INFRAERO não ocorre, já que esta, por força da Portaria n. 534/GM de 1977, do Estado-Maior da Aeronáutica, possui jurisdição técnica, administrativa e operacional do aeroporto de Congonhas. Pede que as partes sejam notificadas para eventual audiência de conciliação.

Foi determinada a intimação das partes para dizerem se havia interesse na audiência de conciliação.

A INFRAERO afirmou que é empresa pública federal e não pode fazer acordo. E que a propriedade é da União Federal (id cit., pág. 194). Diante disso, o Ministério Público Federal pediu a intimação da União Federal, o que foi deferido.

A União Federal se manifestou (id 27096151, pág. 3 e segs), afirmando não ter interesse em intervir no feito nem em firmar acordo.

Foi, então, determinado às partes que especificassem as provas a serem produzidas. O Ministério Público Federal afirmou ser necessária a produção de prova de que o aeroporto de Congonhas sofre algum risco ou está sendo prejudicado pelas edificações construídas no imóvel (pág. 16).

A INFRAERO apresentou réplicas às contestações.

Os moradores da comunidade Jurandir, representados pela Defensoria Pública da União, requereram a produção de prova pericial, nas especialidades de antropologia e engenharia de tráfego aéreo e depoimento pessoal da autora (pág. 71 e segs).

Na decisão de págs. 77 e segs, foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade e indeferidos o depoimento pessoal da autora e a perícia antropológica. Foi determinada a realização de perícia de tráfego aéreo.

Foram apresentados quesitos pelas partes e foi nomeado perito por este juízo (pág. 137). Na mesma oportunidade, foi indeferido pedido da autora de citação para integrar a lide da União Federal, Estado de São Paulo e Municipalidade de São Paulo. Contra esta decisão, a INFRAERO interpôs agravo de instrumento.

Foi determinado que a INFRAERO depositasse os honorários periciais (pág. 192).

O Ministério Público Federal manifestou-se no id 27096151, pág. 201 e segs. Afirma não se opor à inclusão do Estado e Município no feito. Quanto à União Federal, observa que esta já disse não ter interesse na lide.

O laudo pericial foi juntado no já referido id, pág. 230 e segs.

Dada ciência às partes, os Moradores da Comunidade Jurandir se manifestaram no id 27096152, pág. 15 e segs.). E, posteriormente, pela Defensoria Pública da União, no id 27096155, pág. 63 e segs.). A INFRAERO manifestou-se na pág. 24 e segs.). A DPU o fez na pág. 29 e segs. MIRIA MARIA DE MELO também se manifestou (id 27096155, pág. 3 e segs.).

A autora foi intimada a depositar os honorários periciais. Foi concedido, às partes, prazo para apresentação de alegações finais.

Ao agravo de instrumento, interposto pela INFRAERO, foi dado parcial provimento para determinar a citação do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo para integrarem a lide (id 27096155, pág. 75).

Ambos foram citados. O Município apresentou contestação (id 27600199, pág. 1 e segs.). Sustenta, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, por ser, a área, de titularidade do Estado. E afirma que também não pode ser responsabilizado solidariamente com entes públicos que tinham o dever de guarda da coisa. Pede a improcedência da ação em relação a pedidos de inclusão automática dos ocupantes em gozo de prestações de políticas públicas municipais.

O Estado de São Paulo, no id 29152475, pág. 1 e segs., apresentou contestação. Alega, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, salienta que as providências para a guarda e a administração do imóvel são de responsabilidade da INFRAERO. E que cabe ao Município, se for o caso, a implantação de política pública habitacional. Pede a extinção ou a improcedência dos pedidos contra ele formulados.

Foi dada ciência à autora das contestações, com as respectivas preliminares. E foi rejeitada impugnação ao valor da causa, tardiamente apresentada pelos Moradores da Comunidade Jurandir (id 29448581, pág. 1).

A INFRAERO se manifestou sobre as contestações (id 30746702, pág. 1 e segs.).

Não houve interesse na produção de novas provas pelo Estado e Município.

O Estado se manifestou sobre o laudo pericial (id 35231101).

O Município apresentou razões finais no id 36341009. O Estado o fez no id 37583009. A INFRAERO, no id 39907668). Os Moradores da Comunidade Jurandir, no id 40268902. Miria Maria de Melo, no id 41292429. A Defensoria Pública da União, no id 41292533. O Ministério Público Federal, no id 42265752.

É o relatório. Decido.

A questão da legitimidade da INFRAERO para o ajuizamento da ação já se encontra superada. Quanto às preliminares de ilegitimidade apresentadas pelo Estado de São Paulo e pelo Município, entendo que só caberia a análise das mesmas no caso de procedência da ação. Isso porque eles foram incluídos no feito uma vez que, julgada procedente a ação, deveriam providenciar moradias para os réus etc. Ou seja, não tem a ver com o pedido formulado na inicial, que é a mera desocupação do imóvel. Assim, em razão da decisão proferida no agravo de instrumento, eles devem ser mantidos no feito.

Passando ao mérito da ação, verifico, de início que, como apontado na decisão que indeferiu o pedido de tutela, e, aliás, na própria inicial, a área está ocupada há muito tempo. Em

alguns casos, há mais de quarenta anos. E, como salientado na decisão da tutela, há inúmeras famílias instaladas no local. Há anos. As pessoas, em muitos casos, ali construíram suas vidas. *Com o consentimento, ainda que tácito, da administração.*

Com efeito, se a ocupação já dura tanto tempo, e até o ajuizamento desta ação nada foi feito, fica evidente o desinteresse da INFRAERO pelo local.

Narra-se, inclusive, nas contestações, que, inicialmente, as famílias dos funcionários da INFRAERO é que se instalaram no local, com a permissão da mesma.

Diante disso, não basta, aqui, se analisar se a área é pública e, em sendo assim, deve ser desocupada já que não é passível de ser usucapida. Mais do que isso, é de se verificar se há, de fato, necessidade de que os moradores da comunidade Jurandir deixem o local. E a alegação da INFRAERO era de que havia risco à aviação, sobretudo aos helicópteros, em razão das construções.

A perícia, realizada por engenheiro aeronáutico, foi deferida para fazer essa análise técnica. E constatou que não há risco específico ao tráfego aéreo. Há menção ao risco de incêndio, porque as casas são muito próximas. Mas tal risco ocorre, de modo geral, nas favelas. E nem por isso elas são derrubadas ou desocupadas.

Com efeito, o perito afirmou não haver interferência quanto ao tráfego aéreo por instrumentos. E, também, não haver interferência nas decolagens. Confira-se:

“Portanto, os procedimentos por instrumentos (IFR) não sofrem qualquer interferência, no plano horizontal, nem no plano vertical, por parte da comunidade da Rua Jurandir, já que a mesma dista aproximadamente 180 rn da pista auxiliar 17L135R.”

E, quanto ao tráfego visual, asseverou:

“Na análise realizada por este perito, não foi encontrada qualquer interferência da comunidade no tráfego visual do aeroporto, pois...”

“Paralelamente à análise realizada, durante a vistoria de perícia, ocorrida em 28 de março de 2019, este perito consultou alguns pilotos de helicóptero que voam regularmente no aeroporto de Congonhas e todos foram unânimes; em informar que os voos não passam sobre a comunidade.”

Muito embora o perito elenque uma série de “riscos” no item 5 de seu laudo, entendo que questões relativas à segurança, esgoto e outras aventadas não são relevantes para este feito. *É que o ponto no presente caso é saber se a comunidade, com suas construções, prejudica o tráfego aéreo. Não prejudica.* Se há outro tipo de risco, se pode haver incêndio porque as moradias são muito próximas, se o lixo vai atrair urubus, se pessoas estranhas vão transitar pela área e entrar no aeroporto, *nada disso é relevante para a presente ação de reintegração de posse.*

Obviamente, o ideal seria que essas pessoas morassem em outro lugar, em melhores condições. Mas a realidade é essa. É na comunidade Jurandir que elas moram. E faz tempo.

Entendo, portanto, que, verificada a inexistência de risco aos serviços do aeroporto de Congonhas, só deve ser determinada a reintegração da autora na posse do imóvel *se não estiverem presentes, ao menos em tese, os requisitos para a concessão de uso especial para fins*

de moradia aos moradores da comunidade Jurandir.

Os réus afirmam, em diversas contestações, que teriam direito à concessão de uso especial para fins de moradia.

Tal direito foi introduzido pela Constituição da República, em seu artigo 183. Veja-se:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

O instituto está disciplinado na Lei n. 10257/01. Confira-se:

“Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

...

V – institutos jurídicos e políticos:

...

h) concessão de uso especial para fins de moradia;

...”

Por sua vez, a Medida Provisória n. 2220/2001, ao dispor sobre a concessão de uso especial prevista no artigo 183, § 1º da Constituição da República, prevê:

Art. 10 Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

“Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 10, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupados até 22 de dezembro de 2016, por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal

de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.”

“Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

§ 2º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

§ 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.”

Conforme o quadro apresentado pela Defensoria Pública da União, em sua contestação, tais requisitos estão presentes (fls. 576, vol. 3 dos autos físicos).

Entendo, pois, que, em tese, os réus têm direito à referida concessão de uso especial para fins de moradia. *Entretanto, não há como resolver esta questão no presente feito, uma vez que seria necessária a verificação, pela administração, com eventual realização de perícia para esta finalidade, do efetivo cumprimento dos requisitos para tanto, por parte dos interessados.*

Caberá, assim, aos réus formular o pedido perante a administração. *Mas a presente ação é de ser julgada improcedente, já que, em tese, esses requisitos existem.*

Diante do exposto, *julgo improcedente a presente ação.*

Condeno a autora a pagar aos réus honorários que arbitro em 10% do valor dado à causa, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil, rateados proporcionalmente entre os patronos dos mesmos, conforme o trabalho realizado por cada profissional, da seguinte forma: 3% para a Defensoria Pública Federal, 3% para o patrono José Gomes de Oliveira Neto, 2% a ser rateado entre os patronos Claudia Tenius dos Reis Ortiz e Marcus José Adriano Gonçalves e 2% a ser rateado entre os procuradores do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo. O valor da causa deve ser atualizado conforme o disposto no Provimento 01/2020 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2021.

Juíza Federal SILVIA FIGUEIREDO MARQUES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001980-78.2019.4.03.6120

Autor: DORIVAL APARECIDO LOPES DE MEDEIROS

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL 2ª VARA DE ARARAQUARA

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 22/01/2021

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Iclovis Antonio Tabalka contra o Instituto Nacional do Seguro Social, por meio da qual se busca a concessão de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento de auxílio doença, em qualquer caso a partir do indeferimento da prorrogação de benefício anterior, cessado em 12/02/2009. A inicial aponta que o autor padece de problemas ortopédicos a “na cabeça” que o tornam incapaz para o labor.

Em sua contestação¹ o INSS suscitou preliminar de decadência, uma vez que decorrido mais de dez anos contados do indeferimento da prorrogação do benefício e o ajuizamento da ação. Apontou também a prescrição das prestações vencidas além do quinquênio que antecedeu o ajuizamento do feito. No mérito, sustentou que a concessão dos benefícios pleiteados pelo autor depende da demonstração da incapacidade do segurado para o labor, requisitos que não estão demonstrados por prova cabal.

Em réplica² o autor reconheceu a prescrição quinquenal, porém argumentou que a hipótese não se sujeita a prazo decadencial, já que sua pretensão dirige-se ao ato que indeferiu a concessão do benefício, direito imune à decadência.

Foi determinada a realização de perícia³.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De partida, afasto a preliminar de decadência. Embora a questão ainda seja palco de controvérsia, prevalece na jurisprudência o entendimento de que o ato de concessão de benefício previdenciário é refratário à decadência, na linha do precedente que segue:

PREVIDENCIÁRIO - RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA - DECADÊNCIA: INAPLICABILIDADE - APELO PROVIDO - SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. Em razão de sua regularidade formal, o recurso foi recebido, nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015. 2. Tratando-se de direito fundamental, uma vez preenchidos os requisitos para a sua obtenção, o direito ao benefício previdenciário não deve ser afetado pelo decurso do tempo, conforme entendimento do Egrégio STF, firmado em sede de repercussão geral (RE nº 626.489/SE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 23/09/2014). 3. Não há, portanto, prazo decadencial para a concessão de benefício previdenciário, devendo ser afastada a alegação de

¹ Num. 31314653.

² Num. 32413273.

³ Laudo no Num. 34904732.

prescrição do fundo de direito. Nem mesmo no caso de indeferimento administrativo, é possível reconhecer a perda de direito em razão do transcurso do tempo. Nesse sentido: EREsp nº 1.269.726/MG, recurso repetitivo, 1ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/03/2019). 4. O fundo de direito não prescreve, mas prescrevem apenas as parcelas vencidas no período anterior ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação, em conformidade com a Súmula nº 85/STJ. 5. Apelo provido. Sentença desconstituída. (TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5009793-35.2017.4.03.6183, Rel. Desembargadora Federal Ines Virginia Prado Soares, j. 01/12/2020).

Assim, a despeito do decurso de mais de dez anos, é possível analisar o ato que indeferiu o requerimento administrativo formulado em 2009 e, caso constatada a incapacidade para o labor, implantar o benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, a depender da perspectiva de recuperação ou reabilitação do segurado.

