



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0008390-26.2012.4.03.6108
(2012.61.08.008390-3)

Apelante: VIASEG MONITORIA 24HS LTDA.
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 2072448
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. GARANTIA. CONDIÇÃO PREVISTA NO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

1. A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, por parte daqueles que afluem à disputa.
2. Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo.
3. *In casu*, pretende-se afastar condição prevista em edital de licitação consistente na prestação da garantia de execução do contrato equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de vinte e quatro meses.
4. O art. 56, § 2º, da Lei 8.666/93 autoriza a exigência da garantia tal como solicitada no edital, ou seja, sobre o valor do contrato.
5. A alteração do valor da garantia contratual após o aperfeiçoamento da licitação, como observado pelo juiz singular, “representaria grave afronta à leal concorrência, pois não foi conferida aos demais licitantes a possibilidade de apresentar suas propostas excluindo o preço correspondente às unidades da CEF ainda inauguradas.”
6. Honorários advocatícios mantidos, nos termos da sentença.
7. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta com o objetivo de obter a declaração de nulidade da exigência de garantia no valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato de prestação de serviços firmados com a ré.

Requer, ainda, a fixação em 5% do montante em execução do contrato, no valor máximo de R\$ 316.329,65 (trezentos e dezesseis mil, trezentos e vinte e nove reais e sessenta e cinco centavos), o valor da garantia referente ao período de vigência inicial do contrato.

Sustenta a autora ser vencedora do Pregão Eletrônico nº 068-7063/2012 para a prestação de serviços de instalação e locação e sistemas de alarmes em unidades da CEF localizadas no interior de São Paulo.

Narra ter sido compelida a incluir na proposta de preço serviço a ser realizado em quatrocentas e seis agências bancárias já existentes e, ainda, em outras duzentas e dezessete a serem inauguradas.

Afirma que, após a conclusão do certame, foi convocada para assinatura do contrato, sendo exigida a garantia de 5% (cinco por cento) do valor estimado no instrumento, ou seja, R\$ 545.299,97 (quinhentos e quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos), computando-se neste preço os serviços a serem prestados em agências por inaugurar.

Alega a autora ser excessivo o montante exigido como garantia, por não corresponder à realidade econômica do contrato e afrontar ao limite estabelecido no art. 56, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 316.329,65.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido.

Citada, a Caixa Econômica Federal contestou o feito, manifestando-se a autora acerca da defesa apresentada.

Informaram as partes não ter outras provas a serem produzidas.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em apelação, a autora pleiteou a improcedência do pedido ou, ao menos, a redução da verba honorária.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

A polêmica central do presente feito situa-se em torno da verificação da possibilidade de alteração do valor da garantia contratual posteriormente ao aperfeiçoamento de licitação.

A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, por parte daqueles que afluem à disputa.

Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo.

A respeito do tema, oportuna a lição de Marçal Justen Filho, cujas palavras peço vênia para reproduzir:

Cada parte do contrato administrativo tem o dever de cumprir suas prestações na forma, no tempo e no lugar previstos no contrato. Como já apontado, aplica-se a regra do *dies interpellat pro homine*, sendo desnecessário um ato formal para constituição em mora do devedor inadimplente. A inexecução contratual acarreta as consequências discriminadas na lei, no ato convocatório e no contrato.

O inadimplemento contratual autoriza, conforme o caso, a responsabilização civil, penal e administrativa dos sujeitos responsáveis.

(in *Curso de Direito Administrativo* - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 368)

A Caixa Econômica Federal realizou licitação, na modalidade de pregão eletrônico, com o objetivo de contratar empresa especializada na prestação de serviços de instalação e locação e sistemas de alarmes em suas unidades localizadas no interior de São Paulo, sendo certo que a Viaseg Monitoria 24HS Ltda. ofereceu a melhor proposta e sagrou-se vencedora do certame.

Pretende a autora afastar condição prevista no edital para a assinatura do contrato consistente na garantia de execução do concurso equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de vinte e quatro meses.

Assim dispõe o edital do pregão eletrônico nº 068-7063/2012, no tópico em que interessa ao feito:

14. DA GARANTIA CONTRATUAL

14.1. O vencedor da licitação prestará garantia da execução do contrato, equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de 24 (vinte e quatro) meses;

Conforme se infere, o edital é claro quanto à exigência de apresentação de garantia, no *percentual de 5% sobre o valor total contratado*, sendo requisito para assinatura do contrato, nos termos do item 14.2 do edital.

Por seu turno, dispõe o artigo 56, § 2º, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

[...]

§ 2º. A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

Referido dispositivo legal autoriza a exigência da garantia na forma em que solicitada

pela instituição financeira, ou seja, sobre o valor do contrato.

A alteração do valor da garantia contratual após o aperfeiçoamento da licitação, como observado pelo juiz singular, “representaria grave afronta à leal concorrência, pois não foi conferida aos demais licitantes a possibilidade de apresentar suas propostas excluindo o preço correspondente às unidades da CEF ainda inauguradas.”

Oportuno destacar os ponderados argumentos apresentados pela Caixa Econômica Federal quanto à alteração do valor da garantia, nos termos em que ora postuladas pela autora:

Admitir alterações no valor da garantia contratual neste momento significa atribuir vantagem desleal a essa empresa, vez que a regra não contestada durante a licitação serviu de base para a elaboração das propostas de todas as licitantes.

Ainda, adotar a garantia contratual correspondente ao valor inicial do contrato implicaria na obrigatoriedade de atualização da mesma a cada nova Unidade, inaugurada ou serviço de acréscimo/remanejamento. (fl. 106).

Na hipótese em exame, considerando-se o valor atribuído à causa (R\$ 316.329,65), os honorários advocatícios, fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não se mostram exorbitantes.

Com efeito, o magistrado condenou a autora ao pagamento de honorários em valor certo, inferior ao previsto para as ações declaratórias, não tendo a Caixa Econômica Federal se insurgido contra a sentença.

Destarte, mantida a condenação da autora ao pagamento de verba honorária fixada em R\$ 10.000,00, (dez mil reais), valor que não ultrapassa os 10% sobre o valor da causa, tampouco o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme entendimento esposado pela Sexta Turma deste Tribunal. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO SEM MÉRITO - VERBA HONORÁRIA MAJORADA - APELO PROVIDO.

1. Os honorários advocatícios devem ser majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, limitados a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados a partir da data deste julgamento, em conformidade com a Resolução nº 134 de 21/12/2010 do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento desta Sexta Turma (v.g. AC nº 2008.61.03.000753-7, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 03.02.2011, DJF3 CJ1 de 09.02.2011, p. 224), levando-se em consideração o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, e à luz dos critérios apontados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

2. Apelo provido.

(TRF3, AC 0012736-74.1994.4.03.6100, relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, e-DJF3 Judicial 1: 02/08/2013)

9. De acordo com o § 4º, art. 20, do Código de Processo Civil, nas causas, dentre outras, em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixadas consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa.

10. Mantida a r. sentença que, acertadamente fixou a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, tendo em vista o trabalho despendido pelo autor, bem como a natureza e o valor atribuído à causa e consoante entendimento desta E. Sexta Turma.

[...]

(TRF3, AC 0002100-10.2008.4.03.6116, relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1: 12/04/2012)

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ITR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA.

I- Nos termos do *caput* e §1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

II- A decisão monocrática está em absoluta consonância com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

III - Tratando-se de demanda em que o Autor objetivava a anulação de débito fiscal, de rigor sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, à luz do § 4º, do art. 20, do CPC, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado em consonância com a Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento da 6ª Turma desta Corte, para as ações declaratórias em geral (v.g. AC nº 0061914-55.1995.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 30.09.10, v.u., DJF3 08.10.10, p. 1114).

IV - Inexistência de elementos novos capazes de modificar o entendimento adotado por esta Relatora no momento em que proferida a decisão monocrática.

V - Agravo Legal improvido.

(TRF3, APELREEX 0001331-28.2010.4.03.6117, relatora Desembargadora Federal Regina Costa, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 20/09/2012)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

0022962-75.2012.4.03.0000

(2012.03.00.022962-3)

Impetrante: DAVI GUIMARÃES E GARCIA DE CARVALHO

Impetrado: PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

Litisconsortes Passivos: UNIÃO FEDERAL, VANESSA FAGUNDES DOS SANTOS, FABIANA DA SILVA CHIARELLI SAID E OUTROS(AS)

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: MS 339023

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2016

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS. CONVOCAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS E APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

- Conforme disposto no Capítulo XV do Edital de Abertura do concurso público para cargos do quadro permanente de pessoal desta Corte e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, item 1, o provimento dos cargos fica sempre “a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório”, prescrevendo o subitem 1.1 que “A Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região reserva-se o direito de proceder às nomeações em número que atenda ao interesse e às necessidades do serviço, de acordo com a disponibilidade orçamentária e o número de vagas existentes”.

- Inexiste direito subjetivo à nomeação do candidato simplesmente porque convocado para a realização de exames admissionais, ou até mesmo diante de providências outras como a apresentação de documentos e preenchimento de material intitulado kit-nomeação, procedimentos que vão ao encontro do previsto na normatização que rege o processo de escolha em questão.

- O candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito a ser nomeado, na hipótese de a sua classificação ter excedido o número de vagas previstas no edital.

- A pretensão do *writ* também não pode ser atendida em razão da ausência de vagas suficientes na Unidade Administrativa de Campinas, consoante destacado nas informações prestadas pela autoridade impetrada, que mencionou, com detalhes, as vagas preenchidas, demonstrando a inexistência de vaga de Analista Judiciário - Área Judiciária capaz de atender à demanda do impetrante, 42º colocado da lista regional, e 397ª colocado na lista geral, ou mesmo dos litisconsortes citados.