Ocorre que *todos* os documentos médicos que acompanham a inicial (atestados, exames, relatórios de consulta etc.) são posteriores à perícia que fundamentou o ato administrativo que o autor pretende revisar, realizado em fevereiro de 2009. Tampouco foram apresentados à perícia judicial elementos que permitissem concluir que na época do indeferimento administrativo o autor estava incapaz para o labor.

Não bastasse isso, as informações do PLENUS dão conta de que o auxílio-doença cuja prorrogação foi indeferida não foi concedido em razão dos problemas destacados na inicial, mas sim por causa de acidente que resultou em fraturas de ombro e braço.

Assim, o pedido de concessão do auxílio doença referente ao requerimento administrativo formulado em 2009 (NB 615.618.415-9) deve ser rejeitado.

Resta analisar se o autor teria direito à concessão do benefício a partir da citação do INSS nesta ação. Embora essa pretensão não esteja amparada em novo requerimento administrativo destacado na inicial, o fato é que o INSS contestou o mérito da pretensão, de modo que dispensável o requisito do prévio requerimento administrativo. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. - É necessário o prévio requerimento administrativo de benefícios outros que não o de aposentadoria por idade a trabalhador rural e amparo social, salvo se oferecida contestação de mérito, hipótese em que restam configurados a lide e o interesse de agir. - Anulada a decisão 1º grau e determinado o retorno dos autos à vara de origem, para seu regular processamento. (TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv. 5894044-77.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal Therezinha Astolphi Cazerta, j. 01/10/2020).

De mais a mais, houve a realização de perícia nestes autos submetida ao crivo do contraditório, o que reforça a impropriedade da extinção do feito sem resolução de mérito a essa altura do campeonato.

Passando para a análise da concessão de auxílio doença a contar da citação do INSS, a primeira observação que faço é que o laudo da perícia judicial concluiu que o autor é portador de malformações arteriovenosas (MAV), doença tipicamente congênita (segundo o laudo há raros registros de formas adquiridas) que costuma permanecer silenciosa por toda a vida do indivíduo. Nos casos em que a doença se manifesta, os principais sintomas são crises epiléticas e dores de cabeça, queixas relatadas na perícia judicial e que aparentemente vêm perturbando o autor há alguns anos. Sim, pois desde julho de 2009, pelo menos,

Iclovis vem fazendo exames motivados pela queixa de crises epiléticas — também fez vários exames para investigar dores lombares, mas a perícia judicial não apurou incapacidade por problemas na coluna.

Embora a doença seja congênita, de modo que preexistente à filiação do segurado, a incapacidade resulta do agravamento da moléstia. Conforme já referido, a MAV é doença silenciosa, sendo que nos quadros mais leves sequer é percebida pelo doente. Porém, quando a doença se manifesta, como se sucede com o autor, os sintomas tendem a ser persistentes — segundo o laudo, em 30% dos casos o doente apresenta crises epiléticas e metade das MAVs se evidenciam como hemorragias intercerebrais.

O perito do juízo concluiu pela incapacidade em fevereiro de 2011, momento em que o autor foi diagnosticado com MAV. Entretanto, seu CNIS aponta que depois do diagnóstico Iclovis seguiu trabalhando, tendo encerrado o último vínculo em fevereiro de 2015. Segundo informações colhidas pelo perito na entrevista, depois disso o autor continuou trabalhando informalmente, até o início da pandemia da COVID-19.

O CNIS do autor⁴ também revela que em 29 de agosto de 2016 ele requereu auxílio doença em decorrência de queimaduras no rosto. A consulta ao PLENUS mostra que embora tenha sido reconhecida a incapacidade temporária, o benefício foi indeferido porque o autor perdeu a qualidade de segurado, já que seu último vínculo se encerrou em fevereiro de 2015.

Todavia, pelo que se depreende do relatório do perito, as queimaduras foram causadas justamente por um acidente causado por crise convulsiva — no segmento que resume a entrevista com o periciado, consta que as queimaduras são resultado de um desmaio, quando o segurado trabalhava como autônomo.

A conclusão, portanto, é que no momento que marcaria a perda da qualidade de segurado o autor era portador de moléstia crônica que o incapacitava para o trabalho de forma parcial e permanente. Dessa forma, a perda da qualidade de segurado não impede que o autor goze de benefício por incapacidade que se instalou em momento anterior à cessação do período de graça. Mudando o que deve ser mudado, a hipótese se assemelha ao caso do segurado que cumpriu os requisitos para a aposentadoria, mas só a requereu depois de ter perdido a qualidade de segurado.

No laudo o perito consignou que a incapacidade do autor é parcial e permanente, sendo que a permanência resulta do fato de que o segurado não quer se submeter à cirurgia que pode reparar a MAV, único tratamento eficaz para a doença. Consta que o autor se submeteu a uma embolização do defeito vascular, procedimento menos invasivo que não cura a MAV, apenas a corrige parcialmente. O laudo do perito não esclarece os riscos envolvidos na cirurgia, mas levando em consideração que o objetivo é a reparação de vasos sanguíneos no cérebro, não resta dúvida de que se trata de procedimento dos mais delicados, com presumíveis riscos de sequelas ou mesmo à vida do paciente. Logo, não há como impor ao segurado a sujeição à cirurgia como requisito para manutenção do benefício.

Por outro lado, a idade do segurado (53 anos) não inviabiliza sua reabilitação para outro ofício que seja compatível aos episódios de epilepsia. Outra hipótese a ser considerada é a de recuperação completa. Sim, pois é possível que o eventual agravamento dos sintomas acabe por influir na determinação atual do doente de não se submeter à cirurgia que pode trazer a cura da doença.

4 Segue em anexo à sentença.

Sendo assim, a despeito da conclusão do perito quanto à permanência da incapacidade, as peculiaridades do caso apontam que a melhor solução consiste na concessão de auxílio doença em vez de aposentadoria por invalidez.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *PROCEDENTE EM PARTE* o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar o INSS a implantar em favor do autor o benefício de auxílio-doença, com DIB em 23/04/2020, data da citação do INSS.

Os valores atrasados deverão ser atualizados de acordo com o critério estabelecido no art. 1º —F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009 e teses fixadas pelo STF no julgamento do RE 870947 até a data do efetivo pagamento. *Fica autorizado o desconto de eventuais valores pagos na via administrativa ou decorrentes da fruição de benefício inacumulável.*

Havendo sucumbência recíproca e considerando o fato de o autor ter sucumbido em menor parte, condeno-o ao pagamento de honorários ao INSS, que fixo em R\$ 500,00. Fica suspensa a obrigação em razão da concessão da AJG.

Fixo os honorários a serem pagos pelo INSS em 10% das diferenças devidas até a data da sentença.

As custas são divididas na proporção de 1/3 para o autor e 2/3 para o INSS, lembrando que o INSS é isento do recolhimento e o autor é beneficiário da justiça gratuita.

Desnecessário o reexame considerando que as diferenças não superarão 1.000 salários mínimos.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5002014-78.2019.4.03.6144

Autora: PATRICIA MOLINA DE OLIVEIRA MOURA

Réus: INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – IESP, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BARUERI - SP

Juíza Federal: MARILAINE ALMEIDA SANTOS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2021

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de ação de conhecimento, com pedido de tutela de urgência, promovida por *PATRICIA MOLINA DE OLIVEIRA MOURA*, em face do *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* e do *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO (FNDE)*, tendo por objeto (1) a declaração de inexigibilidade de débito relativo ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES); e (2) compelir a instituição de ensino ao pagamento das parcelas do financiamento (FIES) e à compensação de alegados danos morais.

Em sede de tutela de urgência, pugnou pela suspensão do débito até o julgamento definitivo.

Com a petição inicial, juntou procuração e documentos.

Despacho determinou à parte autora esclarecer o valor da causa e o polo passivo.

A parte requerente apresentou emenda à petição inicial.

Decisão deferiu o pedido de tutela de urgência e os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como determinou a citação dos correqueridos.

Em contestação, o *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)*, impugnou a concessão de gratuidade de justiça e alegou, em suma: (1) necessidade de suspensão do feito, diante da decisão prolatada no Recurso Especial n. 1.525.327/PR, pelo Superior Tribunal de Justiça, até o trânsito em julgado da ação civil pública de autos n. 1000974-11.2018.8.26.0286; (2) ausência de interesse processual da parte autora por falta de tempestivo requerimento administrativo de pagamento do financiamento estudantil; (3) descumprimento da cláusula 3.6 do contrato, pois a parte requerente não permaneceu matriculada no curso até a conclusão da graduação e realização da prova do ENADE, tendo se transferido de turma, havendo resolução do contrato por inadimplemento da parte autora; (4) inexistência de responsabilidade civil, pois a parte requerente não sofreu dano decorrente de ato praticado pela correquerida; e (5) não implementação dos requisitos para o pagamento das prestações, rescindindo-se o contrato, por força das cláusulas 3.7 e 4.3.

O *FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE)* apresentou sua contestação. Impugnou o pedido de justiça gratuita. Em sede prefacial, sustentou sua ilegitimidade passiva, diante do art. 12, da Portaria n. 209/2018, do Ministério da Educação. No mérito, invocou que não há qualquer ato censurável praticado pela Autarquia Federal. Pleiteou a improcedência dos pedidos.

Ato ordinatório intimou a parte autora para réplica. A parte quedou-se silente.

O Banco do Brasil comprovou o cumprimento da decisão que deferiu a tutela de urgência, juntando documento comprobatório.

As partes foram intimadas da juntada, por ato ordinatório.

O correquerido *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* informou a não visualização do documento bancário colacionado.

Despacho concedeu novo prazo para manifestação do Instituto, após a regularização da juntada virtual do documento sigiloso.

Ambas as partes foram intimadas para a especificação de outras provas mediante ato ordinatório.

A parte autora não se manifestou.

Os correqueridos informaram desinteresse na produção de outras provas.

RELATADOS. DECIDO.

Diante da desnecessidade da produção de outras provas, julgo antecipadamente o pedido, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil.

I. *Rejeito a impugnação ao pedido de gratuidade da justiça*, posto que não foi apresentado nenhum elemento de prova que afaste a presunção de veracidade da hipossuficiência declarada pela parte autora, na forma do §3º, do art. 99, do Código de Processo Civil.

II. *Indefiro o pedido de suspensão do processo*, haja vista que a tese jurídica firmada no Recurso Especial n. 1.525.327/PR, pelo Superior Tribunal de Justiça, não têm qualquer correlação fática com o objeto desta lide. Havendo distinção entre a questão discutida neste feito e o padrão decisório daquele recurso repetitivo, não há falar em suspensão.

Ainda, observo que a ação civil pública de autos n. 1000974-11.2018.8.26.0286 foi ajuizada na 1ª Vara Cível da Comarca de Itu, e, nos termos do art. 16, da Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Consequentemente, não há falar em eficácia de eventual sentença prolatada naqueles autos, quanto ao objeto desta ação. Demais disso, o §3º, do art. 103, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), diz que “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”.

III. *Rechaço a alegação de falta de interesse processual da parte requerente por ausência de prévio requerimento administrativo*, pois o documento de ID 17139499 - Pág. 1 comprova que, em 28.03.2017, a parte autora apresentou à instituição de ensino requerida o pedido de pagamento das parcelas da fase de amortização do contrato de abertura de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

IV. *Repilo a prefacial de ilegitimidade arguida pelo FNDE*, que, nos termos do art. 3º, I, c, da Lei n. 10.260/2001, pode atuar como administrador dos ativos e passivos do FIES, na condição de delegatário do Ministério da Educação, e, nos moldes do art. 20-B, §1º, exerce as atribuições decorrentes do encargo de agente operador.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, enquanto gestor do FIES e operador do SisFIES, detém legitimidade para figurar no polo passivo das demandas envolvendo tal programa governamental” (AgInt no REsp 1823484/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019).

Ao contrário do que alega a entidade federal, o contrato de financiamento *n. 661.501.38* foi firmado pela parte autora em *18.06.2012*, conforme ID *17139499* - *Pág. 1*.

Aprecio a matéria de fundo.

Inicialmente, com base no art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e que, a teor do *caput* do art. 3º, “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de (...) comercialização de produtos ou prestação de serviços”, entendendo como aplicáveis, ao caso vertente, as regras do microssistema consumerista.

Diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça consideram que, na relação entre a instituição de ensino e o aluno, incide o Código de Defesa do Consumidor. Vejamos exemplo:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CURSO DE MESTRADO. CREDENCIAMENTO NO ÓRGÃO GOVERNAMENTAL. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUILATAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tratando-se de relação regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a instituição de ensino é objetivamente responsável pelos prejuízos causados em decorrência do não credenciamento de curso de mestrado se, em virtude desse entrave, o consumidor não obteve a correspondente titulação. Incidência das normas dos arts. 14 e 20, *caput* e § 2º, do CDC.

2. No caso concreto, a despeito da finalização imperfeita, os serviços contratados foram efetivamente prestados à consumidora, que deles pode extrair alguma utilidade, inclusive para eventual aproveitamento, em outra instituição de ensino, das disciplinas cursadas. Em tal circunstância, pelo voto médio, a indenização foi fixada na forma prevista pelo art. 20, inc. III, do CDC, afastando-se a incidência da regra do inciso II do mesmo dispositivo.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1079145/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/11/2015)

Na petição inicial, a parte requerente narrou que se matriculou na instituição de ensino requerida, atraída pela campanha “A UNIESP paga”, pela qual a universidade arcaria com o pagamento das parcelas de amortização do aluno que efetuasse a contratação do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) entre outubro de 2011 e março de 2014, e que tenha manifestado interesse na adesão ao programa ofertado, mediante assinatura do Contrato de Garantia de Pagamento das Prestações do FIES.

De fato, em pesquisa nos sítios de busca da internet, anexa, consta material de publicidade alusivo ao programa “A UNIESP paga”, contendo oferta de acesso ao ensino superior com a chamada “*Você na Faculdade: A UNIESP paga! Estude nas faculdades do Grupo Educacional UNIESP por meio do Novo FIES, sem pagar nada e sem fiador! (destaques no original)*”.

No caso concreto sob apreciação, os fatos ocorreram conforme a seguinte ordem cronológica:

DATA	FATO	PROVA
2012 – 1 ^o Sem.	Ingresso no curso de “Pedagogia”	Histórico escolar de ID 17139891
21.05.2012	Assinatura do contrato junto ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES)	Extrato juntado pelo FNDE sob ID 23030966
30.11.2012	Contrato de garantia de pagamento das prestações do FIES	ID 17139495
30.11.2012	Emissão do certificado de garantia de pagamento do FIES	ID 17139490
28.03.2017	Requerimento de amortização – Egresso pelo UNIESP PAGA	ID 17139499

A instituição de ensino superior requerida não juntou o contrato preliminar, nem o regulamento do benefício de pagamento do financiamento FIES, onde constasse a ciência inequívoca e oportuna do(a) aluno(a), ônus que lhe incumbia, posto que detentora de tais documentos, apresentando melhores condições de fornecê-los, para facilitar a defesa própria e a do consumidor hipossuficiente, conforme estabelece o art. 6^o, VIII, do CDC.

O contrato de garantia de pagamento das prestações do FIES traz, na cláusula 1.2, a garantia de “pagamento do Fundo de Financiamento Estudantil FIES de seus alunos na fase de amortização do financiamento”, observado o cumprimento de algumas obrigações por parte do beneficiário.

O referido contrato, na cláusula terceira, estabelece as responsabilidades dos alunos beneficiários, quais sejam:

- 3.1 Assinar o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais da Faculdade em que é regularmente matriculado e seguir as orientações que lhes são dadas na Instituição até a efetivação e a assinatura do seu contrato no FIES;
- 3.2 Mostrar excelência no rendimento escolar e na frequência às aulas e às atividades acadêmicas realizadas no Curso Superior escolhido; ser disciplinado e colaborador da Instituição em suas iniciativas de melhorias acadêmicas culturais e sociais;
- 3.3 Realizar 6 (seis) horas semanais de trabalhos voluntários, comprovadas por meio de documento emitido pelas entidades conveniadas com a Instituição que recebe-los e por meio de Relatórios de Trabalhos Sociais mensais, entregues no Setor de Projetos Sociais da Faculdade até o dia 12 de cada mês;
- 3.4. Ter no mínimo média 3,0 (três) de desempenho individual no ENADE, numa escala de 1,0 (um) a 5,0 (cinco), conforme critério do Ministério da Educação;
- 3.5 Realizar o pagamento da amortização ao FIES, no valor máximo de R\$ 50,00 a cada três meses, sendo que a falta de pagamento impossibilitará o aditamento deste programa e o consequente desligamento do(a) BENEFICIÁRIO(A);
- 3.6 *Permanecer no curso matriculado até a sua formação e a consequente realização da prova ENADE;*
- 3.7 Havendo descumprimento de quaisquer obrigações descritas neste instrumento por parte do(a) BENEFICIÁRIO(A), ensejará a desobrigação da INSTITUIÇÃO no pagamento do FIES do(a) BENEFICIÁRIO(A).

Na sua peça defensiva, a instituição de ensino alega que a parte autora descumpriu a cláusula 3.6 do contrato de garantia de pagamento das prestações do FIES – *transferência de turma*.

O atestado de ID 21744948 - Pág. 1, juntado com a contestação da correquerida instituição, demonstra que a parte autora efetuou *transferência de turno*.

O histórico escolar de ID's 17139891, 17139894 e 17139897 comprova que o(a) estudante frequentou o seu curso, regular e ininterruptamente, de 2012 a 2015, sendo dispensado(a) do ENADE 2015.

Observe que a *transferência de turno ou de turma* não se equipara ao *desligamento do curso*, para efeito da cláusula 3.6 do contrato de garantia, eis que mantida a vinculação com a instituição de ensino e com o curso financiado, sem solução de continuidade.

É incontroverso nos autos que a parte autora adimpliu as demais exigências do contrato de garantia de pagamento das prestações do FIES.

O contexto fático deduzido dos autos demonstra que a instituição de ensino requerida não agiu com a transparência e boa-fé exigíveis em todas as fases da contratação, uma vez que lançou material publicitário massivo oferecendo acesso ao ensino superior, pelo FIES, “sem pagar nada” e “sem fiador”. Somente depois de alguns meses, após o início do ano letivo, veio a elucidar os critérios para o acesso ao benefício.

O Código Civil, no art. 422, estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990, no *caput* do art. 4º, estipula, como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, a transparência e harmonia das relações consumeristas. Nada despidendo ressaltar que o contrato firmado entre a universidade e o estudante se enquadra como relação de consumo.

No seu art. 6º, IV, referido *codex* institui, como direito básico do consumidor, “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais”.

O art. 30 do CDC assim dispõe:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

À vista disso, o material publicitário veiculado obriga o prestador do serviço e integra o contrato celebrado.

O microsistema consumerista trata da publicidade enganosa nestes termos:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º *Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.*

§ 4º (Vetado).

Art. 38. *O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*

Pelo que se depreende dos elementos dos autos, somente depois de efetuada a matrícula e do ingresso do(a) aluno(a) no curso, foram disponibilizadas e minudenciadas as regras para a obtenção do benefício de pagamento das parcelas de amortização do FIES pela instituição. Friso que são critérios estabelecidos unilateralmente e *a posteriori* pela universidade, não sendo hábeis a vincular o estudante.

Descumprindo o art. 38 do CDC, a instituição de ensino superior requerida não comprovou nos autos que foi dado conhecimento integral das regras do benefício ao estudante antes ou até o momento da contratação. À vista disso, está demonstrada a prática de propaganda enganosa ou abusiva, utilizada como mecanismo para persuadir o destinatário à contratação do serviço de ensino, sem o integral e amplo conhecimento das regras a ele atinentes, incidindo a instituição de ensino na prática de ato ilícito.

Importante observar que os artigos 186 e 187 do Código Civil assim discorrem sobre o ilícito civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e 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.

No caso específico dos autos, o *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* deve responder pelos danos morais vivenciados pela parte autora, que teve frustrada a legítima expectativa de assunção do pagamento do financiamento estudantil FIES pela instituição de ensino, a qual, para se desvencilhar do pactuado, estipulou novas e posteriores regras para a obtenção do benefício, as quais são vagas, abstratas e de fácil manipulação pela pessoa jurídica, vindo a provocar o dissabor da incidência de cobrança do débito sobre a parte autora.

A conduta ilícita da instituição de ensino superior apresenta nítido nexo de causalidade com o dano moral experimentado pela parte requerente, o qual deve ser compensado.

Nesse sentido, há jurisprudência dos Egrégios Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: APELAÇÃO. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. GRUPO EDUCACIONAL. CONTRATO. DEFEITO. PROPAGANDA ENGANOSA. DANOS MORAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. Consoante se depreende dos autos, a parte autora foi informada via anúncio público veiculado pela recorrente de que poderia cursar ensino superior com recursos do FIES sem a necessidade arcar com as respectivas parcelas, eis que, conforme propaganda da Instituição Educacional, “todas as mensalidades do curso que escolher serão pagas por nós”.

2. Restou demonstrado que a parte recorrente contribuiu de forma decisiva para que a autora fosse levada a crer que estudaria de graça, o que resultou na celebração do contrato FIES.

Diante disso, não há reforma a ser feita na r. sentença que condenou o grupo educacional a arcar com a quitação do saldo devedor apurado pelo agente financeiro do FIES em nome da demandante, bem como indenização a título de dano.

3. Recurso não provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5027849-40.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 18/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. ENSINO SUPERIOR. FIES. PROPAGANDA ENGANOSA. DANOS MORAIS. LUCROS CESSANTES. HONORÁRIOS. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. Está caracterizada a legitimidade passiva *ad causam* da CEF, uma vez que a parte autora insurge-se contra o contrato de financiamento estudantil, em que é parte também a Caixa Econômica Federal, insurgindo-se contra o repasse das verbas para a IES, havendo alegação de negligência por parte da instituição bancária ao celebrar o contrato sem que todos os requisitos estivessem corretamente preenchidos.

2. A questão controversa nos autos diz respeito à maneira indevida utilizada pelo Grupo UNIESP para angariar alunos, que consistia em oferecer vaga nas instituições de ensino pertencentes ao grupo por meio do FIES sem a necessidade de pagar nenhuma prestação do financiamento, o qual seria arcado pela própria IES posteriormente à formatura.

3. No caso, segundo afirma a autora, a única obrigação que lhe competia era a prestação de serviços voluntários em instituições públicas durante 6 horas por semana durante todo o curso e o pagamento do valor trimestral de R\$50,00.

4. A rápida pesquisa na jurisprudência deste Tribunal Federal permite verificar que, de fato, há vários casos semelhantes, datados da mesma época, em que se verifica a atuação indevida da UNIESP.

5. O próprio Juízo de primeiro grau também destacou diversos julgados da Justiça Estadual referentes a mesma propaganda enganosa discutida neste processo.

6. Ainda, como ressaltado no julgado nº 0001637-07.2013.4.03.6112, desta Terceira Turma, tal conduta se deu de forma reiterada pela UNIESP a ponto de levar o Ministério Público Federal a celebrar com a IES Termo de Ajustamento de Conduta.

7. Logo, sendo notória a prática indevida relatada pela apelante Miriam e havendo prova da celebração de contrato de financiamento, que, segundo afirma a parte autora, acreditava não lhe acarretar ônus, e, ainda, não havendo contestação específica e concreta das corrés a elidir o quanto exposto, entendo críveis as alegações, pelo que resta caracterizado o dano e o nexo causal entre a parte autora e as corrés IESP e UNIESP.

8. Por outro lado, com razão a sentença *a quo* ao dispor que não há responsabilidade por parte da CEF e do FNDE, porquanto tais instituições, embora sejam parte no contrato de financiamento, no caso agiram aparentemente dentro dos termos do contrato celebrado, o qual possuía aspecto regular, não podendo, assim, arcarem com o ônus da atuação irregular das outras duas partes.

9. No tocante ao valor do dano moral, entendo plenamente razoável e proporcional o montante fixado em R\$6.000,00 para cada uma das rés.

10. Com efeito, a jurisprudência tem estabelecido parâmetros a nortear as indenizações, de forma que não haja violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, asseverando que “o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso” (cf. RESP

nº 214.831/MG, 145.358/MG e 135.202/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, respectivamente, 29.11.1999, 01.03.1999 e 03.08.1998)

11. Portanto, em atenção às especificidades do caso, reputo razoável, sem que importe enriquecimento ilícito à vítima, a quantia fixada na sentença, a qual deve ser mantida.

12. Com relação ao pedido de lucros cessantes, também entendo que deve ser mantida a sentença tal como exarada. Isso porque, segundo entendimento do STJ, os “lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso.” (Resp 1.110.417/MA). E, no caso, não há qualquer prova de que a autora teria deixado de lucrar qualquer valor em razão do ocorrido. De se ressaltar que a própria autora afirmou que a dispensa de seu emprego se deu antes de obter as informações acerca das formas de ingresso na faculdade.

13. Por fim, quanto aos honorários, também não merece reparo o decisum impugnado, pois fixado em parâmetro razoável, isto é, 5% do valor da condenação.