- Quanto às 11 (onze) vagas de Analista Judiciário, que “*originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/2009, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014*”, e que competia “ao Conse-

lho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que foi efetuado por meio da Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado”, as 5 (cinco) vagas reclamadas pelo impetrante seriam preenchidas apenas em 2013, com a instalação de 3 (três) Varas Federais nesse ano, e em 2014, com a instalação de 1 (uma) Vara Federal na Unidade Administrativa de Campinas.

- Ausentes cargos a serem preenchidos, em condições de receber nomeação, quando transcorreram os dois anos da prorrogação do prazo do concurso, a impetração não tem como ser acolhida, quer seja em relação à pretensão do impetrante, quer seja quanto aos demais litisconsortes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora).

São Paulo, 09 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Mandado de segurança impetrado por Davi Guimarães e Garcia de Carvalho em 31 de julho de 2012 contra ato do Desembargador Federal Presidente desta Corte, o qual, segundo alega, no âmbito de concurso público para provimento de cargos dos Quadros Permanentes de Pessoal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, realizado no ano de 2007, ao final do certame deixou de nomeá-lo para o cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária.

Narra, o impetrante, ter se classificado em 42º lugar entre os candidatos inscritos e aprovados para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de Campinas. Que, tendo em vista a existência de apenas uma vaga para a Unidade Administrativa de Campinas, aguardou a sua nomeação “à medida que os cargos viessem a vagar ou fossem criados durante o prazo de validade do concurso, nos termos do Edital”. Que, em dezembro de 2010, foi chamado “para a realização de exames admissionais ‘destinados ao provimento de vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região’”.

Afirma que foi considerado apto em relação aos exames médicos, psicotécnicos e psicológicos e, ainda, ter recebido “uma lista na qual constavam 31 (trinta e um) documentos relacionados para a posse”, como, por exemplo, fotografia, currículo e certidões pessoais diversas. Embora tenha entregue tais documentos, não teve sua nomeação publicada no Diário Oficial da União.

Sustenta, em apertada síntese, que “no Edital de Abertura os exames admissionais estão tratados no capítulo que disciplina os procedimentos para o provimento do cargo - antecedidos pelos capítulos que tratam do julgamento das provas objetivas e discursivas, classificação dos candidatos, divulgação do resultado e dos recursos - evidenciando, de modo incontestado, ser a convocação para a realização dos exames o procedimento prévio para a efetiva nomeação dos

candidatos, que abrange apenas os candidatos aprovados em relação aos quais a Administração demonstra necessidade de nomeação”, pois, afinal, “a convocação para exames admissionais não é mais uma fase do concurso, como quer fazer crer o Impetrado, mas sim procedimento prévio ao efetivo provimento das vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região” (fls. 07/08).

Alega que “o Princípio da Legalidade impõe à Administração Pública a vinculação de seus atos às normas legais, sendo o edital elemento de observância obrigatória tanto para os candidatos que desejam ingressar no serviço público, como para a Administração Pública que deseja contratar os mais qualificados” (fl. 08).

Que “a convocação para os exames significa incontestável início do procedimento de admissão, tanto que recebe o nome de ‘exames ADMISSIONAIS’. Não sem razão o item 1.1.1 do edital de abertura do concurso fala em ‘convocações preliminares à nomeação’” (fl. 10); que “a mera expectativa de direito se convola em direito subjetivo à nomeação, se a administração demonstra inequívoca intenção de prover a vaga” (fl. 19), pois apenas alguns candidatos aprovados no certame, dentre os quais o impetrante, foram convocados para os exames admissionais; e que “o sítio eletrônico do TRF, no link transparência, informava a existência de sessenta e cinco vagas em aberto no mês de maio de 2011, para o cargo de analista judiciário”, demonstrando que existiam vagas ociosas e aptas a serem providas (fl. 21).

Conclui, dessa forma, ser “de todo ilegal, convocar para exames médicos o candidato, ora Impetrante, solicitar dele que providencie mais de trinta documentos e/ou certidões, alertando-o de que tudo deve ser feito com altíssimo grau de brevidade, para após mais um ano, expirado o prazo fatal de validade do certame, não concretizar a sua nomeação”, porquanto “o Estado não pode brincar com o cidadão” (fl. 22).

Que “o direito líquido e certo não advém do direito subjetivo à nomeação do aprovado dentro do número de vagas oferecida no certame, conforme já estabeleceu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas do ato da Administração Pública consubstanciado no Edital nº 41/2010 - SULD/NUAF, de 06 de dezembro de 2010, que convocou o Impetrante para comparecer na Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo para a realização de exames admissionais ‘destinado ao provimento de vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região’, determinando, inclusive, a apresentação de diversos documentos e exames” (fl. 23).

Assim, “a publicação desse edital faz crer que há cargos vagos e que a Administração necessita supri-los. Mais do que isto, demonstrou o efetivo interesse da Administração na nomeação dos convocados, exigindo-lhes a apresentação de diversos exames e documentos, incluindo a entrega de foto para a confecção de carteira funcional. Em outras palavras, a Administração obriga-se a investir o Impetrante no cargo público a partir da publicação desse instrumento convocatório, pois vinculada ao motivo do ato” (fl. 23).

Requer “lhe seja concedida a MEDIDA LIMINAR, inaudita altera parte, para determinar a imediata nomeação do convocado para o cargo para o qual fora considerado apto em procedimentos preliminares à nomeação e posteriores, portanto, às fases do concurso para o qual fora aprovado”, e, ao final, “concedida a SEGURANÇA, para determinar que a autoridade coatora nomeie, em definitivo, o Impetrante para o cargo de analista judiciário, área judiciária, para a Unidade Administrativa de Campinas” (fl. 26).

Informações solicitadas à autoridade impetrada (fl. 92) e encartadas às fls. 95/106 (docs. às fls. 107/176), de lá extraindo-se conclusão no sentido de que “a inexistência de claros de lotação na Unidade Administrativa de Campinas não permitiria a nomeação da impetrante

sem que isso, ademais, significasse a subversão da ordem classificatória, vedada pelo artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, haja vista que restariam ainda 09 (nove) candidatos aprovados em melhor posição”.

Expedido o necessário à integração dos demais colegitimados, em atendimento à determinação de fl. 178 – “Providencie o impetrante a citação dos litisconsortes Eduardo Marcondes Riqueza, Marina Calille Sanches, Ariadne Bakri, Sandra Vilma da Silva Conceição, Elvira Becker Tagliarini, Francisco de Paula Vitor Santos Pereira, Fabiana da Silva Chiarelli Said, Maria Gisela Batista Okida e Vanessa Fagundes dos Santos, no prazo de 15 (quinze) dias.”-, Vanessa Fagundes dos Santos, citada regularmente (fl. 210), peticionou informando que “é também impetrante de mandado de segurança registrado sob nº 2012.03.00.016011-8, autuado em 28/05/2012, visando sua nomeação para analista judiciário no polo de Campinas, referente ao mesmo concurso objeto destes autos” (fls. 212/213).

Decisão às fls. 261/263vº, determinando a redistribuição do presente *writ* “por dependência ao Mandado de Segurança de reg. nº 0016011-65.2012.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, obedecendo-se ao critério da prevenção, a teor do disposto no artigo 15, *caput* e § 1º, do Regimento Interno desta Corte”.

Redistribuídos os autos (fl. 316), acabou suscitado “conflito de competência a ser dirimido pelo E. Órgão Especial” (fls. 317/319vº).

Despachos às fls. 326 e 343, proferidos pelo Desembargador Federal Fábio Prieto, Relator à ocasião do conflito de competência, designando “a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (artigo 120, do Código de Processo Civil)”, bem como determinando “a extração integral de cópias do feito”, que “autuem-se as cópias como conflito de competência” e que “o Mandado de Segurança deverá ser encaminhado à Desembargadora Federal designada para medidas urgentes”.

Os litisconsortes Sandra Vilma da Silva Conceição, Eduardo Marcondes Riqueza, Elvira Becker Tagliarini, Fabiana da Silva Chiarelli Said, Maria Gisela Batista Okida, Ariadne Bakri e Marina Calille Sanches foram regularmente citados (fls. 207, 304, 306, 307vº, 399 e 423), sendo que Fabiana da Silva Chiarelli Said peticionou para integrar a lide (pólo ativo), “reiterando todos os termos e requerimentos da exordial” (fl. 320), e Ariadne Bakri requereu “o ingresso da Peticionária para integrar o polo ativo da presente ação” e, ao final, “CONCEDIDA A SEGURANÇA, para determinar que a Autoridade Coatora nomeie, em definitivo, pelo menos 5 (cinco) dos próximos classificados, incluindo-se a Peticionária” (fls. 401/405).

Parecer da Procuradoria Regional da República às fls. 469/474, assim sintetizado:

(...) tendo em vista que a realização de exames admissionais configura mera expectativa de direito à nomeação, o que se pretende dizer é que *há direito subjetivo à nomeação dos cinco candidatos melhor classificados, o que não abrange todos os candidatos que integram a presente lide.*

Desse modo, no caso concreto, possuem direito subjetivo à nomeação os candidatos Eduardo Marcondes Riqueza (33º colocado), Marina Calille Sanches (34ª colocada), Ariadne Bakri (35ª colocada), Sandra Vilma da Silva Conceição (36ª colocada) e Elvira Becker Tagliarini (37ª colocada).

Por todo o exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão parcial da segurança, nos termos acima expostos.

O litisconsorte Francisco de Paula Vitor Santos Pereira, citado por edital (fls. 523/534vº),

deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para manifestação (certidão de fl. 525).

Pedido de liminar indeferido às fls. 526/528.

Às fls. 529/535, juntada cópia do inteiro teor do acórdão proferido pelo Órgão Especial nos autos do Conflito de Competência de reg. nº 2013.03.00.006012-8, que, em 26.11.2014, decidiu competir a esta desembargadora relatar o presente feito.

Manifestação da União Federal (artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009) às fls. 548/549. É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Sem sucesso a pretensão aqui desenvolvida, sendo de rigor, no exame das razões que motivaram a insurgência pela via mandamental, a aplicação dos fundamentos trazidos na decisão de fls. 526/528, à ocasião do indeferimento do pedido de liminar constante da inicial do mandado de segurança, formulado para o fim de ver alcançada “a imediata nomeação do convocado para o cargo para o qual fora considerado apto em procedimentos preliminares à nomeação e posteriores, portanto, às fases do concurso para o qual fora aprovado” (fl. 26).

Confira-se, a propósito, *in verbis*:

Em discussão, concurso público para cargos do quadro permanente de pessoal desta Corte e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, cujo provimento, conforme disposto no Capítulo XV do Edital de Abertura, item 1, fica sempre “a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, *desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório*, a serem realizados por profissionais do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região e/ou profissionais especializados, credenciados pela Administração dos referidos Órgãos”, prescrevendo, ainda, o subitem 1.1, que “A Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região reserva-se o direito de *proceder às nomeações em número que atenda ao interesse e às necessidades do serviço, de acordo com a disponibilidade orçamentária e o número de vagas existentes*”.

Logo, por aí já se denota a fragilidade do defendido na impetração, de existência de direito subjetivo à nomeação simplesmente porque convocado para a realização de exames admissionais, ou até mesmo diante de providências outras como a apresentação de documentos e preenchimento de material intitulado kit-nomeação, procedimentos que vão ao encontro do previsto na normatização que rege o processo de escolha em questão, nos termos supra. A esse respeito, inclusive, de há muito o Órgão Especial já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que “a convocação para os exames laboratoriais, médico e psicotécnico não têm relação com a nomeação e são, em verdade, requisitos dela”; no caso examinado no precedente, tal como aqui, capítulo “do edital do concurso em que o impetrante foi aprovado explicita que os candidatos habilitados seriam chamados na medida das necessidades do tribunal e teriam de se submeter a avaliação física e psicológica, antes de serem admitidos, e que não haveria segunda chamada ou repetição de exames, em nenhuma hipótese, bem como que o retardamento ou não comparecimento implicariam exclusão automática do concurso, qualquer que fosse o motivo alegado” (Mandado de Segurança 270.415/SP, reg. nº 2005.03.00.066763-4, rel. Desembargador Federal André Nabarrete, j. em 30.7.2008).

Ressalte-se, ademais, que a hipótese ora retratada não se assemelha à situação referida na inicial deste *mandamus*, analisada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, pelas 5ª e 6ª Turmas, dos Recursos em Mandado de Segurança 30.881 (rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 10.5.2010) e 30.110 (rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 5.4.2010), ambos originados do mesmo certame, cuja excepcionalidade decorre de que “a publicação de edital convocando os recorrentes para: “(...) tratarem de assunto relacionado ao processo de nomeação nos respectivos cargos efetivos”, determinando, inclusive a apresentação de diversos documentos a esse propósito”, veio precedida de outro edital “para ampliar o número de convocados para a 5ª e última fase do certame (curso de treinamento e formação profissional), aproveitando candidatos regularmente aprovados até a 4ª fase, considerando haver candidatos, em condição sub judice, aprovados em todas as fases do certame e não classificados e, ainda, considerando as decisões judiciais exaradas nos processos nº 2007.0032.0581-7 e nº 2005.0009.8949-7 da 1ª e 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, respectivamente, tornam público, no Anexo único, parte integrante deste Edital, a 2ª RECLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS aprovados no concurso público, regulamentado pelo Edital nº 010/2002, publicado no DOE de 30 de outubro de 2002, destinado ao provimento de cargos de Inspetor da Polícia Civil de 1ª Classe”.

Acresça-se, ainda, consoante asseverado no bojo das informações encartadas às fls. 95/106 (docs. às fls. 107/176), servindo o argumento a afastar a presença do relevante fundamento em relação ao autor originário da impetração, “que o atendimento ao pleito teria como pressuposto a anterior investidura de outros candidatos com melhor classificação que a obtida pelo impetrante, tanto na lista regional, como na geral, nas quais obteve a 42ª (quadragésima segunda) e a 397ª (tricentésima nonagésima sétima) colocações, respectivamente” (fl. 96, verso), de sorte que “a pretensão veiculada não só carece de sustento jurídico, como seu acolhimento implicaria indevida subversão das listas classificatórias, em afronta ao artigo 37, IV, da Constituição Federal” (fl. 97).

De igual modo, tomando-se em consideração a assertiva constante da manifestação da litis-consorte Ariadne Bakri, segundo a qual “há verdadeira confissão do Impetrado às fls. 103v quanto a pelo menos 5 (cinco) vagas a serem preenchidas” (fl. 402), pelo que, “da lista apresentada às fls. 97, pelo menos os 5 (cinco) primeiros classificados deveriam ter sido nomeados, incluindo-se a ora Peticionária, que figura em terceiro desta lista, classificada na 35ª colocação” (fl. 403), tese endossada inclusive no pronunciamento levado a efeito pela Procuradoria Regional da República (fls. 469/474), válida a menção aos esclarecimentos apresentados pela Administração de que “o preenchimento das varas existentes não depende exclusivamente da criação de novos cargos, mas sim da existência de claros de lotação que justifiquem novas nomeações. Nesse sentido, as informações fornecidas pela Seção Judiciária do Estado de São Paulo, extraídas da “Relação Nominal de Servidores - RHRENM”, demonstram a inexistência de claros de lotação naquela Unidade Administrativa a permitir o atendimento da pretensão do impetrante” (fl. 103, verso).

O que significa que, se não existem vagas para preenchimento na Unidade Administrativa de Campinas, não há direito subjetivo que ampare a nomeação de quaisquer dos interessados. Assim, continua, pois, valendo a orientação clássica de que a aprovação em concurso não dá direito à investidura no cargo. Gera mera expectativa de direito à nomeação. Surge o direito quando a Administração manifesta interesse no provimento da vaga, convocando para nomeação. Direito subjetivo do melhor classificado no concurso, de ser nomeado à frente dos que obtiveram notas inferiores. Salvo, evidentemente, aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS, citado até mesmo no bojo da impetração, circunstância que esse exame para fins da viabilidade da medida de urgência requerida permite concluir inexistente no caso presente.

No sentido do exposto, situações análogas têm sido decididas reiteradamente no âmbito deste colegiado, citando-se, a propósito, à guisa de exemplo:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Reconhece-se direito subjetivo à nomeação apenas ao candidato aprovado em concurso público classificado dentro do número de vagas previsto no edital, não estando a Administração Pública obrigada a nomear candidato aprovado fora deste número simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. 2. Convocação para exames admissionais que não gera direito à nomeação. Precedentes. 3. Segurança denegada.”

(MS 0006345-40.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Peixoto Junior, j. em 9.4.2014)

E outro julgado, em que denegada a ordem mandamental justamente em desfavor de Vanessa Fagundes dos Santos, litisconsorte na presente impetração, abaixo ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO AO CARGO. CRIAÇÃO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. REALIZAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Confere-se direito subjetivo à nomeação apenas àqueles aprovados no certame em posição classificatória compatível com o número de vagas previsto no edital. 2. O direito à posse dos aprovados no certame em posição classificatória compatível com o número de vagas previstas no edital subsiste somente no período de validade do certame. 3. As únicas hipóteses de exceção à regra de não vinculação da Administração cingem-se à ocorrência de preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou contratação precária de servidores para as mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento, situações essas não presentes na espécie. 4. Ordem de segurança denegada.”

(MS 0016011-65.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, j. em 14.11.2012)

A reforçar que o pleito de concessão da segurança é desprovido de melhor sorte, válida a menção à existência de outros julgados deste Órgão Especial, todos no mesmo sentido de que o candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito a ser nomeado, na hipótese de a sua classificação ter excedido o número de vagas previstas no edital:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. - A aprovação no limite do número de vagas definido no edital do concurso é que gera o direito subjetivo à nomeação para o cargo. No entanto, relativamente às vagas remanescentes, além daquelas previstas, gera apenas expectativa do direito à nomeação, vez que o interesse do candidato não ultrapassa o poder discricionário da Administração. - Segundo entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de repercussão geral reconhecida no RE 598099/MS, “dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.” (RE 598.099/MS, Plenário, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011). - No caso concreto, as informações prestadas pelo impetrado dão conta que a classificação alcançada pelo impetrante não permitiu sua nomeação dentro do prazo de validade do certame. - Segurança denegada.

(MS 0001600-17.2012.4.03.0000, rel. Desembargadora Federal Marli Ferreira, j. em 10.12.2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA ANALISTA JUDICIÁRIO (EXECUTANTE DE MANDADOS). CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. Além da única vaga contemplada no edital para o cargo de analista judiciário - especialidade execução de mandados - na Subseção Judiciária de Bauru/SP, foram alocadas outras 06 (seis) vagas criadas pela Lei 12.011/2009 (Resoluções nº 443 e 446 do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região), razão pela qual, tendo sido o impetrante classificado na 12ª posição, não tem ele direito subjetivo à nomeação. 2. O Plenário do STF, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou jurisprudência no sentido de quem possui direito subjetivo à nomeação apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. Outros precedentes: ARE 675202 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013 - AI 574052 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2013 PUBLIC 24-04-2013 - RMS 28911, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012. 3. Nesta Corte Especial é esse o entendimento que viceja, conforme precedentes há pouco tempo votados: TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, MS 0022634-48.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 28/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/09/2013 - ORGÃO ESPECIAL, MS 0010155-23.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 10/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/08/2013 - ORGÃO ESPECIAL, MS 0034067-83.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 09/01/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/03/2013. 4. Segurança denegada, sem encargos de sucumbência.