14. Apelações desprovidas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0024050-45.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/01/2020)

Ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória - autora que firmou contrato de prestação de serviço educacional com a UNIESP e financiamento estudantil (FIES) - requeridas que se comprometeram a quitar o FIES da aluna junto ao banco, conforme propaganda do programa UNIESP PAGA – imposição de requisitos não previstos na propaganda vinculada ou informados no ato de contratação dos serviços educacionais e do financiamento estudantil - folheto de propaganda que somente prevê a condição de pagamento de R\$50,00 a cada três meses - obrigação cumprida pela requerente – imposição posterior e unilateral de regras adicionais - violação aos arts. 6º, III e 4º, III do CDC (Lei 8078/90) - inexistência de critérios objetivos para estabelecer a “excelência nos estudos” – requisito de trabalho voluntário, além de vago, praticamente inviabiliza o adimplemento contratual pelos alunos que conciliam a atividade acadêmica com a laboral – nota mínima no ENADE – cláusula abusiva, tendo em vista que o exame visa avaliar a instituição de ensino e não o aluno em si – requisito previamente exigido e cumprido pela autora - responsabilidade das requeridas quanto ao débito FIES – danos morais também configurados – ação procedente – recurso da autora provido, improvido o das corrés. (TJSP; Apelação Cível 1011599-46.2019.8.26.0100; Relator (a): Jovino de Syllos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/05/2020; Data de Registro: 14/05/2020)

Prestação de serviços educacionais. Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Garantia de pagamento de financiamento (FIES) pela instituição de ensino, mediante requisitos. Programa “Uniesp Paga”. Alegação de não participação do programa contrária à correspondência enviada ao aluno, de descumprimento dos itens 3.2. e 3.3 do contrato de garantia. Conceito vago de excelência. Boas notas. Atividades sociais realizadas. Circunstâncias da contratação garantida com descumprimento demonstrado. Análise do vínculo integrada, segundo a totalidade do negócio, com afetação do financiamento FIES. Obrigação de fazer reconhecida. Danos morais. Ocorrência. Falha da instituição de ensino que causou frustração, abalo, cobrança e necessidade de vir a juízo. Valor fixado mediante critérios orientadores em R\$ 8.000,00. Recurso das rés não provido e provido o do autor. Ao contrário do alegado pelas rés, o aluno integrou o Programa ‘Uniesp Paga’, tanto que houve comunicação de recusa da garantia. No mais, houve aproveitamento com aprovação (com média alta), frequência e expedição de diploma, além de comprovação de realização das atividades sociais. Portanto, cabe confirmar a obrigação imposta de assunção da obrigação relativa ao financiamento FIES, pois os contratos de prestação de serviços e de financiamento

são funcionalmente interligados, importando análise integrada do vínculo, ou seja, segundo a totalidade do negócio, com afetação e contaminação, segundo a boa-fé, ou seja, respondem a rés pelo financiamento. É inegável o dano moral caracterizado pela atuação da instituição de ensino, com frustração, abalo, privação do bem-estar em relação à dívida imposta e inscrição restritiva, com necessidade vir a juízo, o que enseja padecimento indenizável, fixado o valor em R\$ 8.000,00, segundo critérios orientadores, de razoabilidade e proporcionalidade. (TJSP; Apelação Cível 1004804-79.2018.8.26.0481; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Epitácio - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/09/2016; Data de Registro: 13/05/2020)

Destaco que não houve qualquer ingerência ou omissão do *FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE)* no desdobramento do ato ilícito.

Arbitro o montante compensatório relativo aos danos morais, com base nos elementos já asseverados e em todo o contido nos autos.

A intensidade do sofrimento da parte ofendida restou demonstrada em padrões além da normalidade, não se caracterizando como banal incômodo, mas em sério constrangimento, pois recai sobre si a obrigação de pagar as prestações de financiamento estudantil (FIES).

O fato ocorrido é de considerável gravidade, pois a parte requerente está sujeita ao pagamento de R\$ 45.873,66 (*quarenta e cinco mil, oitocentos e setenta e três reais e sessenta e seis centavos*), valor significativo, a cuja assunção a instituição de ensino se comprometera. Por outro lado, não há prova nos autos de que tenha sofrido cobranças pela instituição financeira ou seu nome inscrito nos órgãos de proteção e restrição ao crédito.

As circunstâncias do fato revelam evidente atitude de má-fé da instituição de ensino, ao veicular propaganda enganosa com o escopo de atrair o alunado, e, somente depois da contratação e do início do curso, especificar as condições de acesso ao benefício ofertado.

A extensão e a repercussão do direito violado devem ser sopesadas levando-se em consideração que ações como a referida nos autos induzem a erro grande contingente populacional hipossuficiente e desejoso de realizar o sonho de frequentar uma universidade e o obter grau superior. *Outro ponto que amplifica a dimensão do dano é que a parte autora se submeteu a cumprir todas as exigências da correquerida para obter o benefício prometido.*

A posição social da parte vitimada, *maquinista*, revela que o prejuízo derivado de violação a dano moral se encontra em padrão médio, não havendo dados acerca de outras peculiaridades de sua posição econômica, social, comunitária ou política. Da mesma forma, não há referência no que tange aos antecedentes financeiros e creditícios da parte ofendida, que possam ser aferidos em seu prejuízo.

O conglomerado da instituição de ensino causadora do dano - *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* - consiste em pessoa jurídica de notória capacidade econômica.

A conduta da correquerida em questão, posteriormente aos fatos, milita em seu desfavor, pois não há notícia nos autos de que o impasse tenha sido resolvido extrajudicialmente, ou, ao menos, minorados os seus efeitos.

Assim, é devida a compensação dos danos morais sofridos pela parte autora, haja vista o constrangimento experimentado. Tais dissabores somente ocorreram em razão da conduta da instituição de ensino superior requerida, que evidencia publicidade enganosa e locupletamento ilícito. Assim, levando em conta o complexo de fatores mencionados, fixo a compensação pelos danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (*vinte mil reais*), valor suficiente para proporcio-

nar conforto à vítima, sendo que, sobre tal importância, incidirá correção monetária a partir desta data e juros moratórios desde a data do evento danoso (*data prevista para o início da fase de amortização do FIES – 10.07.2017 – ID 17139500 - Pág. 1*), conforme Súmula n. 54, do Superior Tribunal de Justiça, e art. 398, do Código Civil/2002.

A atualização dos valores devidos a título de dano moral deverá obedecer, ainda, ao que estabelece o MANUAL DE ORIENTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA OS CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal.

Pelo exposto, rejeito a impugnação à gratuidade de justiça e as preliminares suscitadas, e, resolvendo o mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE* o pedido para:

Declarar a inexigibilidade, em face da parte autora, do débito referente ao contrato n. 661.501.38, de abertura de crédito para o financiamento de encargos educacionais pelo Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE);

Condenar o *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* ao pagamento do montante da amortização do financiamento de encargos educacionais pelo Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), referentes ao contrato susmencionado; e

Condenar o *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* à compensação dos danos morais causados à parte autora, no montante de R\$ 20.000,00 (*vinete mil reais*), a ser atualizado nos termos da fundamentação.

Em razão do princípio da causalidade, condeno, ainda, o *INSTITUTO EDUCACIONAL DO ESTADO DE SAO PAULO (IESP)* ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários de sucumbência devidos à parte autora, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, consoante o *caput* e § 2º, do art. 85, do CPC.

Tendo em vista a procedência do pedido, *mantenho a tutela de urgência deferida*.

No caso de interposição de recurso tempestivo, intime-se a parte apelada para contrarrazoar, no prazo legal. Havendo preliminar em contrarrazões, intime-se a parte apelante para manifestação, com fulcro no art. 1.009, §2º, do Código de Processo Civil. Após, com ou sem a apresentação das contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observadas as cautelas de praxe.

Com o trânsito em julgado, em sendo mantida esta sentença, intime-se a parte autora para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente planilha para cumprimento de sentença, devendo a Secretaria efetuar a conversão deste.

Nada mais sendo requerido, proceda-se à baixa e arquivamento destes autos.

Registro eletrônico. Publique-se. Intimem-se.

Barueri-SP, data lançada eletronicamente.

Juíza Federal MARILAINÉ ALMEIDA SANTOS

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

5000870-74.2020.4.03.6131

Impetrante: PRIMAR NAVEGAÇÕES E TURISMO LTDA. – EPP

Impetrados: COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO – COFISSP DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO – COFISRJ

Litisconsorte: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Interveniente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/02/2021

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de mandado de segurança, impetrado preventivamente, com o objetivo de evitar que a atividade econômica desempenhada pela Impetrante, no segmento de transporte de passageiros na modalidade fretamento não venha a ser obstaculizada pela atividade fiscalizatória da *AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT*, pelo só fato de a mesma se utilizar de plataforma tecnológica para contratação de passageiros. Em apertada suma, sustenta a impetrante, autorizatória de serviços de transporte coletivo de pessoas para fins de afretamento, que o emprego de plataforma tecnológica facilitadora da contratação não constitui obstáculo ao exercício da atividade econômica da empresa de transporte. Que desenvolve sua atividade empresarial, em estrita consonância com a legislação de regência, e que, embora tradicionalmente a finalidade ou objetivo compartilhado fosse uma tendência nas viagens por fretamento, essa característica não faz parte da sua essência jurídica, e que essa característica restou superada pela forma digital de arregimentação de passageiros. Pede, assim, a concessão de liminar – e, posteriormente, o deferimento da ordem mandamental – para, em suma, se determine às autoridades impetradas que se abstenham de exercer qualquer ato que obstaculize o desempenho da atividade de fretamento da Impetrante, por razões decorrentes da utilização de plataformas tecnológicas (como a *Buser*), na formatação das viagens fretadas; ou, subsidiariamente, assegure à Impetrante o seu direito de exercer o serviço de transporte por fretamento eventual, mesmo que os passageiros tenham demonstrado seu interesse na contratação por meio de plataforma tecnológica (como a *Buser*). Junta documentação.

Medida liminar indeferida pela decisão que está registrada sob o id n. 42033730.

Informações da autoridade impetrada registradas sob o id n. 42662528, por meio da qual se sustenta, em suma, a legalidade do ato administrativo praticado pela Administração, que as regras concernentes à modalidade de autorização de serviços de transportes para o qual está homologada a impetrante não permite o acatamento da sua pretensão, acenando até mesmo com postura abusiva da parte em ajuizar diversas impetrações versando o mesmo tema perante juízos diversos.

Parecer do *Ministério Público Federal*, pelo desinteresse no feito, sob o id n. 45017753.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, será necessário consignar que as especificidades do caso concreto estão mesmo a demonstrar que seja caso de acatar a impetração da ação mandamental junto a este Juízo Federal, a despeito da competência, que reputo concorrente, do Juízo vinculado ao foro de domicílio da autoridade indicada como coatora pela inaugural.

E isto em razão da absoluta ausência de prejuízo à defesa da autoridade impetrada ou da entidade que ela representa, patrocinadas que são, em juízo, por denodados advogados públicos, vinculados à *D. Procuradoria-Geral Federal*, da *Advocacia-Geral da União*, e que demonstram incontestável capacidade de oferecer defesa da melhor qualidade às instituições republicanas e ao estado democrático nos mais diversos cantões desse País de dimensões continentais. Tanto mais quando – como no caso – a indicação do pólo passivo do *mandamus* surtiu efeitos concretos, tangíveis, no que as impetradas aqui indicadas manejaram, cada qual no âmbito interno de suas atribuições, levar o caso ao conhecimento dos técnicos encarregados da análise da questão do impetrante, e, bem por isso, tiveram condições de comparecer a juízo de sorte a oferecer as suas razões de impugnação (id n. 42662528), aperfeiçoando o contraditório pelo *mérito da res in judicio deducta*, de molde a cumprir o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. Prova mais do que suficiente, portanto, de que o endereçamento da petição inicial foi eficaz, não apenas porque a impetrada foi capaz de trazer às barras do Poder Judiciário as suas razões de defesa.

Remete a questão, em boa verdade, à conhecida *teoria da encampação*, segundo a qual, contestando a impetração pelo seu mérito, e desde que ausente hipótese de usurpação de atribuição administrativa – do que, *in casu*, não se cogita –, a autoridade encampa a prática do ato inquinado, revelando-se cabível, em face dela, a impetração. Largamente admitida pela jurisprudência, o precedente arrolado na sequência é do *E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SÚMULA 7/STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SECRETÁRIO DE ESTADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES.

“1. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo argüido a sua ilegitimidade, assumir a coatoria do ato, defendendo-o ao prestar informações, por economia processual, deve se aplicar a Teoria da Encampação, continuando-se no julgamento de mérito do writ. Precedentes desta Corte.

3. Hipótese dos autos cujas circunstâncias autorizam aplicar a Teoria da Encampação.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido” (grifos nossos).

[RESP 200401820790 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 714586, Rel. Min. ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ DATA:19/12/2005, p. 358]

Por tais razões, é que tenho que deva ser aceita a impetração do *mandamus* exatamente da forma como proposta pelo impetrante, razão pela qual *rejeito* a preliminar de incompetência do juízo.

Com estas considerações preliminares devidamente assentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. O *writ of mandamus* está em termos de julgamento, pelo seu mérito.

Neste aspecto, obtempero que o evolver dos fatos passados no curso da presente impetração, deu conta de confirmar a veracidade das premissas de que partiu a decisão que analisou o pleito liminar aqui formulado pelo impetrante.

De uma análise pormenorizada de todos os argumentos deduzidos pela ora impetrante como causa de pedir, verifica-se que o que se pretende, *em suma*, a partir da presente impetração, é demonstrar que a finalidade ou o objetivo compartilhado dos sujeitos contratantes, que era uma tendência nas viagens por fretamento, passou a não mais se mostrar relevante para o serviço, o que permitiu que plataformas tecnológicas permitissem a aproximação desses sujeitos. Essa dimensão está precisamente expressa nas palavras da própria impetrante, que assim se manifesta sobre o tema (petição inicial, id n. 41977741, item [58]), *verbis*:

“O que se pretende com o presente mandado de segurança é demonstrar que, embora tradicionalmente a finalidade ou objetivo compartilhado fosse uma tendência nas viagens por fretamento, essa característica não faz parte da sua essência jurídica. Foi justamente a compreensão de que a finalidade não é relevante para o serviço o que permitiu que plataformas tecnológicas, aproveitando a ausência de barreiras informacionais para angariar interessados em viagens eventuais para o mesmo destino, permitissem a aproximação desses sujeitos. Sem as ferramentas tecnológicas, esse esforço de encontro de interesses comuns acabava sendo restrito a situações em que a comunhão de interesses era evidente (familiares, grupos de amigos, profissionais da mesma área de atuação, romeiros, etc.). A tecnologia, entretanto, ao derrubar essas barreiras, colocando em contato pessoas com interesses convergentes relativamente ao seu destino e condições de viagem, apenas extraiu do modelo uma funcionalidade adicional, permitindo a construção de novas viagens eventuais. Ressalte-se, entretanto, que essas viagens seguem sendo formatadas especificamente para seus passageiros, em caráter ocasional, porém o grupo de passageiros passa a ser formado muito em função da facilitação do contato e da contratação que a tecnologia proporciona”.

Ou seja, o impetrante pretende extrair da forma de contratação da viagem – por plataforma de aplicativos de compartilhamento de transportes (semelhante ao que ocorre com o *Uber*, *99*, *Cabify*, etc.) – uma *superação* do próprio modelo de serviço de passageiros por fretamento adotado pela regulamentação infra-legal, e que incorpora, *expressamente*, a necessidade do estabelecimento de um *propósito comum entre os passageiros contratantes*, conforme se colhe do art. 3º, inciso XIV da Resolução n. 4.777/2015 da ANTT, que estabelece a definição de circuito fechado como requisito necessário à autorização do postulante para fins de realização de viagens sob a categoria de fretamento turístico.

Data maxima venia dos doutos argumentos que animam a pretensão da ora impetrante, não vejo plausibilidade no argumento desenvolvido na impetração a justificar o deferimento da ordem aqui postulada.

Por mais que se reconheça a profunda alteração que a chamada economia de compartilhamento possa haver causado nas estruturas de práticas comerciais fundadas na aquisição de bens e serviços (cf., nesse sentido, artigo intitulado *Direito e a Economia de Compartilhamento*, de autoria de Carlos Ragazzo, publicado da revista da FGV-DIREITO RIO, bem assim o quanto restou decidido no âmbito da ADPF n. 449, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, Publicado em 02-09-2019), o certo é que a forma digital de acesso aos serviços disponibilizados pelo impetrante não tem o condão de alterar, pelo menos não no ponto colocado em realce na impetração, *a essência da atividade que, substancialmente, é desenvolvida pela empresa interessada*.

Por outras palavras, sob o enfoque normativo a ser adotado, em tese, pelas autoridades impetradas, o transporte coletivo de passageiros sob regime de afretamento *pressupõe* o desempenho dessa atividade em *circuito fechado* (art. 3º, inc. XIV da Resolução ANTT n. 4.777/2015), que, expressamente, determina a prestação de atividade que pressuponha uma viagem de um *grupo de passageiros com motivação comum*.

E não aparenta decorrer – *ao menos não necessariamente* – nenhuma incompatibilidade entre o formato digital de arregimentação de passageiros via plataforma disponibilizada por aplicativos específicos, e a convergência de interesses dessas pessoas quanto às finalidades do transporte. Afinal, é plenamente possível restringir o processo de arregimentação de interessados às *finalidades específicas* desta ou daquela viagem, sob pena, inclusive, de – *em não sendo assim* – se estabelecer um *indevido* (e, portanto, *ilegal*) *escamoteamento* quanto ao verdadeiro segmento de atividade em que se ativa a transportadora autorizatária, com subversão dos reais segmentos de atividade econômica dentro dos quais pode atuar, com manifesto prejuízo, nesta hipótese, não apenas ao mercado consumidor, mas também à segurança do tráfego de pessoas e bens no País, e à livre concorrência entre as empresas de transportes de passageiros.

Falta, nesse ponto, a meu sentir, a demonstração lógica de algum *liame relacional de causalidade*, ou, pelo menos, de *implicação necessária* entre a forma de arregimentação de passageiros da impetrante via aplicativos de compartilhamento, e a superação de um conceito que exige – requisito indispensável à obtenção da autorização – *a comonidade de interesses e objetivos* entre os contratantes respectivamente ao objeto do transporte.

Nesse sentido, aliás, é de se ressaltar que a jurisprudência de nossas Cortes Regionais vem se inclinando no sentido de *referendar* os limites da autorização administrativa praticada para fins de transporte coletivo de pessoas em regime de fretamento, neles incluídos a necessidade de atendimento ao circuito fechado de transporte, e, portanto, ao interesse comum do grupo relativamente ao deslocamento realizado. Indico, na sequência, excertos de um precedente do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO*, que, analisando recurso justamente da empresa do aplicativo aqui mencionado pela impetrante (*Buser*), reforça a necessidade de observância do regramento infra-legal respeitante ao transporte coletivo de pessoas, em particular a necessidade de observância da finalidade comum entre os contratantes para fins de prestação de serviços de transporte na área de fretamento. Segue a decisão assim encaminhada:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto por Buser Brasil Tecnologia Ltda. contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, *que indeferiu o pedido de concessão de medida liminar formulado nos autos do Mandado de Segurança n. 1007514-06.2020.4.01.3400, impetrado contra a União e outros, objetivando que não sejam criados óbices a impedir ou interromper as viagens intermediadas pela agravante sob o fundamento de prestação clandestina de serviço público a realização de viagem em circuito aberto ou qualquer outro que extrapole a regular fiscalização de trânsito e segurança.*

Eis o teor da decisão recorrida (Id 49058561):

“(…) Inicialmente, determino a exclusão do polo passivo das seguintes autoridades: CONSELHEIRO PRESIDENTE DA AGÊNCIA GOIANA DE REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS; GERENTE DE TRANSPORTE DA AGÊNCIA GOIANA DE REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS; DIRETOR GERAL DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL; e SUPERINTENDENTE DE TRÂNSITO DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL, uma vez que a competência da Justiça Federal está limitada aos mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal (art. 109, VIII, da CRFB).

Quanto ao pedido de concessão de medida liminar, o art. 7º, III, da Lei nº. 12.016, de 2009, estabelece que o seu deferimento reclama a satisfação simultânea dos seguintes requisitos: relevância dos fundamentos invocados (*fumus boni iuris*) e risco de ineficácia da medida (*periculum in mora*). No caso em análise, os requisitos estão parcialmente presentes. A CRFB conferiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, e), e incumbiu “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175, *caput*).

(...)

Essa plausibilidade, todavia, é parcial, pois é necessário que o transporte ocorra em circuito fechado para que caracterize fretamento. Se prestar serviço de intermediação de transporte em circuito aberto, a fretadora estará sujeita às penalidades regulamentares por ter desbordado da autorização da ANTT para prestação de serviço de fretamento.

Ressalte-se que não se trata, como sustenta a impetrante, de norma restritiva de direitos, mas de norma técnica organizadora dos transportes. Desse modo, se a impetrante pretende legitimar a sua atividade econômica ao argumento de que se trata de fretamento e não transporte coletivo interestadual regular, não pode, ao mesmo tempo, buscar modificar o conceito regulamentar de fretamento. Ademais, não há óbice constitucional à edição de atos normativos infralegais que criem normas técnicas não contidas na lei. O Poder Legislativo é incapaz de criar a regulamentação sobre todas as matérias de natureza técnica, restando tal atribuição para órgão ou pessoa administrativa com quadro de especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos. Esse fenômeno, denominado por muitos autores de “deslegalização”, consiste na autorização legal para que certas matérias sejam transferidas do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio do ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*) (FILHO, José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, p. 49). Exige-se apenas que o poder normativo do Poder Executivo se limite ao estabelecimento de aspectos técnicos (discricionariedade técnica), pois os aspectos políticos e administrativos continuam sob a reserva de lei. Também está presente o *periculum in mora*, porquanto a impetrante demonstrou que a sua atividade econômica tem sido prejudicada por autuações por infração administrativa de transporte coletivo clandestino (Id 173136376).

Ante o exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE A MEDIDA LIMINAR para determinar que as autoridades impetradas se abstenham de criar óbice, impedir ou interromper as viagens intermediadas pela impetrante em sistema de circuito fechado**”.

Irresignado, argumenta o agravante, em síntese, ser a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, sendo a Justiça Federal competente para o caso sem cisão da demanda e do polo passivo; ser startup de tecnologia que presta atividade de intermediação para contratação de viagem coletiva por fretamento privado; que sua ferramenta tecnológica permite conectar, de um lado, grupo de pessoas interessadas em viajar um destino comum e, de outro, um fornecedor de transporte privado na modalidade fretamento eventual; que não possui ônibus, não vende passagens, não usa infraestrutura estatal, não tem rotas regulares ou itinerários fixos; que sua plataforma tecnológica permite que interessados promovam o rateio do custo total de um ônibus fretado fretamento colaborativo; que o que caracteriza as viagens intermediadas pela Buser são as condições futuras e incertas; que a limitação de circuito fechado é norma restritiva de direito aplicável apenas às viagens realizadas na modalidade fretamento eventual ou turístico, limitadora, que cria obrigação para o transporte por fretamento; que o circuito fechado não é essencial ao fretamento; requer, ao final, o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e seja determinado que as autoridades impetradas se abstenham de criar óbice, impedir ou interromper as viagens intermediárias pela Buser em circuito aberto.

Autos conclusos.

Decido.

Preliminarmente, ressalto que razão assiste ao agravante quanto à manutenção das autoridades estaduais impetradas, devendo ser mantidas no polo passivo do feito de origem, considerando que praticam ato no exercício da função delegada, conforme já decidiu esta Corte em caso semelhante de energia elétrica, que, assim como o serviço de transporte de passageiro, é serviço delegado pela União às concessionárias públicas. Confira-se o precedente:

(...)

6. Quanto ao mérito, mesma sorte não assiste ao agravante, pois não vislumbro no caso concreto violação a direito líquido e certo.

7. Observo que o recorrente afirma que presta atividade de intermediação para contratação de viagem coletiva por fretamento privado.

8. Pois bem. A Lei n. 10.233/2001, ao criar a ANTT, também lhe delegou a competência de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte.

9. A ANTT, a fim de regulamentar o serviço de passageiros por fretamento, editou a Resolução n. 4.777/2015, que estabeleceu o fretamento sob as formas turística, eventual e contínuo, todas em deslocamento de pessoas em circuito fechado, conforme disposto nos incisos VI, VII e VIII do art. 3º, in verbis: (...) VI - Fretamento turístico: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que deverá ser realizada conforme as modalidades turísticas definidas em legislação; VII - Fretamento eventual: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que ocorrerá sem interesse turístico; VIII - Fretamento contínuo: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, por período determinado, com quantidade de viagens, frequência e horários pré-estabelecidos, com relação de passageiros transportados, firmado por meio de contrato registrado em cartório, destinado ao transporte de empregados ou colaboradores de pessoa jurídica, de docentes, discentes e técnicos de instituição de ensino, de associados de agremiação estudantil ou associação legalmente constituída e de servidores e empregados de entidade governamental que não estiver utilizando veículo oficial ou por ela arrendado; (...)

9. A referida resolução também definiu, no inciso XIV do mesmo artigo, o que seria circuito fechado: XIV - Circuito fechado: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida;

10. Observa-se que a regulamentação do serviço de fretamento é competência legal da ANTT, estando a agência, ao regular e fiscalizar a atividade desenvolvida pela agravante, agindo, aparentemente, no estrito dever de sua função delegada.

11. Ademais, ressalto ser prematuro, considerando que os atos administrativos se revestem da presunção de veracidade e legitimidade, que se afaste a limitação imposta no sentido de limitar a atividade da agravante ao circuito fechado.

Pelo exposto, INDEFIRO, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal” (grifei).

[DECISAO MONOCRATICA: Número 1007935-11.2020.4.01.0000; 10079351120204010000; Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO (AI); Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN; Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Data: 30/03/2020; Data da publicação: 30/03/2020; Fonte da publicação: PJE 30/03/2020].

No mesmo sentido, indico, também, outro precedente: DECISÃO MONOCRÁTICA: Número 1017004-67.2020.4.01.0000; 10170046720204010000; Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO (AI); Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA; Relator convocado: JUIZ FEDERAL ILAN PRESSER; Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Data: 07/08/2020; Fonte da publicação: PJe 07/08/2020.

É, no que interessa à discussão ora proposta pela impetrante, exatamente o caso dos autos, porquanto, consoante se depreende das declarações da própria parte, justamente aquilo que ela pretende com a impetração do presente *writ* mandamental (*qual seja*, a demonstração da *superação* do requisito da finalidade ou do objetivo compartilhado como condicionante para a autorização de viagens por fretamento) é, precisamente, a característica que vem sendo reconhecida como indispensável pela jurisprudência.

Inviável, nesses termos, a concessão da ordem postulada pela impetrante.

Por fim, ainda instar rechaçar a pretensão devolvida com a manifestação da autoridade impetrada no sentido de se que se reconheça prática de ato de *litigância de má-fé* por parte da impetrante. Malgrado, de fato, haja realmente indícios de conduta desleal por parte da impetrante, no que a combativa defesa técnica da entidade de direito público relaciona, em sua intervenção processual, extrato de andamento processual demonstrando outra impetração de mandado de segurança, em nome da ora impetrante, perante Juízo Federal diverso (14ª Vara Cível da Capital do Estado de São Paulo, Proc. n. 5029901-05.2020.4.03.0000), não há como certificar que se trate de objeto idêntico àquele que se desenvolve nessa demanda, ou que, com certeza, se trate de tentativa de contornar decisão contrária aos seus interesses lá proferida. Isto porque, embora comprovado, de fato, o ajuizamento da ação mandamental, a impetrada não traz aos autos a cópia da petição inicial da ação distribuída perante o Juízo Federal da Capital do Estado de São Paulo, de forma a que fosse possível atestar pela repetição de demandas idênticas, de sorte a comprovar a prática de ato atentatório à boa-fé processual por parte da impetrante e seus procuradores.