(MS 0002053-12.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Johnson di Salvo, j. em 13.11.2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS VAGAS DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. - Mandado de segurança impetrado contra ato omissivo da Presidência da Corte, que deixou de nomear a impetrante no cargo de analista judiciário - área judiciária do quadro permanente de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em virtude de sua participação em concurso público realizado em 2007, com prazo de validade, após prorrogação, expirado em 02.04.2012. - Não se verifica na hipótese a presença do direito líquido e certo alegado, à míngua de demonstração da possibilidade de nomeação da impetrante, seja a partir da lista geral, seja com base na lista regional. - Conforme informações da autoridade impetrada, nenhuma das vagas surgidas após a realização do concurso poderia ser reivindicada pela impetrante, pois, caso tivessem efetivamente de ser preenchidas por candidatos habilitados no referido concurso, deveriam sê-lo por outros melhor classificados do que ela. - Ainda que assim não fosse, mesmo se houvesse de fato na ocasião do encerramento do concurso vagas em quantidade compatível com a sua colocação nas listas classificatórias, a impetrante não teria direito subjetivo à nomeação, posto ter sido aprovada muito além do número de vagas previsto no Edital. - Em sede de repercussão geral suscitada no RE nº 598099/MS, o C. STF reconheceu o direito de nomeação de candidatos aprovados em concurso público, quando classificados dentro do número de vagas previsto no edital, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Na mesma ocasião, em contrapar-

tida, restou assentada a orientação de que a aprovação do candidato em posição situada fora do total das vagas previstas no edital não gera direito subjetivo à nomeação. - No caso dos autos, a impetrante concorreu ao cargo de analista judiciário - área judiciária e optou no ato de inscrição por disputá-lo na Unidade Administrativa de Ribeirão Preto/SP, onde o Edital ofereceu uma única vaga no cargo pretendido. Em vista da classificação obtida no certame (45º lugar na lista regional da unidade administrativa - Ribeirão Preto/SP, e 319º lugar na lista geral), não conquistou ela o direito subjetivo à nomeação, mas, tão somente, mera expectativa de direito, que só poderia converter-se em efetivo direito subjetivo na presença de hipóteses excepcionais (preterição na ordem de classificação dos candidatos aprovados, abertura de novo concurso público durante a vigência daquele em que se inscreveu, ou contratação comprovada de pessoal em caráter precário ou temporário para as mesmas funções do cargo público por ela disputado) e, no caso em tela, nenhuma dessas hipóteses ocorreu. Precedentes do STJ. - O simples fato de haver sido a impetrante convocada para os exames admissionais e tê-los realizado também não lhe confere o direito à nomeação vindicada, posto tratar-se de mera providência preparatória e assecuratória do pronto provimento dos cargos eventualmente vacantes antes do fim do certame, com previsão nas regras do Edital, inábil, por si só, a gerar o direito subjetivo alegado na inicial. Precedentes desta Corte. - Segurança denegada. (MS 0022634-48.2012.4.03.0000, rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. em 28.08.2013)

Não bastasse a força dos precedentes acima transcritos, cumpre salientar a impossibilidade de atendimento à pretensão ora examinada também porque ausentes vagas suficientes na Unidade Administrativa de Campinas, consoante destacado nas informações prestadas pela autoridade impetrada, que menciona, com detalhes, as vagas preenchidas, demonstrando a inexistência de vaga de Analista Judiciário - Área Judiciária capaz de atender à demanda do impetrante, 42º colocado da lista regional, ou mesmo dos litisconsortes citados.

No que diz respeito ao preenchimento de 29 (vinte e nove) vagas na Unidade Administrativa de Campinas, informou a Administração que 12 (doze) vagas “advieram de cargos criados pela Lei nº 10.772/2003 e 6 (seis) de vacâncias do quadro de pessoal. Quanto às outras 11 (onze), originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/2009, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014”, competindo “ao Conselho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que foi efetuado por meio da Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado”.

Embora tenham sido abertas “16 (dezesseis) novas vagas do cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária, criados pela Lei nº 12.011/09, na Unidade Administrativa de Campinas”, foram instaladas, no ano de 2011, apenas 4 (quatro) Varas Federais nessa Unidade Administrativa, correspondentes às últimas 11 (onze) vagas destinadas aos candidatos aprovados no concurso. As 5 (cinco) vagas faltantes, reclamadas pelo impetrante, seriam preenchidas apenas em 2013, com a instalação de 3 (três) Varas Federais nesse ano, e em 2014, com a instalação de 1 (uma) Vara Federal naquela Unidade Administrativa.

Portanto, sem haver cargos a serem preenchidos, em condições de receber nomeação, quando transcorreram os dois anos da prorrogação do prazo do concurso, a impetração não tem como ser acolhida, quer seja em relação à pretensão do impetrante, quer seja quanto aos demais litisconsortes.

Oportuno ressaltar, por último, que o fato o “Anexo IV - Quantitativo de Cargos Efetivos - Base 31/05/11” registrar a existência de 65 (sessenta e cinco) cargos vagos de Analista Judiciário (fl. 90) não guarda relevância para o caso, não a ponto de justificar a concessão da

ordem mandamental, justamente porque esses cargos referem-se a toda a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, de nada servindo a fundamentar a alegação de que existiam 5 (cinco) vagas na Unidade Judiciária de Campinas, quando feita a impetração.

Posto isso, denego a segurança.

Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/09).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0020193-89.2015.4.03.0000

(2015.03.00.020193-6)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREF4SP

Agravados: SATURNO APRIGIO DE SOUZA E OUTROS(AS)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 565123

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÃO DE CONSELHO DE CLASSE. PRETENDIDA REAPRESENTAÇÃO DE SOLICITAÇÃO DE “ENVIO DE PROPOSTAS” DE UMA DAS CHAPAS CONCORRENTES, NA CONSEQUÊNCIA DO INDEFERIMENTO DA PROPOSTA ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. NÃO HÁ ESPAÇO PARA O PODER JUDICIÁRIO, DIANTE DA COMPETÊNCIA LEGAL E DA PROIBIÇÃO DE SE PORTAR COMO LEGISLADOR POSITIVO, INTERFERIR NOS PROCESSOS ELEITORAIS ALHEIOS. RECURSO DO CREF PROVIDO.

1. Agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo em face de decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela em ação ordinária para determinar para que o réu ora agravante apreciasse, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o novo conteúdo apresentado pela parte autora em 17/07/2015.

2. Consta dos autos que o requerimento de registro da chapa “Democracia no CREF” foi *deferido* pela Comissão Eleitoral, mas após análise das propostas das chapas eleitorais concorrentes que seria enviada ao colégio eleitoral, foi indeferido o envio da proposta apresentada pela agravada tendo em vista a violação do art. 16, § 3º, inciso VI (veiculação de material impróprio, instruções incorretas, conteúdo considerado vexatório e atentatório à imagem do CREF4/SP, dentre outras irregularidades) do Regimento Eleitoral.

3. Insuperável, na via judicial, o indeferimento administrativo da análise pelo Conselho Profissional de uma “nova” proposta eleitoral da chapa “Democracia no CREF”, “nova” proposta que assumiu a feição de uma reapresentação de solicitação de “envio de propostas”.

4. Aproveitada a ocasião regimental para ofertar a proposta eleitoral - *ocasião única para todos os interessados* - com a óbvia ciência do que não poderia ser tratado na tal proposta (§ 3º do art. 16 - fl. 58), não se abriu para a chapa “Democracia no CREF” um novo momento para ofertar a proposta - agora “consertada” de seus vícios - mesmo porque os componentes da tal chapa não manifestaram qualquer inconformismo formal contra a rejeição da proposta originária.

5. Não é dado ao Poder Judiciário interferir nos processos eleitorais alheios para “criar” recursos e/ou ocasiões frutíferas para quem quer que seja, sob o pálio do “devido processo legal”, de forma a “emendar” regimento eleitoral de conhecimento de todos os interessados e em momento algum impugnado por quem tivesse interesse

em emenda-lo.

6. Ao fazê-lo, o Judiciário rompe com o princípio da isonomia, favorecendo uma certa chapa que teve um momento idêntico ao das demais para se adequar aos rigores do procedimento eleitoral; ao romper com a isonomia cancelando um novo momento só para um concorrente, torna-se legislador positivo, o que o Judiciário não pode ser. Nesse sentido rumo a jurisprudência do STF (RE 867468 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015 - ADO 22, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

7. Descabe impor ao Conselho Profissional e à Comissão Eleitoral que avalie a nova proposta ofertada pela chapa “Democracia no CREF”, até porque não se vislumbra qualquer ofensa ao “devido processo legal” no Regimento Eleitoral de fls. 55/62: a uma, porque a negativa feita pelo agravante não importa em perda da liberdade ou de bens (inc. LIV do art. 5º), a duas, porque a situação “sub examine” se desenrola no cenário de um procedimento eleitoral classista, e não em processo judicial ou administrativo onde existe um acusado (inc. LV do art. 5º).

8. A chapa “Democracia no CREF” não está sendo espoliada de sua liberdade ou de bens, tampouco é acusada de coisa alguma de que deva se defender. Logo, o art. 5º, incs. LIV e LV é ininvocável na espécie. Pelo contrário, a determinação judicial ora guerreada é que acabou por romper a isonomia entre os concorrentes.

9. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de decisão (fls. 21/23) que deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela em ação ordinária para determinar para que o réu ora agravante aprecie, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o *novo conteúdo* apresentado pela parte autora em 17/07/2015, nestes termos:

Trata-se de ação sob o rito ordinário, na qual a parte autora requer que o réu aprecie o requerimento de reapresentação de propostas para envio aos profissionais, bem como informe os endereços eletrônicos e físicos de todos os profissionais aptos a votar nas eleições, sob pena de multa diária.

Afirma, em síntese, que o pedido de registro da chapa “Democracia no CREF” foi indeferido, tendo a Comissão Eleitoral indeferido a solicitação de remessa das propostas, por conter material proibido, nos termos do artigo 16, 3º do Regimento Eleitoral.

Alega ter apresentado nova solicitação, eliminando o conteúdo anteriormente considerado irregular, porém a Comissão Eleitoral novamente indeferiu o pedido, alegando que, uma vez encerrado o procedimento de registro, não cabe qualquer reanálise de documentação.

Aduz, ainda, que teve o seu pedido de disponibilização dos e-mails dos profissionais de Educação Física indeferido, em flagrante violação do direito à informação.

A inicial foi instruída com documentos (fls. 15/73).

É o relatório. DECIDO.

No caso em exame, está parcialmente evidenciada a verossimilhança das alegações da parte autora.

Insurge-se a parte autora contra o indeferimento de nova análise das propostas e disponibilização da relação cadastral completa dos inscritos, prejudicando a participação isonômica no processo eleitoral a ser realizado em 16/09/2015.

De acordo com o documento de fl. 59, o réu indeferiu o pedido de nova análise das propostas alegando preclusão do ato de apresentação. Acrescenta que, “(...) A apresentação das propostas é ato acessório ao pedido de inscrição de chapa eleitoral. Uma vez encerrado o procedimento de registro, não cabe qualquer reanálise de documentação, por falta de previsão regimental”. O Regimento Eleitoral (fls. 33/40) prevê, no artigo 11, 3º, que o requerimento de registro de cada chapa deverá ser acompanhado, se do interesse de seus membros, de solicitação de envio de suas propostas aos Profissionais de Educação Física. Do despacho que indeferir o requerimento de registro de chapas caberá recurso a ser interposto pelo representante da chapa ao Presidente da Comissão Eleitoral (artigo 13).

De fato, o Regimento Eleitoral não prevê recurso para os casos de indeferimento das propostas apresentadas pelas chapas.

No entanto, não pode prevalecer o entendimento do réu, no sentido de que não há previsão regimental acerca de reanálise das propostas pela Comissão Eleitoral.

A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, assim como, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Se há expressa previsão regimental de apresentação de recurso, no caso de indeferimento de registro de chapa, não pode o Conselho suprimir a mesma garantia para os casos de indeferimento das propostas apresentadas, sob pena de violação ao princípio constitucional do devido processo legal.

Por outro lado, não merece reparo a decisão do réu que indeferiu o pedido formulado pelos autores, consistente na divulgação da relação cadastral dos inscritos no Conselho.

Como bem observou o réu às fls. 68/70, as informações cadastrais armazenadas no Conselho dizem respeito ao estado e condição dos profissionais registrados, ligados à intimidade, não podendo ser violado, nos termos do artigo 5º incisos X e XII da Constituição Federal.

Dessa forma, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de tutela antecipada, para que o réu aprecie, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o novo conteúdo apresentado pela parte autora em 17/07/2015.

Nas razões do agravo o CREF4/SP sustenta, em resumo, que os agravados, percebendo que o pedido anterior não estava devidamente instruído, apresentaram novo pedido acompanhado de novos documentos, porém de forma extemporânea, motivo pelo qual não foi processado.

Reitera que ao invés de recorrerem da decisão que indeferiu o pedido de veiculação das propostas eleitorais, preferiram os agravados formular outro pedido de encaminhamento de

propostas, com apresentação de novo requerimento acompanhado de novo material publicitário, o que não é admitido pelo regimento.

Tanto assim que por ocasião do segundo pedido, apresentaram “requerimento de reapresentação de solicitação de envio de propostas”, o que mais evidencia o propósito de contornar a preclusão ante a falta de recurso contra o indeferimento do primeiro pedido.

Sustenta que a decisão agravada deve ser reformada, pois tratou de inovar o Regimento Eleitoral do CREF4/SP admitindo a apresentação de interesse de envio de proposta eleitoral em *outra oportunidade*, diversa daquela prevista no seu artigo 11, qual seja, no pedido de registro da chapa, ferindo assim a isonomia entre as demais chapas concorrentes e interferindo indevidamente no mérito e discricionariedade da Administração Pública.

Destaca que encerrado o período de registro de chapas, a eleição conta com quatro chapas concorrentes; todavia, a interlocutória recorrida possibilitou à chapa “Democracia no CREF” duas oportunidades para apresentar interesse no envio de propostas eleitorais, enquanto as demais chapas contaram apenas com aquela chance prevista regimentalmente.

Requereu a agravante a atribuição de efeito suspensivo para desobrigá-la de proceder a análise do novo pedido de envio de proposta eleitoral, uma vez que não existe previsão regimental.

Efeito suspensivo deferido (fls. 102/104).

Contraminuta pela agravada (fls. 108/113).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo do presente recurso.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

Consta dos autos (fl. 91) que o requerimento de registro da chapa “Democracia no CREF” foi *deferido* pela Comissão Eleitoral, mas após análise das propostas das chapas eleitorais concorrentes que seria enviada ao colégio eleitoral, foi indeferido o envio da proposta apresentada pela agravada tendo em vista a violação do art. 16, § 3º, inciso VI (veiculação de material impróprio, instruções incorretas, conteúdo considerado vexatório e atentatório à imagem do CREF4/SP, dentre outras irregularidades) do Regimento Eleitoral.

Entendo insuperável, na via judicial, o indeferimento administrativo da análise pelo Conselho Profissional de uma “nova” proposta eleitoral da chapa “Democracia no CREF”, “nova” proposta que assumiu a feição de uma reapresentação de solicitação de “envio de propostas”. A proposta “reapresentada” pela chapa “Democracia no CREF”, na consequência do indeferimento da proposta originária, foi negado *“tendo em vista a preclusão do ato de apresentação de proposta, na forma dos artigos 15 e 16 do Regimento Eleitoral do CREF/SP. A apresentação das propostas é ato acessório ao pedido de inscrição da chapa eleitoral. Uma vez encerrado o procedimento do registro, não cabe qualquer reanálise de documentação, por falta de previsão regimental. O recurso referido no artigo 13 destina-se exclusivamente*

aos casos de indeferimento do registro da chapa. A chapa não alega falha na análise da Comissão, requerendo mera reanálise de nova documentação, o que não possui previsão regimental” (fl. 97).

Sucedee que não há como aplicar “in casu” o art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição - como feito na decisão “a qua” - porquanto, como dito pela agravante, a *reapresentação* de proposta (vale dizer, a apresentação de uma “nova” proposta eleitoral da chapa) a ser avaliada pela Comissão Eleitoral, obviamente buscou contornar a PRECLUSÃO que nasceu para a chapa “Democracia no CREF”, já que o Regimento Eleitoral que rege os certames eletivos do CREF pontua *um momento específico* para que os candidatos apresentem suas propostas, ou seja: o instante em que é feito o pedido de registro da chapa (art. 11, § 3º).

Observo que a chapa “Democracia no CREF”, assim como qualquer outra, possuía *um momento regimental* para apresentar a sua proposta aos eleitores (a ser divulgada amplamente pela Comissão Eleitoral): a ocasião do registro da chapa concorrente (§ 3º do art. 11 - fl. 57). A chapa “Democracia no CREF” *aproveitou esse momento* regimental e apresentou a sua proposta - obviamente conhecendo o que não poderia ser usado como conteúdo dessa proposta - a qual, examinada pela Comissão Eleitoral, mostrou-se desconforme com dos ditames do art. 16, § 3º (que não está em discussão na espécie).

Aproveitada a ocasião regimental para ofertar a proposta eleitoral - *ocasião única para todos os interessados* - com a óbvia ciência do que não poderia ser tratado na tal proposta (§ 3º do art. 16 - fl. 58), não se abriu para a chapa “Democracia no CREF” *um novo momento* para ofertar a proposta - agora “consertada” de seus vícios - mesmo porque os componentes da tal chapa não manifestaram qualquer inconformismo formal contra a rejeição da proposta originária.

Ora, *não é dado ao Poder Judiciário interferir nos processos eleitorais alheios* para “criar” recursos e/ou ocasiões frutíferas para quem quer que seja, sob o pálio do “devido processo legal”, de forma a “emendar” regimento eleitoral de conhecimento de todos os interessados e em momento algum impugnado por quem tivesse interesse em emenda-lo.

Ao fazê-lo, o Judiciário rompe com o princípio da isonomia, favorecendo uma certa chapa que teve um momento idêntico ao das demais para se adequar aos rigores do procedimento eleitoral; ao romper com a isonomia cancelando um novo momento só para um concorrente, torna-se legislador positivo, o que o Judiciário não pode ser. Nesse sentido rumo a jurisprudência do STF (RE 867468 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015 - ADO 22, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

Os regramentos das eleições no CREF foram editados em 17 de abril de 2015 e publicados no DOU de 24 de abril de 2015.

Eram de ciência pública e não há notícia de que tenham sido impugnados por quem tivesse legítimo interesse.