Nessa linha de ponderações, entendo que não haja substrato probatório suficiente a proceder ao enquadramento da conduta como, efetivamente, caracterizadora de má-fé processual.

DISPOSITIVO

Do exposto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido na inicial da presente impetração, com resolução do mérito da causa, na forma do que prevê o art. 487, I CPC, de molde a, em razão disso, DENEGAR a ordem postulada pela impetrante.

Custas processuais *ex lege*. Sem honorários, na conformidade das *Súmulas n. 512 do STF* e *n.105 do STJ*.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

5020239-50.2020.4.03.6100

Autoras: ALIANÇA NACIONAL LGBT, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABMLBT, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH

Réus: UNIÃO FEDERAL, MILTON RIBEIRO

Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 24/05/2021

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação civil pública promovida por *ALIANÇA NACIONAL LGBTI+, ABMLBT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOTRANSFATIVAS – ABRAFH, ASSOCIAÇÃO MÃES PELA DIVERSIDADE, ACONTECE ARTE E PLÍTICA LGBTI+, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIVERSIDADES PERIFÉRICAS, ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO LGBT DE VINHEDO – BIANCA NIERO, ESPAÇO PARANAENSE DA DIVERSIDADE LGBT, GRUPO DIGNIDADE – PELA CIDADANIA PLENA, GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO e UNIÃO NACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – UNALGBT* em face de *MILTON RIBEIRO* e da *UNIÃO FEDERAL*, requerendo a condenação dos corréus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 5.000.000,00.

Narram que, em 24.09.2020, foi publicada entrevista com o primeiro corréu ao Jornal “O Estado de São Paulo”, contemplando diversas considerações a respeito da possibilidade de escolha de gênero.

Relatam que o E. Supremo Tribunal Federal, em julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, reconheceu a prática de homotransfobia como crime de racismo, tipificando-a no art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

Alegam que o depoimento do Senhor Ministro ao jornal possui conteúdo homotransfóbico, notadamente por defender a proibição da discussão da temática dentro das salas de aula e por relacionar a opção pela homossexualidade, em sua origem, a contextos familiares “desajustados”.

Sustentam que inexistente embasamento médico ou legal para que a normalidade das questões de gênero seja questionada pelo primeiro corréu, de modo que declarações nesse sentido implicam em desserviço social, estimulam a segregação, obstam a discussão da igualdade de gênero e fomentam a violência contra a população LGBTI+.

Aduzem que as falas descritas na narrativa inicial configuram discursos de ódio e confrontam diversos princípios constitucionais, notadamente o da proteção à Família, justificando o dever de reparação coletivo por danos morais, com amparo nos arts. 5º, V e X da Constituição Federal; 186, 187 e 927 do Código Civil; e art. 1º, *caput* e IV da Lei nº 7.347/85.

Atribuem à causa o valor de R\$ 5.000.000,00, pugnando pela concessão da gratuidade da Justiça.

Foi proferida a decisão de ID nº 40113595, afastando a hipótese de prevenção e intimando a parte autora para (i) comprovar a situação de hipossuficiência econômica em que embasa o pedido de concessão da gratuidade processual; (ii) regularizar a representação processual das coautoras ASSOCIAÇÃO MÃES PELA DIVERSIDADE e ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO LGBT DE VINHEDO; (iii) apresentar documentos que comprovem o ato ilícito impugnado e (iv) justificar a competência jurisdicional elegida, a teor da regra prevista pelo art. 2º da Lei nº 7.347/1985. Determinou, ainda, a inclusão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL nos autos, como terceiro interessado.

Em resposta, a parte autora apresentou a manifestação de ID nº 40937174, requerendo a juntada das declarações de IRPJ das instituições que compõem o polo ativo, de instrumentos de mandato e de cópias das reportagens mencionadas na inicial, além de aduzir a competência desta 1ª Subseção Judiciária.

Novamente intimada para regularização da inicial (ID nº 41157407), a parte autora manifestou-se ao ID nº 41220797 e ao ID nº 41224488, requerendo a juntada de documentos.

A decisão de ID nº 41950226 recepcionou as emendas à petição inicial, deferiu em favor da parte autora os benefícios da gratuidade processual e determinou a citação dos corréus.

Citada, a UNIÃO FEDERAL apresentou a contestação de ID nº 45568157, arguindo, preliminarmente, ser parte ilegítima para responder às declarações públicas dos ministros de Estado, que considera tratar-se de atos pessoais dissociáveis daqueles praticados pelos agentes na qualidade de funcionários estatais. Quanto ao mérito, aduz que (i) não foram emitidas declarações ofensivas a pessoas de qualquer gênero ou orientação sexual; (ii) foram selecionados trechos isolados da entrevista por perfis de redes sociais que passaram a reproduzir os excertos de maneira descontextualizada e distorcida, procedimento adotado também pela parte autora na elaboração da petição inicial; (iii) o Senhor Ministro consignou expressamente seu respeito à opção de gênero, ressaltando sua discordância e a opinião pessoal de que a discussão deve ser tratada no ambiente familiar; (iv) ao dar a público conhecimento de seu pensamento, o Senhor Ministro permitiu o estabelecimento de debate público sobre tais posicionamentos, cumprindo com isso o papel de agente político; (v) o Senhor Ministro recorreu às redes sociais para emitir nota de esclarecimento sobre a reportagem; (vi) a ausência de nexo causal entre o dano decorrente de manifestação de pensamento político e o Estado; (vii) a configuração do ato como dever do agente da Administração, caracterizando a excludente da ilicitude aventada; (viii) a ausência de dano injusto, passível de reparação, haja vista que a contrariedade das associações coautoras com o conteúdo das declarações públicas não se qualifica juridicamente como um dano anormal; (ix) a comunicação política é feita por códigos e símbolos que vão muito além do sentido literal das palavras manifestadas pelos emissores que participam da vida pública, sendo desarrazoada a intervenção do Poder Judiciário no sentido de censurar sua utilização; (x) é aplicável ao caso o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ao RE nº 685.493-SP, na sistemática da repercussão geral (Tema nº 562), reconhecendo em favor dos agentes políticos imunidade relativa sobre seus depoimentos públicos, notadamente em prol da prestação de contas à população; bem como que (xi) da mesma forma, pende de discussão perante a Corte Suprema julgamento atinente à responsabilização do Estado por manifestações proferidas por deputados a partir da tribuna da Assembleia Legislativa, nos autos do RE nº 632.115-CE (Tema nº 920), que também deverá ser levado em consideração por ocasião do enfrentamento do mérito.

Por sua vez, o corréu MILTON RIBEIRO apresentou a contestação de ID nº 45568176, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de não poder ser

demandado pelos atos praticados no exercício da função, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ao RE nº 1.027.633-SC, afetado ao regime de repercussão geral (Tema nº 940). Quanto ao mérito, alega que (i) após a publicação da matéria pelo jornal “O Estado de São Paulo”, verificou-se a seleção de trechos isolados da entrevista por perfis de redes sociais, com a finalidade de lhe atribuir opiniões e juízos de valores que jamais externou; (ii) as poucas referências ao tema do ensino da sexualidade foram absolutamente secundárias na entrevista; (iii) consignou expressamente seu respeito aos cidadãos de orientação homossexual, contrapondo, todavia, que discordava da discussão do tema se dar em sala de aula, por entender que referido papel incumbe à família; (iv) cumpriu com o papel de agente político, além de recorrer às redes sociais para expor seu posicionamento a respeito da entrevista; (v) a configuração do ato como dever do agente da Administração, caracterizando a excludente da ilicitude aventada; (vi) a ausência de dano injusto, passível de reparação, haja vista que a contrariedade das associações coautoras com o conteúdo das declarações públicas não se qualifica juridicamente como um dano anormal; bem como que (vii) é aplicável ao caso o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ao RE nº 685.493-SP, na sistemática da repercussão geral (Tema nº 562), reconhecendo em favor dos agentes políticos imunidade relativa sobre seus depoimentos públicos, notadamente em prol da prestação de contas à população.

Intimada, a parte autora apresentou a réplica de ID nº 46073891.

Por sua vez, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL emitiu o parecer de ID nº 46732728, opinando (i) pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo primeiro corrêu e o prosseguimento do julgamento em face da União; (ii) pela configuração das responsabilidades civil e criminal em decorrência das falas proferidas pelo primeiro corrêu; (iii) pela incompatibilidade das falas com o Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionais, além da jurisprudência nacional existente sobre o tema e o posicionamento de organizações internacionais, sem prejuízo do próprio Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 13.005/2014), quando prevê expressamente a eliminação de todas as formas de discriminação no ambiente escolar, e da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais do Ministério da Saúde, publicada por intermédio da Portaria nº 2.836, de 1º.12.2011; (iv) pela impossibilidade de retrocesso político e jurídico quanto a conquistas sociais, previsto no art. 60, §4º da Constituição Federal; (v) pela incompatibilidade dos posicionamento com a Convenção Americana de Direitos Humanos e da Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (vi) pelo enquadramento da ocorrência entre as hipóteses constitucionais de responsabilidade civil objetiva do Estado, em virtude de se ter assumido o risco do resultado danoso e discriminatório em face da população LGBTQI+, nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal; (vii) pela existência de repercussão criminal dos fatos por infração penal prevista no art. 20 da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), inclusive sob a ótica das teses firmadas pela Corte Suprema na ADO nº 26, e tendo o primeiro corrêu rejeitado, recentemente, proposta de acordo de não-persecução penal, nos autos da PET 9209, ocasionando a remessa dos autos à Polícia Federal para apuração dos fatos; e, consequentemente, (viii) pelo provimento da Ação Civil Pública para condenação da segunda corrê à indenização coletiva pretendida.

Recebido o parecer, vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

Nos termos do art. 355, inciso I, do CPC, verifica-se que o julgamento prescinde de dilação probatória, sendo as provas já apresentadas suficientes para o deslinde da causa.

Preliminarmente, a corrê UNIAO FEDERAL (ID nº 45568157, págs. 03-04) alega que a ação tem por objeto declarações de agente público que consistiriam em atos pessoais, não se equiparando àqueles praticados na qualidade de funcionário da Administração, razão pela qual o Primeiro Corréu seria o único responsável por eventuais excessos praticados no exercício do direito.

Por seu turno, o corréu MILTON RIBEIRO (ID nº 45568176, pág. 03) argui a própria ilegitimidade passiva com amparo no entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral sobre a responsabilidade dos agentes públicos a serviço da Administração, aduzindo a impossibilidade de ser demandado pessoalmente nessa condição.

A pretensão surge em face da entrevista concedida pelo Primeiro Corréu ao jornal “O Estado de São Paulo” no dia 24.09.2020, intitulada “Volta às aulas no País e acesso à internet não são temas do MEC, diz ministro” (ID nº 41224498).

A entrevista em questão foi concedida aproximadamente dois meses após a investidura do Primeiro Corréu no cargo de Ministro da Educação.

Extraí-se da íntegra da entrevista apresentada nos autos que as perguntas ali contempladas diziam respeito ao retorno das aulas no País após a deflagração da Pandemia de Covid-19, em alusão direta aos planos da Pasta para a gestão da educação em território nacional.

Por sua vez, constata-se que os excertos destacados pela parte autora na narrativa inicial (ID nº 40035826, págs. 06, 08-09 e 12) dizem respeito a respostas do Senhor Ministro quando questionado sobre a abordagem da educação sexual nas salas de aula, a discussão sobre práticas de “bullying” e a presença de professores transgêneros no ambiente letivo, todas inseridas no contexto de uma possível revisão da Base Nacional Comum Curricular pela nova gestão.

Convém, nesse passo, consignar que o Supremo Tribunal Federal, debruçado sobre a hermenêutica aplicável ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, procedeu ao julgamento do RE nº 1.027.633-SP, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema nº 940), ocasião em que houve por bem reafirmar o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público (e as de direito privado, quando prestadoras de serviços públicos) responderão de forma primária pelos danos causados por seus agentes a particulares, ressalvado o futuro direito de regresso.

Firmou-se, assim, a tese seguinte: “a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Observa-se, ainda, que o venerando acórdão transitou em julgado na data de 14.01.2020.

Mister destacar que, no caso dos autos, as declarações do Primeiro Corréu, nomeado para cargo de elevado grau no Poder Executivo, não podem ser reduzidas ao patamar de meras opiniões pessoais, tais como aquelas que são veiculadas rotineiramente por intermédio de redes sociais ou canais de comunicação exclusiva com público restrito e direcionado.

Em que pese o fato de as declarações terem sido desprovidas de abordagem técnica e maior rigor formal, não podem ser retiradas de seu contexto originário – no caso, a entrevista formulada por jornal de grande circulação com o intuito de delinear o perfil da gestão recém-empossada e informar ao seu público as diretrizes que passariam a ser adotadas pelo Senhor Ministro da Educação na condução da pasta no Poder Executivo.

Inserem-se, portanto, os fatos narrados na petição inicial, no contexto de ato praticado por agente da Administração no exercício de suas atribuições, de modo que eventuais danos

dele decorrentes, deverão ser suportados exclusivamente pela União Federal, nos termos do entendimento firmado pela Corte Superior em sede de repercussão geral.