Destarte, não há espaço para que se institua uma exceção em favor de alguma chapa concorrente, notadamente depois que a mesma - ainda que implicitamente - aceitou a errônea e o desacerto de sua proposta originária, que ofertou no tempo adequado (§ 3º do art. 11).

O regimento não previu um *segundo* momento para que qualquer concorrente apresentasse uma *nova* proposta eleitoral, ou para que *corrigisse* a já ofertada.

Destarte, descabe impor ao Conselho Profissional e à Comissão Eleitoral que avalie a nova proposta ofertada pela chapa “Democracia no CREF”, até porque não se vislumbra qualquer ofensa ao “devido processo legal” no Regimento Eleitoral de fls. 55/62: a uma, porque a negativa feita pelo agravante não importa em perda da *liberdade ou de bens* (inc. LIV do art. 5º), a duas, porque a situação “sub examine” se desenrola no cenário de um procedimento eleitoral classista, e não em processo judicial ou administrativo onde existe um *acusado* (inc. LV do art. 5º).

Ou seja: a chapa “Democracia no CREF” não está sendo espoliada de sua *liberdade ou de bens*, tampouco é *acusada* de coisa alguma de que deva se defender.

Logo, o art. 5º, incs. LIV e LV é ininvocável na espécie.

Pelo contrário, a determinação judicial ora guerreada é que acabou por romper a *isonomia* entre os concorrentes.

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0029987-37.2015.4.03.0000

(2015.03.00.029987-0)

Requerente: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Interessados: UNIÃO FEDERAL, TALISMA FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES E OUTROS(AS)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE

Classe de Processo: SLAT 3012

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/01/2016

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar concedida em ação popular.

O Juízo de 1º grau de jurisdição concedeu a ordem, para impedir a assinatura - ou a produção de efeitos, caso formalizada - de contrato de “concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados” (fls. 378 - 2º vol.) e de outras obrigações acessórias.

O contrato é o resultado de licitação promovida pela Prefeitura do Município de São Paulo, ora requerente, para, no lugar da Feira da Madrugada, construir, implantar e manter centro de compra popular dirigido por empreendedor privado.

A decisão preliminar considerou relevante, após a conclusão da licitação, a iniciativa do Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto ao questionamento de certo ponto da concorrência, tanto mais porque a ora requerente reconheceu o equívoco e fez a alteração do próprio contrato de concessão - após a realização da licitação, enfatizou.

Ademais disto, não obstante a condução da licitação tenha sido reconhecida como “satisfatória em termos jurídicos”, a decisão questionada julgou necessário acautelar certa “demanda social”, nestes termos (fls. 96):

Embora tecnicamente não se possa afirmar que as licitantes, inclusive examinadas sob o plano dos CNPJ's que as compõem não foram condenadas, uma delas inclusive ré em processo de improbidade em Manaus, não possa ser considerada irregular, não se pode deixar ver a eloquente demanda da sociedade por negócios públicos cuja probidade seja inquestionável, a permitir que o tecnicismo possa ser considerado superado como forma de uma melhor resposta social.

De fato, a afirmação de quem não foi condenado, ainda que responda a inúmeros processos em curso é tão inocente quanto aquele que contra si jamais teve um inquérito ou um processo, ainda que satisfatória em termos jurídicos, não mais atende à demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública.

É uma síntese do necessário.

“Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegiti-

midade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há *manifesto interesse público e grave lesão à ordem administrativa e à economia públicas*.

A intervenção do Ministério Público do Estado de São Paulo não respeitou a norma constitucional de competência, nem atendeu ao interesse público.

A *instituição estadual* não tem atribuição para zelar pelo *interesse federal* de que é titular a União.

A licitação e o contrato de concessão derivam, diretamente, do “Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais” (fls. 35).

Neste instrumento, estão acertadas as obrigações da União e da requerente, a Prefeitura do Município de São Paulo.

Qualquer demanda resultante desta relação jurídica - *como é, exatamente, o caso da ação popular em curso* - estará no âmbito de competência da *Justiça Federal*.

Neste contexto, a atribuição será - como é - do Ministério Público *Federal*.

Não é por outra *razão jurídica* que o Ministério Público Federal fez várias intervenções, no curso da fiscalização do cumprimento da avença.

Por outro lado, a intervenção da instituição estadual não atendeu ao interesse público.

Após a conclusão da licitação, o Ministério Público do Estado de São Paulo exigiu que, antes de oferecidos, a terceiros, os boxes de venda construídos no novo Circuito de Compras, deveria ser resguardada a preferência dos comerciantes populares cadastrados perante a Municipalidade e hoje instalados na atual Feira da Madrugada (fls. 291 - vol. 2).

Para este efeito, o Ministério Público do Estado de São Paulo encaminhou recomendação à Prefeitura do Município de São Paulo. E, ainda, apresentou “pedido de suspensão cautelar do contrato” (fls. 265 - vol. 2), junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

A Prefeitura do Município de São Paulo prontamente incorporou a exigência ao contrato de concessão.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo chancelou a exigência e a garantiu, um passo além, para o comerciante popular “eventualmente inadimplente” (fls. 336 - vol. 2) com a Municipalidade.

As preferências pretendidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo não guardam simetria com a ordem jurídica.

O Ministério Público do Estado de São Paulo destacou que a cláusula 7ª, inciso II, do “Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais”, assegurou “preferência de atendimento aos comerciantes que hoje ocupam a área, conforme cadastro realizado pela Prefeitura do Município de São Paulo”, no futuro centro popular de compras (fls. 266 e seguintes - vol. 2).

O Contrato de Cessão foi firmado pela *União* e pela *Prefeitura do Município de São Paulo* em 05 de julho de 2.012 (fls. 35 - vol. 1).

Em 2.015 - hoje, 2.016 -, o Ministério Público do Estado de São Paulo quer a garantia de suposto direito dos comerciantes populares que fizeram a ocupação *ilegal* de área *pública*, em 2.012.

Ocupação de área pública é ato ilegal. Mera detenção. Não gera direito possessório ou real. *Muito menos é constitutiva de direito de preferência sobre outra área, como será a*

ofertada após a construção do novo centro de compras.

A jurisprudência é pacífica.

MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA “TERRACAP - COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

- A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público.

- Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916). Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 489.732/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310).

A cláusula do Contrato de Concessão é *nula de pleno direito*: “é imperioso refletir que qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos e poderes da Administração deve ser considerada como não escrita” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição, Ed. RT, pág. 199).

É pertinente a crítica do mesmo doutrinador: “as concessões vigentes são em geral, e paradoxalmente, instrumentos em que o Poder Público e os usuários é que se submetem à vontade despótica das empresas, tais são as cláusulas a seu favor e a nenhuma reserva de direitos para o particular a que o serviço se destina. Já é tempo de os concedentes reagirem contra esta inversão de poderes, defendendo melhor o público” (obra citada, pág. 361).

No caso concreto, a cláusula de preferência aos ocupantes ilegais de 2.012 - sejam eles comerciantes ou não - atenta contra os interesses da União e do Município de São Paulo.

Mas não é só. Atenta, também, contra os comerciantes, populares ou não, intangíveis a organizações criminosas - a Prefeitura do Município de São Paulo noticia “as inúmeras denúncias de esquemas criminosos por entre os comerciantes da Feira da Madrugada” (fls. 22 - vol. 1) - ou que *não tenham* vínculos com as facções dos poderes de turno ou sejam simples militantes anônimos do trabalho lícito.

A propósito, é oportuno destacar a petição inicial deste incidente de suspensão de medida liminar, com o registro de que a área objeto da atual concessão pertencia à Rede Ferroviária Federal S/A.

Diz a Prefeitura do Município do Estado de São Paulo: “Diante da ausência de licitação prévia, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação nº 38, de 29 de junho de 2009, onde, após vários considerando, recomendou ao inventariante da extinta RFFSA, que promovesse licitação para a permissão de uso das áreas do conjunto imobiliário do Pátio da Estação do Pari, na forma e nos termos da Lei nº 8.666/1993” (“*verbis*”, fls. 13).

A jurisprudência prestigia o *modelo de proteção* defendido pelo Ministério Público Federal. A regra, na outorga de bem público a terceiro, é a exigência de prévia licitação, nos regimes de concessão ou permissão.

A título de exceção, a Lei de Licitações disciplina alguns casos, entre os quais não se encontra o dos comerciantes - populares ou não.

A título de ilustração:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE TERRENO PÚBLICO A PARTICULAR. CONSTRUÇÃO DE SEDE RECREATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DIREITO

PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE EMINENTEMENTE SOCIAL. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NA DISPENSA DE LICITAÇÃO.

INTELIGÊNCIA DO ART. 17, INC. I, ALÍNEA “F”, E § 2º, INC. I, DA LEI 8.666/1993. NECESSIDADE DE CONCORRÊNCIA PRÉVIA.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública contra o Município de São Luís e a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Maranhão - ADEPOL, sob a alegação de que a Municipalidade teria celebrado ilegal concessão de direito real de uso de um terreno de 4.940 m² para construção da sede recreativa da associação, sem autorização legislativa e sem licitação.

2. A sentença julgou procedente o pedido do *Parquet* para anular a concessão de direito real de uso; estabelecer que a Municipalidade se abstenha de edificar na área concedida e venha a demolir qualquer edificação lá existente; e determinar à ADEPOL que se abstenha de ocupar, utilizar, construir e edificar no local, sob pena de multa diária. O Tribunal maranhense deu provimento à apelação da Municipalidade para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na ação civil pública.

3. A concessão de direito real de uso corresponde a contrato pelo qual a Administração transfere a particular o uso remunerado ou gratuito de terreno público, sob a forma de direito real resolúvel, a fim de que dele se utilize para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

4. A concessão de direito real de uso a particulares requer autorização legal e concorrência prévia.

5. Nos termos do art. 17, § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993, a Administração poderá conceder direito real de uso com dispensa de licitação quando a utilização destinar-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

6. Em situações de caráter eminentemente social, o art. 17, inc. I, alínea “f”, da Lei 8.666/1993 também prevê a dispensa de licitação na “alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública”.

7. As associações de direito privado, ainda que sem fins lucrativos, não se enquadram nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 17, inc. I, alínea “f”, e § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993.

Recurso especial do *Parquet* conhecido em parte e, nessa, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que torna nula a concessão de direito real de uso do terreno.

(REsp 1435594/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 11/11/2015).

É por isto que as exigências do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo não podem prevalecer.

Por outro lado, os atuais permissionários do direito de uso de bem público - ainda que superado o tema da ausência de prévia licitação, para efeito de argumentação - não têm preferência diante do futuro locador, nem de *outros candidatos a locatários que não tenham o precedente benefício público*.

A permissão pública, administrativa, precária, revogável, de uso de certo bem imóvel - o box de venda da atual Feira da Madrugada - não constitui título jurídico para a obtenção de coisa similar - o box de venda do novo Circuito de Compras -, submetida a regime jurídico privado, contratual, de locação.

Trata-se de vinculação sem validade jurídica, pois os institutos da permissão administrativa de uso e da locação são distintos, quanto ao regime, sujeitos, obrigações, causas de revogação e rescisão, entre outros aspectos.

A permissão de uso de bem público é precária. Não é constitutiva de outros direitos, tanto mais os de natureza privada, negocial.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL MUNICIPAL POR PARTICULAR. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido. (STJ. Rel. Min. José Delgado, RMS 16280/RJ, 1ª Turma).

A decisão liminar é crítica quanto à alteração dos termos do contrato de concessão após a licitação. Não pela motivação correta. E, ainda, não extraiu a consequência jurídica adequada do evento.

A alteração dos termos do contrato de concessão não poderia ser feita, porque o conteúdo adicionado, após a licitação, afronta a ordem legal.

A segunda reserva imposta pela decisão liminar é desprovida de *fundamentação jurídica adequada e suficiente*.

O sócio minoritário, de uma das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação, é réu em ação civil pública de improbidade administrativa.

A decisão questionada reconhece que a lei exige condenação definitiva, para a produção de efeitos negativos. Mas diz isto que isto não atende ao que reputa ser a “demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública”.

Para contornar a lei, limita-se a registrar a existência de ação civil pública de improbidade administrativa.

Não é adequado confundir o efeito automático de uma condenação com a proteção cautelar de um direito.

Não é exato que a proteção *cautelar incidental* relacionada à suspensão de um contrato, por quem tenha contra si antecedentes indícios veementes de malversação de dinheiro público, dependa de condenação definitiva.

Mas, como é próprio da exigência de qualquer demanda, a proteção cautelar incidental depende da imputação de fato certo e documentado, ainda que no plano indiciário.

É, claramente, *insuficiente*, extrair, da *simples menção* à tramitação de uma ação, a interdição gravosa de um direito.

Mais grave, se a *título de serviço ao que se tem por demanda social*, no campo da *especulação sensorial*.

A jurisprudência deste Tribunal Federal rejeita a deserção ao dever de exigência de

alegação válida e documentada de indício, para a imposição cautelar de restrição a direito, seja lá qual for a opinião - privada ou pública - supostamente prevalecente sobre o fato ou só apresentada como tal.

Confira-se - AI nº 0021751-43.2008.4.03.0000/SP, 4ª Turma, Relator o Desembargador Federal Fábio Prieto, votação unânime:

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.

No v. Acórdão, de minha Relatoria, cabe destacar:

O sistema jurídico nacional tem exigência própria, para a qualificação de *atos* direcionados à *abertura da instância restritiva de direitos*.

É oportuno registrar que, para este *grave e específico efeito*, a Constituição Federal não aceita a *projeção de sentimentos* - sejam eles *sãos ou não* -, de natureza individual, coletiva ou de toda Nação, *nem mesmo para a abertura de investigação destinada à apuração da mais séria das infrações: o crime*.

É velha a lição de Nelson Hungria:

“Na Rússia soviética, proclama-se que o indivíduo é o mal e deve ser combatido, anulado, subvertido na massa, que significa o povo reduzido a um vasto aglomeramento de produtos humanos standardizados, erradicados de alma, confundidos na desolante mesmice de ‘modelos de fábrica’. Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da massa, fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interesse do povo, que é defendido como ‘comunhão indissoluvelmente ligada pelo sangue e pelo território’ ou como ‘única grandeza política’, de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Embora com fundamentos diferentes, chega-se, na Rússia e na Alemanha, a uma fórmula idêntica. ‘Não há direitos individuais em si mesmos’. Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como superstições maléficas, incompatíveis com o que por lá se chama o novo Estado, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais. Não há melhor atestado dessa tendência involutiva do que a orientação jurídico-penal dos bolcheviques e nacional-socialistas. Antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da analogia no Código Penal soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem rebuços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito. O Código moscovita assim fixara o princípio do direito penal desprendido das leis: ‘Se uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa, não acha especialmente prevista no presente Código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos deste Código que prevejam delitos de índole mais análoga’. Ora, esta pura e simples substituição do legislador pelo juiz criminal era incomparável com a essência do Estado totalitário, corporificado no Führer, segundo a diretriz política que domina na Alemanha, após a queda da República de Weimar. Preferiu-se uma outra fórmula, que está inscrita no ‘Memorial’ hitlerista sobre o ‘novo direito penal alemão’: permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo ‘sentimento’ ou pela ‘consciência’ do povo (Volksempfinden), depreendidos e filtrados, não pela interpretação pretoriana dos juizes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a revelação (Kundmachung) do Führer. SCHAFFSTEIN, professor de direito em Leipzig, proclama, sem rodeios, do alto de sua cátedra: ‘A lei é o que o Führer ordena’ (‘Gesetz ist, was der Führer befiehlt’). A liberdade de aplicação analógica da lei penal é limitada pela submissão do juiz às ‘idéias’ e às ‘ordens’ emanadas da mística hitleriana. Conceitos, critérios, opiniões, pontos de vista, na interpretação, formação ou aplicação do direito, devem afeiçoar-se fielmente ao espírito guiador de Adolfo Hitler. Somente este (embora nascido numa aldeia fronteiriça entre a Áustria e a Tcheco-Eslováquia) é que tem o misterioso condão de polarizar o espírito,

o sentimento, a consciência do povo alemão. SIEGERT, professor da famosa Universidade de Goettingen, assim formula o versículo do novo Evangelho: ‘Devemos seguir as proclamações do Führer como linhas de direção, a mostrar-nos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações de fato’. Os juízes não podem, de seu livre alvedrio, esquadriñar a sã mentalidade do povo (*der gesunde Volksggeist*) para aplicar o direito penal extra legem: devem ter na memória, a impregnar-Ihes substancialmente as decisões, o Mein Kampf e as arengas de Hitler. O Mein Kampf (êsse livro que JACQUES BAINVILLE justamente qualifica de bric-à-brac de idéias pueris e charlatanices, em uma linguagem desconcertante de pedantismo) é a Bíblia do nacional-socialismo, é a craveira por onde têm de medir-se a alma e o pensamento alemães. O invocado ‘espírito do povo’ não quer dizer o que o povo pensa na realidade, mas o que deve pensar segundo a Führung, isto é, a orientação do Chefe”.

É oportuno lembrar que a Constituição Federal de 1988 enquadrhou os procedimentos administrativos na *rigidez* dos de natureza penal, porque reputou necessário resguardar a esfera de *direitos imanente à pessoa humana* do *abuso persecutório*.

No caso concreto, a presente Medida Cautelar é *acessória à instrução de Inquérito Civil*, cuja *decisão de instauração* foi lavrada nos seguintes termos (fls. 50 e verso):

“DESPACHO

A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país (inclusive no aeroporto de Guarulhos, o maior da América Latina). Desde o final do mês de outubro de 2006, os passageiros têm enfrentado constantes atrasos para embarques nos principais aeroportos do país.

A razão aparente para o caos instalado é a precariedade das condições do serviço de controle de vôos na aviação civil. Referida limitação na capacidade de controlar-se os vôos na aviação civil gerou inicialmente, conforme apregoado acima, atrasos e cancelamentos de vôos. O incômodo experimentado pelos consumidores em razão de referidos atrasos e cancelamentos em vôos é, por si, fato grave que justifica a atuação do Ministério Público Federal. Todavia, as notícias veiculadas pela imprensa nos últimos dias demonstram que, mais do que incômodos e desalentos experimentados por consumidores, a precariedade do controle de tráfego aéreo pode estar sim submetendo pessoas a risco de vida. Fala-se inclusive, nos dias de hoje, em adoção, em vôos brasileiros, de regras mecânicas de controle de tráfego aéreo utilizadas na África, ou seja, a substituição do uso da área central de uma aerovia, pela zona lateral.

É certo ainda que a situação chegou aos patamares de hoje (catastróficos na visão de alguns) não em razão de um fato eventual e isolado mas sim em razão de inépcia do Poder Público que se arrastou durante anos. Há elementos também que comprovam que há tempos o Ministério da Defesa já havia sido advertido da gravidade da situação mas, todavia, quedou-se inerte.

Ante o exposto, necessária a instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada (agressão aos comandos do artigo 37 da Constituição Federal) bem como para exigir do Poder Público a adoção das medidas necessárias para solução do problema.

Ante o exposto, determino a instauração do presente procedimento investigado no âmbito do Ofício da Tutela Coletiva de Guarulhos.