Por outro lado, convém ressaltar que não se aproveitam em favor da pessoa jurídica de direito público, ao menos em relação à questão de ordem atinente à sua legitimidade passiva, os efeitos decorrentes da tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento do RE nº 685.493-SP, também afetado à sistemática da repercussão geral (Tema nº 652).

Versando sobre a hipótese de imunização dos agentes investidos em cargos de representação política no contexto de sua investidura, em analogia à prerrogativa concebida pela Constituição Federal em seu art. 53, *caput*, aos representantes do Poder Legislativo, referida imunidade não assume natureza absoluta, como reconhecido pela própria Corte, esvaindo-se diante da caracterização do dolo manifesto, entre outras situações.

Assim, a questão suscitada atine, essencialmente, ao mérito da demanda, e com este será enfrentada, mais adiante.

Por ora, de rigor o acolhimento da preliminar arguida pelo Primeiro Corréu, em face de quem a presente ação deverá ser extinta e, por seu turno, o reconhecimento da legitimidade passiva da União Federal.

Portanto, superadas as preliminares, presentes as condições da ação e preenchidos os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

A controvérsia nos autos diz respeito à possibilidade de condenação da União Federal à reparação de eventuais danos morais coletivos experimentados pela sociedade em decorrência da entrevista dada pelo Senhor Ministro da Educação ao Jornal “O Estado de São Paulo” na data de 24.09.2020.

A Constituição Federal assegura aos cidadãos, na forma do art. 5º, inciso V, o direito de resposta (proporcional ao agravo) e de indenização em decorrência de danos morais experimentados, tomando por invioláveis, em seu inciso X, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor consagrou no ordenamento jurídico o direito de reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos de seu art. 6º, inciso IV.

Como cediço, o dano moral coletivo pertence a categoria específica de dano, cuja configuração não se restringe aos requisitos tradicionais da reparação do dano moral individual, vinculando-se “(...) à violação injusta, e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas (...)) (detendo a) função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais” (cf. STJ, REsp nº 1.643.365-RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 05.06.2018, DJ 07.06.2018).

Além disso, em razão do fato transpor aos atributos individuais da pessoa humana, inserindo-se no contexto dos valores fundamentais da sociedade, o dano moral coletivo dispensa a comprovação do dano concreto e do efetivo abalo moral, assumindo verdadeira natureza “in re ipsa”.

Confira-se, a esse respeito, o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. OFENSAS À DIGNIDADE DOS INDÍGENAS MEDIANTE PUBLICAÇÃO ESCRITA. GRAVIDADE.

RECURSO MINISTERIAL PARA MAJORAÇÃO DO “QUANTUM”. ACOLHIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A matéria devolvida para apreciação cinge-se à insurgência do MPF em relação ao quantum fixado pela sentença a título de danos morais coletivos (R\$ 2.000,00), nesta ação civil pública pela qual se aponta ofensa, pelo réu, à dignidade da comunidade indígena.

2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Jurisprudência.

3. A Constituição da República, a “Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação” e a Lei 6.001/73 conferem específica proteção à comunidade indígena, para preservação dos respectivos direitos, sendo reconhecidos aos índios, entre o mais, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, direitos originários, bem como a garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

4. Incontroverso nos autos que o réu escreveu e fez publicar no periódico “O Progresso”, veiculado nos dias 27 e 28 de dezembro de 2008, artigo de opinião intitulado “Índios e o retrocesso”, pelo qual deferiu violentas ofensas à dignidade da comunidade indígena, descrevendo-os, em sua generalidade, como “bugrada”, “vândalos”, “assaltantes”, “ladrões”, “malandros e vadios” e “civilização indígena que não deu certo e em detrimento disso foi conquistada pela inteligência cultural dos brancos”.

(...) 6. Apelação ministerial parcialmente provida, para que majorado o dano moral coletivo ao valor de R\$ 5.000,00.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2262981 - 0004327-87.2009.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 13/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019) g.n.

No que tange especificamente aos danos causados pelos agentes da Administração Pública, assim estabelece a Constituição Federal, em seu art. 37, §6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No caso dos autos, debatem-se os efeitos da declaração, proferida a jornal de grande circulação, por agente político a serviço da União Federal, assim descrito na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, os ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”¹ g. n.

¹ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *In*: Curso de Direito Administrativo, 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, págs. 238-239.

É necessário destacar que, no contexto do desempenho de suas funções, as responsabilidades atribuídas aos agentes públicos, aqui incluídos os agentes políticos, produzem contorno especial à liberdade de expressar pensamentos, ideias e informações, retirando-a do patamar em que se encontra o direito assegurado aos cidadãos, submetidos ao regime de direito comum.

De fato, a Constituição Federal garante a membros do Poder Legislativo, em seu art. 53, grau de imunidade material conectada ao desempenho interna corporis de suas atribuições, limitada à prática do ofício parlamentar, tal como na defesa ou contestação de projetos de lei, medidas provisórias, votação orçamentária e fiscalização da aplicação dos recursos públicos.

Não se olvida ainda que, como salientado pela União Federal em sua contestação, há muito se discute a extensão da imunidade material consagrada pela Constituição Federal aos agentes públicos ocupantes dos cargos do Poder Executivo, encontrando-se a questão, hoje, no âmbito do julgamento do RE 632.115-CE, submetido à sistemática da repercussão geral em 23.06.2017 (Tema nº 950), mas ainda sem previsão de inclusão em pauta de julgamento.

Entretanto, ainda que a jurisprudência já existente sobre a matéria declare em favor dos agentes políticos, por analogia, determinado grau de imunidade no exercício de suas funções, também reconhece que referida inviolabilidade não assume status absoluto, devendo ser sopesada, sobretudo, face ao interesse público.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também houve por bem afetar à sistemática da repercussão geral a questão relativa à liberdade de expressão dos agentes políticos na defesa de suas gestões, desta vez no âmbito do julgamento do RE nº 685.493-SP (Tema nº 652), concluindo, em 14.08.2020, pela prevalência do interesse da sociedade.

Confira-se a ementa do julgado:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AGENTE POLÍTICO – HONRA DE TERCEIRO.

Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, da sociedade, não cabendo potencializar o individual.

(RE 685493, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)

Extraem-se do voto condutor, de autoria do Ministro Marco Aurélio Mello, as ponderações destacadas a seguir, porque pertinentes à questão retratada nestes autos:

“(…) É plausível, no contexto da Carta de 1988, reconhecer aos servidores públicos um campo de imunidade relativa, vinculada ao direito à liberdade de expressão, quando se pronunciam sobre fatos relacionados ao exercício da função pública. Essa liberdade é tanto maior quanto mais elásticas forem as atribuições políticas do cargo que exercem.

A proteção desse espaço, que não pode ser qualificado como imunidade absoluta, relaciona-se à importância, para a coletividade, de esses servidores exprimirem a própria visão e conhecimento sobre a condução dos negócios públicos.

A imunidade relativa dos agentes políticos está circunscrita aos casos em que puder ser reconduzida, ainda que de modo ténue, ao exercício da função pública. Naturalmente, não de ser excluídos os casos de dolo manifesto, ou seja, o deliberado intento de prejudicar outrem. No mais, as afirmações equivocadas, quando assim provadas, são inevitáveis em um debate livre e também devem ser protegidas para que a liberdade de expressão tenha vez na ordem constitucional brasileira.” g. n.

Assim, ao conjugar os entendimentos firmados pela Corte Superior, verifica-se a responsabilização do agente político, por intermédio da pessoa de direito público competente, quando for possível aduzir de seus pronunciamentos, a violação aos interesses da coletividade.

No presente caso, a parte autora insurge-se contra trechos da entrevista concedida pelo Ministro de Estado (ID nº 41224498), que implicariam na violação à imagem da população LGBTI+, assumindo caráter de discurso de ódio a essa parcela da sociedade.

De fato, a leitura da entrevista, que teve elevada repercussão nacional, evidencia posicionamentos que excedem o limite da opinião pessoal e investe diretamente contra a imagem da população LGBTI+, cuja opção de gênero é repassada ao público como algo anormal e invariavelmente relacionada a ambientes familiares problemáticos.

Transcreve-se da entrevista o trecho seguinte:

“Isso é um vídeo dentro de uma escola pública?

É dentro de uma escola (...). Está no YouTube, é só procurar. E a professora mostrando como é. Dizem que é para proteger gravidez indesejada, mas a verdade é que falar para adolescentes que estão com os hormônios num top sobre isso é a mesma coisa que um incentivo. É importante falar sobre como prevenir uma gravidez, mas não incentivar questões de gênero. Quando o menino tiver 17, 18 anos, ele vai ter condição de optar. E não é normal. A biologia diz que não é normal a questão de gênero. A opção que você tem como adulto de ser um homossexual, eu respeito, não concordo.

A escola é um ambiente com prática de bullying, o que leva, por exemplo, a depressão e outros casos mais graves. Não é importante fazer essa discussão dentro da escola?

Por esse viés, é claro que é importante mostrar que há tolerância, mas normalizar isso, e achar que está tudo certo, é uma questão de opinião. Acho que o adolescente que muitas vezes opta por andar no caminho do homossexualismo (sic) tem um contexto familiar muito próximo, basta fazer uma pesquisa. São famílias desajustadas, algumas. Falta atenção do pai, falta atenção da mãe. Vejo menino de 12, 13 anos optando por ser gay, nunca esteve com mulher de fato, com um homem de fato e caminhar por aí. São questões de valores e princípios.”

Esse posicionamento não é um choque com o seu compromisso de posse de respeitar a laicidade do Estado na sua gestão?

Não. Tem muita gente que não é evangélico que também não aceita isso. É uma pauta da sociedade mais conservadora. Se eu estabelecesse, por exemplo, uma regra ‘não vai dar uma aula se o cara é homossexual’... Temos Estados aí que têm professores transgêneros, isso não tem nada a ver comigo. Não teria influência.

O senhor é contra um professor transgênero na sala de aula?

Se ele não fizer uma propaganda aberta com relação a isso e incentivar meninos e meninas para andarem por esse caminho... Tenho certas reservas.”

(ID nº 41224498, págs. 07-08) g. n.

Evidencia-se, portanto, que as falas proferidas pelo Senhor Ministro da Educação ultrapassam o limite da opinião ocasional, conjugando-se em verdadeira investida contra os cidadãos com identidade de gênero homossexual, a quem destina a pecha de anormais, inclusive do ponto de vista biológico.

Assumem, como bem mencionado pelo Ministério Público Federal, contornos de discriminação e preconceito, visando a marginalização de parcela da população em prol de supostos “princípios e valores” assumidos.

Posturas dessa natureza tendem a desestabilizar a paz social e correm à contramão da evolução política e jurídica referente às conquistas sociais dos últimos anos, implicando em violação direta às garantias constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Importa ressaltar que o processo de evolução da proteção aos direitos humanos exsurge, justamente, da necessidade de se salvaguardar a identidade e a autonomia dos cidadãos em relação ao próprio Estado, assegurando, de maneira integrada, o exercício dos demais direitos sociais e políticos.

A esse respeito, confira-se a lição da Professora Flávia Piovesan:

“Sob o prisma jurídico, percebe-se que a primazia da pessoa, fundada na dignidade humana, é resposta à aguda crise sofrida pelo positivismo jurídico. Tal crise é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Estes movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luis Roberto Barroso. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Neste mesmo sentido, ressalta-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da ‘banalidade do mal’, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge grande crítica e repúdio à ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua.

Para Kant, as pessoas e, em geral, qualquer espécie racional devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados ‘coisas’, substituíveis por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados ‘pessoas’ porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco.

(...) Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal de moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações dos seres racionais. Para ele, o imperativo categórico universal dispõe: aja apenas de forma que sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal.

Além de afirmar a universalidade dos direitos humanos, a Declaração Universal acolhe a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos, a partir de uma visão integral de direitos. A garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”²

Não verifico, ademais, plausibilidade na alegação no sentido de possível “excludente de ilicitude”, visto que o discurso consistia em “prestação de contas à sociedade a respeito das atividades e da orientação política da pasta ministerial” (ID nº 45568176, pág. 06).

Em verdade, a situação se reveste de maior gravidade justamente pelo fato de se tratar de ato praticado por Ministro de Estado, a quem compete, institucionalmente, o estabelecimento de políticas públicas para a erradicação das diversas formas de discriminação ainda presentes na sociedade.

2 PIOVESAN, Flávia. In “Manual de Direitos Difusos”, coordenado por Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: Verbatim, 2009, págs. 557-559.

Sobre o tema em debate, confirmam-se, ainda, os entendimentos firmados pela jurisprudência dos nossos Tribunais:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL. DISPENSABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. APELAÇÃO. PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA. OFENSA À DIGNIDADE DE COMUNIDADE INDÍGENA. MENSAGENS DICRIMINATÓRIAS E ESTIGMATIZANTES. DISCURSO DE ÓDIO (HATE SPEECH). TRANSGRESSÃO DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EQUACIONAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COLIDENTES. PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA DA TUTELA À DIGNIDADE HUMANA E AO PLURALISMO DEMOCRÁTICO. DANOS MORAIS COLETIVOS. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO. LESÃO CONFIGURADA. REPARAÇÃO. FUNDO DE REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS LESADOS. QUANTIFICAÇÃO. GRAVIDADE DA LESÃO. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO MINISTERIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A matéria controvertida na lide cinge-se, essencialmente, à apreciação acerca da configuração de violação, pela parte ré, aos limites do direito à liberdade de expressão (art. 5º, inc. IV e IX, e art. 220, da Constituição da República), de modo a caracterizar-se hipótese justificadora de legítima restrição à manifestação de pensamento, em prol da tutela do direito à dignidade humana e à não-discriminação.

2. Incabível o acolhimento do agravo retido interposto pelo Ministério Público Federal para fins de produção de prova testemunhal. Consoante sedimentado entendimento jurisprudencial, o dano moral coletivo – passível de configuração em hipóteses em que se consubstanciam graves lesões a valores fundamentais titularizados pela coletividade – é aferível *in re ipsa*, dispensando, por conseguinte, a demonstração de prejuízos concretos. Precedentes.

3. A aferição da indispensabilidade da produção probatória pleiteada deve se dar à luz da natureza da tutela postulada. No caso, o reconhecimento da injusta lesão à esfera moral da coletividade se configura como decorrência direta da demonstração de que o discurso veiculado na obra de autoria do Réu propaga uma mensagem de ódio e intolerância a uma minoria estigmatizada, excedendo os limites da liberdade de expressão. Uma vez comprovado tal fato, deflui do ato ilícito o dever à reparação pelos danos morais coletivos causados, em relação aos quais não se faz necessária a demonstração do efetivo abalo moral sofrido pelos membros da comunidade atingida.

4. A pretensão autoral funda-se no caráter ilícito e lesivo de mensagem veiculada por meio de filme produzido pelo Réu, para cuja reparação busca-se a obtenção de provimento jurisdicional que condene o Requerido ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais coletivos, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser recolhida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados (art. 13, da Lei 7.347/85).

5. A análise do conteúdo da obra, notadamente por força do teor dos diálogos expostos ao longo do seu roteiro, assim como pela forma de caracterização do único personagem indígena a figurar no filme, permite inferir a construção de um discurso veiculado com o fim de transmitir ideais preconceituosos e de ódio étnico, atentatórias à dignidade da comunidade indígena. As manifestações explicitadas pelos personagens conduzem à formação de uma concepção discriminatória etnocêntrica, direcionada à violação de bens jurídicos atinentes à esfera extrapatrimonial de determinada minoria étnica.

6. O discurso de ódio (hate speech) consubstancia-se em forma de vulneração do princípio da igualdade e, por conseguinte, da dignidade humana, que se materializa por meio da propagação de mensagens atentatórias a valores coletivos de grupos minoritários e estigmatizados. Trata-se de prática lesiva à dignidade da pessoa humana, cuja vedação legitima-se com fulcro na tutela da isonomia em sentido material e de direitos fundamentais correlatos.

7. A igualdade implica no direito ao reconhecimento e ao respeito para com as minorias, sua identidade e suas diferenças. O fundamento constitucional deste plexo de direitos decorre di-

retamente dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. IV), com base nos quais impõe-se ao Estado o dever de eliminação de todas as formas de preconceito e discriminação.

8. A situação analisada deve ser apreciada sob o prisma da colisão entre direitos fundamentais, na qual se encontra em conflito, por um lado, o direito à manifestação de pensamento do Réu, materializado na mensagem veiculada no filme por ele produzido, e, por outro, a dignidade do grupo ao qual a obra faz referência.

9. A controvérsia subjacente à lide envolve, *prima facie*, o direito à liberdade de expressão do Réu, materializado no discurso veiculado no filme por ele produzido. O prosseguimento no exame dos interesses em colisão conduz, porém, à conclusão no sentido da existência de um limite externo ao direito do Recorrido, originado de outro direito constitucionalmente tutelado, qual seja, a dignidade humana e o direito ao reconhecimento e à não-discriminação da comunidade atingida pela mensagem veiculada na obra do Requerido. Em vista dos valores envolvidos, o critério da proporcionalidade enseja a conclusão de que, em uma ponderação em sentido amplo, impõe-se, justificadamente, a limitação à liberdade de expressão.

10. Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, mormente em uma sociedade pluralista, devendo tal direito encontrar limites em face de valores outros, como a dignidade e a igualdade. Enquanto exigência elementar do sistema democrático, a liberdade de expressão do indivíduo não deve resguardar atos atentatórios à dignidade de outros, tais como a intolerância racial e o estímulo à violência, sob pena de se malferir outros bens jurídicos de estatura constitucional. Precedentes.

11. A interdição do discurso de ódio na esfera pública legitima-se com base no fato de que a propagação de mensagens de intolerância e discriminação promove o banimento de grupos minoritários do âmbito do processo político voltado ao entendimento público e ao equacionamento de diferenças culturais. O *hate speech* não contribui para o aperfeiçoamento de um debate racional construtivo, mas, ao contrário, provoca a desestruturação de suas bases, de modo que a sua proibição constitui forma legítima de preservação de um cenário público propício à tomada de decisões consensualmente estruturadas pela coletividade.

12. A responsabilização pelo exercício abusivo do direito à liberdade de expressão encontra respaldo em diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13.5) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19.3).

13. A obrigação reparatória constitui decorrência direta do ato ilícito (art. 186, do Código Civil) e do princípio *neminem laedere*. No caso, busca-se a compensação pecuniária a danos provocados à esfera de direitos extrapatrimoniais de uma coletividade, encontrando-se tal pretensão em consonância com o entendimento jurisprudencial amplamente dominante, firmado no sentido da possibilidade de configuração e responsabilização por danos morais de natureza transindividual. Enunciado 456, da V Jornada de Direito Civil. Precedentes.

14. O discurso transmitido na obra de autoria do Réu propaga uma mensagem dotada de conteúdo que excede aos limites do exercício da liberdade de expressão, impondo-se a responsabilização por sua veiculação, em resguardo à proteção dos direitos fundamentais violados e, em sentido amplo, ao funcionamento de todo o processo democrático. Trata-se de hipótese de responsabilidade civil por dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*.

15. Para fins de parametrização da compensação pecuniária por danos morais, é necessário ter em perspectiva que a responsabilidade civil deve servir de instrumento idôneo à consecução de funções múltiplas, dentre as quais se compreendem a reação ao ilícito; a restituição ao status quo ante; a reafirmação o poder sancionatório estatal; bem como o desestímulo à conduta lesiva.

16. A quantificação do valor a ser indenizado deve se orientar em conformidade com os vetores interpretativos das funções da responsabilidade civil, bem como pelas particulares circunstâncias do caso concreto. Em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao entendimento de que a condenação deve também apresentar como função a

sanção do autor do ato ilícito, de forma a desestimular a sua repetição, comporta procedência a pretensão autoral, para o fim de condenar a parte ré ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais, fixada no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

17. Negado provimento ao agravo retido e dado provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, para julgar procedente a pretensão autoral e condenar o Réu ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais coletivos, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser recolhida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, incidindo correção monetária desde a data do arbitramento (Enunciado nº 362, da Súmula do STJ) e juros moratórios desde o evento danoso (Enunciado nº 54, da Súmula do STJ), observada a aplicação dos índices previstos no manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal (atualizado pela Resolução nº 267/2013), bem como para determinar a reversão, também em favor do aludido Fundo, dos valores dos ingressos eventualmente vendidos para apresentações do referido filme.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000435-70.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 12/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/05/2020) g. n.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER À DIGNIDADE, À HONRA E À IMAGEM. LETRA DA MÚSICA “TAPINHA”. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA. LIMITES. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. DANO MORAL DIFUSO. RESPONSABILIDADE.

1. Não cabe ao Judiciário decidir o que é e o que não é cultura, nem tampouco exercer controle de conteúdo ou qualidade de músicas criadas e reproduzidas no nosso meio cultural, mas, sim, aferir se há ou não abuso no exercício da liberdade de expressão artística, em face de outros direitos igualmente fundamentais.

2. Da mesma forma, não há direitos fundamentais absolutos, ou mesmo autorização para o cometimento de abuso no exercício de liberdades constitucionais ou apologia a comportamentos ilícitos em manifestações populares.

3. Não há que se vislumbrar qualquer eiva aos princípios constitucionais da democracia e do Estado de Direito na ação que visa a responsabilizar excessos de linguagem. Inviável utilizar-se do emblema “censura” como carta de alforria absoluta, arvorando-se o direito de veicular sons e imagens sem qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva e atendimento ao bem-estar geral.

4. Se até mesmo uma lei especial (Lei Maria da Penha) e investimentos de conscientização se fazem necessários, porque persiste enraizada na sociedade brasileira inconcebível violência contra a mulher, nessa perspectiva, músicas e letras como “Tapa na Cara” e “Tapinha” não se classificam como simples sons de gosto popular ou “narrativas de relações privadas íntimas” ou “manifestação artística” de prazer feminino masoquista, mas, ao revés, abominável incitação à violência de gênero ou aval a tais criminosas e nefastas condutas, ao transmitir a jovens e público em geral a noção errônea de que a regra é a mulher gostar de sofrer.

5. Assim como deve ser respeitada a diversidade cultural e permitida a livre difusão de ideais e expressões artísticas, também deve ser combatida qualquer forma de violência concreta ou simbólica (humilhação), que é - se não estimulada - pelo menos retratada em canções. Deve-se, portanto, atentar para as ilegalidades que porventura permeiam as músicas, sem criticá-las pela mera crítica, de gosto pessoal. É preciso perceber que, por repetições, rimas e outras técnicas musicais, incutem-se em crianças, adolescentes, jovens e adultos estereótipos de gênero negativos, que reproduzem e perpetuam as relações culturais/sociais assimétricas que se busca em vão eliminar.

6. Em uma sociedade igualitária ideal, as letras poderiam ser interpretadas como o livre exercício de preferências pessoais, de pedir ou não ao companheiro um “tapa na cara”, ou

de concordar que “um tapinha não dói”. Entretanto, em uma sociedade em que as relações entre os gêneros são assimétricas, a mensagem das canções é a de que a mulher é inferior e subjugada ao homem (e gosta disso), que esse é o lugar (relacionada ao gênero) que ocupa no âmbito coletivo (inferioridade), reafirmando a cultura vigente de dominação masculina.

7. O Estado não se pode furtar de contribuir para a eliminação de todo e qualquer tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.

8. É possível o reconhecimento da ocorrência de dano *in re ipsa* e a condenação ao pagamento de indenização por danos à coletividade em sede de ação civil pública.

9. É desnecessária a produção de provas para comprovar que a música é discriminatória. Não é caso de se esmiuçar fatos. O dano moral é, no caso, presumido. Não importa se a menina se sente ou não ofendida, mas a mensagem que é veiculada na sociedade, e, no caso, esta mensagem é nefasta. O dano é difuso. O psicólogo Steven Pinker, da Universidade Harvard, compara a música a uma “guloseima auditiva”, feita para “pinicar” áreas cerebrais envolvidas em funções importantes (Como a mente funciona. Companhia das Letras, 1998). Sabemos que as músicas “entram na cabeça” e os refrões são lembrados com mais facilidade do que qualquer texto. Não é por outro motivo que as religiões, ao longo dos séculos, utilizaram músicas para catequizar. A música já foi usada para taldar a realidade, em campos de concentração, para estimular o aprendizado em letras, contendo o alfabeto, ou por exércitos em canções patrióticas que dão ânimo aos lutadores. Não há necessidade de demonstrar o poder que a música tem. (TRF4, EINF 0001233-21.2003.4.04.7100, SEGUNDA SEÇÃO, Relator para Acórdão LUÍS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE, D.E. 30/10/2015) g. n.

Dessa forma, em face da gravidade do conteúdo proferido pelo Ministro da Educação, na entrevista concedida na data de 20.09.2020, resta configurado o dano moral coletivo, como aduzido pelas associações autoras, bem como o dever da União Federal em repará-lo.

No que diz respeito à fixação da indenização por dano moral, segundo jurisprudência consolidada, deve o Juiz, ao arbitrá-la, levar em consideração as circunstâncias da causa, como a intensidade da culpa do agente, a gravidade, extensão e a repercussão da ofensa, bem como a condição social, educacional, profissional e econômica do ofendido, de forma que tal valor não seja ínfimo, para não representar ausência de sanção efetiva ao ofensor; nem excessivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Tal fixação deve orientar-se, portanto, pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moderação.

Pelas razões apresentadas, considerando tratar-se de dano moral coletivo, a indenização correspondente deve possuir o caráter compensatório, a fim de reparar o dano sofrido que a conduta ilícita causou à coletividade, além de atuar como medida pedagógica, de prevenção a reiteração da prática censurada.

Desse modo, entendo, neste caso, razoável a fixação da condenação em indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que serão revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto:

1] JULGO EXTINTA A AÇÃO, sem resolução do mérito, em face do corréu **MILTON RIBEIRO**, em razão do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, nos termos do art. 485, inciso VI do Código de Processo Civil; e

2] *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO*, condenando a União Federal ao pagamento de indenização como forma de reparação pelos danos morais coletivos, que ora arbitro em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Sobre o valor da indenização incidirão juros legais de mora (artigo 406 do Código Civil) desde a data do evento danoso, qual seja 24.09.2020, bem como correção monetária, desde a data do arbitramento, segundo os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

Anote-se ainda que os valores relativos à indenização por danos morais coletivos serão revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, em atenção ao que estabelece o art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

Sem condenação no pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, a teor do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 496, I do CPC, c/c art. 19 da Lei nº 7.347/85.

P. R. I. C.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR



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 JUÍZADOS 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 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 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