Seja realizada a autuação e, em seguida, venham os autos conclusos para deliberação acerca das diligências iniciais que serão praticadas.”

A *projeção* sobre a *perspectiva* da Nação Brasileira – “A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país”, *supõe* o Ministério Público Federal - não parece configurar justa causa válida, para a abertura de procedimento destinado à punição de “improbidade administrativa praticada”.

Não é demasia registrar que, a partir da crença *isolada* de qualquer autoridade sobre a *imaginária perspectiva* de *milhões* de cidadãos brasileiros, muito mais sensível que a questão aeroportuária poderia ser considerada a da saúde, a da educação ou dos transportes terrestres - nas estradas federais, inclusive-, com os seus *milhares e recorrentes acidentes fatais*.

Mas isto - a projeção aberta pelo *discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva* - não autoriza a *devassa indiscriminada* contra as autoridades destes setores sensíveis.

Ao menos, perante o Poder Judiciário.

Ademais disto, *nenhum* documento foi juntado com a citada decisão de instauração do Inquérito Civil - sequer a reclamação de *um dos milhões de cidadãos da Nação Brasileira*.

Ignora-se, por isto, o *substrato fático de realidade, ainda que indiciário - mas nunca como expressão da pura criação mental* -, a conferir justa causa, para a “instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada” (fls. 50).

(...)

A invocação de *genérica* situação caótica 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.

Pouco importa, *juridicamente*, se o *suposto* caos 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*.

No *Procedimento nº 2009.03.0000050284, do Órgão Especial deste Tribunal*, durante a análise de proposta de instauração de procedimento disciplinar contra integrante do Poder Judiciário, registrei:

“A *instauração de qualquer* procedimento destinado à imposição de *sanções ou restrições de direitos*, em face de cidadãos, nas suas tarefas particulares ou, ainda, quando investidos em atividades sociais relevantes, como é o caso das *autoridades públicas*, está sujeita a *regime de direito estrito*.

Diante do *mais severo* dos regimes jurídicos restritivos - *o de natureza penal* -, por ocasião de juízos de admissibilidade sobre imputações, neste Órgão Especial, no *curso dos anos, reiteradamente*, anoto (feitos com os nºs 2003.03.00.037611-4 e 2003.03.00.075922-2, entre outros): “Trata-se de juízo de admissibilidade de denúncia.

“É *preciso* ter presente, neste ponto - consideradas as *gravíssimas* implicações éticas e jurídico-sociais que derivam da instauração da *persecutio criminis* - que se impõe, *por parte* do Poder Judiciário, *rígido* controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a *impedir* que se instaure, *contra qualquer* acusado, *injusta* situação de coação processual, *pois*, ao órgão da acusação penal, *não assiste* o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal *revestida* de conteúdo arbitrário (RTJ 43/484).

“A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurado uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO) (RTJ 165/877-978, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” - (STF - HC nº 80.542-6-MG - Rel. o Min. Celso de Mello).

O Supremo Tribunal Federal impõe, “por parte do Poder Judiciário, *rígido* controle sobre a atividade persecutória do Estado” (supra), porque a submissão de qualquer cidadão a processo penal condenatório é *responsabilidade* grave e excepcional, impulsionada e decidida por agentes políticos dotados das mais significativas prerrogativas públicas, cujo exercício não pode ser ferido pela reação “instintiva, arbitrária e irrefletida”, como adverte, ainda e uma vez mais, o mesmo Tribunal. Confira-se:

“O processo penal condenatório delinea-se, nesse contexto, como estrutura jurídico-formal

em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.

Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório.

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela *suposta* prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

A própria exigência de processo judicial já representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. Com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, ‘a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, *essencialmente judiciária*’ (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, ‘Droit Pénal Général et Procédure Penale’, tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, ‘Elementos de Direito Processual Penal’, vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense)” - (STF - HC nº 73.338-7-RJ - Rel. o Min. Celso de Mello).

A fixação, por iniciativa do *Supremo Tribunal Federal*, de *critério rígido e inflexível*, no exame de juízos de admissibilidade vocacionados à potencial restrição de direitos, não admite *exceção*. Do ponto de vista *subjetivo*, no que agora é relevante, a *condição funcional* de integrante do Poder Judiciário não retira, do cidadão, a plena fruição da *extensa e irredutível* lista constitucional de direitos e garantias individuais.

(...)

A *expressa e incondicional* ressalva axiológica relacionada à proteção constitucional dos direitos e garantias dos Magistrados deve ser enfatizada, porque o *Supremo Tribunal Federal*, para o contingente ainda mais amplo dos *agentes políticos* dotados não apenas de funções judiciais, registrou que as autoridades assim constituídas têm se sujeitado à “propositura de ações espetaculares”, *destituídas de qualquer fundamento*.

É neste sentido o magistério da *Suprema Corte*, na *Reclamação nº 2138*, nas palavras do *Ministro Nelson Jobim*:

“O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELY LOPES MEIRELLES:

‘.....’

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

.....' (DAB, 26ª ed., 2001, p. 71/2).

HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.

‘.....

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

.....' (ob. cit., p. 73).

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias.

Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político.

Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos.

Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão.

São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da perseguição a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política.

É bom que se o diga.

Uns, na busca de notoriedade fácil.

Vê-se, muito, nos jornais.

Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político.

O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração, tem levado à propositura de ações espetaculares.

A maioria delas destituídas de qualquer fundamento.

O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível.

Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação”.

As tentativas de submissão, da *probidade* das autoridades constituídas, ao escrutínio das mais *variadas e insensatas* modalidades de *contestação inconseqüente*, têm mais de um registro na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*.

É notório que, entre as várias táticas de “guerrilha judiciária” utilizadas na confrontação *ilegítima* das autoridades constituídas, uma das mais usuais é a “plantação” de fatos na imprensa, para que o investido de poder de fiscalização seja constrangido a dar início a procedimento de investigação *manifestamente infundado*, mas “coberto” e “enquadrado” pela repercussão já desonrosa e condenatória.

Isto quando a própria autoridade de fiscalização não é suspeita de convivência com a *linha de montagem* da “industrialização” midiática.

O *Supremo Tribunal Federal*, ciente da *gravidade* do fato e de sua *reiteração*, foi ao pátio da *solução radical* do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria jornalística.

A ementa do julgado, na parte pertinente:

AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME.

1. (...).

2. Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico.

3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.

4. A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido. (Pet 2805 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655).

Neste precedente, as palavras do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Ilmar Galvão:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Toda a prova são folhas de jornais. É uma técnica conhecida.

Planta-se a matéria para depois submetê-la ao Supremo.

(...)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - O que se pode fazer é enviar esse material ao Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Não. Nego-me a aceitar o envio.

Estamos sendo instrumento político.

Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político.

E não podemos nos submeter a ele”.

No *livre comércio* das informações, na busca *constitucional* do lucro, é comum a *descrição superlativa dos fatos*, caracterizando-os, em um dia, como evidências de crise, do caos ou, até, do fim do mundo, e, no outro, como manifestação da providência milenarista.

É outro, todavia, o paradigma do Poder Judiciário.

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*.

Por estes fundamentos, *suspendo, em parte*, a decisão liminar, para autorizar a formal e efetiva contratação da concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados e de outras obrigações acessórias, *sem as restrições impostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo*.

Comunique-se o digno Juízo de primeiro grau de jurisdição.

Publique-se e intimem-se.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 04 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0006679-08.2011.4.03.6112
(2011.61.12.006679-7)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, BENEDITO JOSÉ PARO E OUTROS(AS)

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AC 1899621

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÕES. REVELIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FAIXA MARGINAL DE RIO. INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO “PROPTER REM”. IRRELEVÂNCIA DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL PREEXISTENTE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE REPARAR E INDENIZAR. RECURSO DOS RÉUS IMPROVIDO. RECURSOS DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDOS.

1. Constatada a revelia (art. 319, CPC/73), os fatos alegados pelo Ministério Público Federal na inicial presumem-se relativamente verdadeiros, já que não incide nenhuma das exceções descritas no artigo 320 do Código de Processo Civil.

2. Havendo previsão legal de julgamento antecipado do mérito (art. 330, II, CPC/73), sendo mera consequência do efeito principal da revelia consistente em reputação de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa em razão da não realização de prova pericial, mormente pela presença de laudo de perícia criminal federal realizado pelo núcleo de criminalística do Departamento de Polícia Federal e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA, o que coaduna com os princípios da persuasão racional e da livre apreciação das provas pelo magistrado.

3. Preliminar rejeitada.

4. Com a finalidade de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, bem como proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, foram estabelecidas as áreas de preservação permanente - APP's entre os espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, VI, Lei nº 6.938/81), definidas tanto pelo antigo (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65) quanto pelo novo Código Florestal (art. 3º, II, Lei nº 12.651/12), sendo que aquelas localizadas nas margens dos cursos d'água possuem dimensões de acordo com as respectivas larguras destes.

5. Em face dos princípios *tempus regit actum* e da não regressão ou vedação ao retrocesso ecológico, a Lei nº 4.771/65, embora revogada, pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.651/12, ainda que a norma seja mais gravosa ao poluidor.

6. A fim de conferir uma maior proteção ao meio ambiente, a Lei nº 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da caracterização da culpa, além de ser fundada na teoria do risco integral, razão pela qual é incabível a aplicação de excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar.

7. Basta a demonstração do dano ambiental e o nexo causal entre o resultado lesivo e a situação de risco criada pelo agente no exercício de atividade, no seu interesse e sob seu controle, dispensando-se assim o elemento subjetivo, para resultar na responsabilidade por dano ambiental.

8. A obrigação de reparar os danos ambientais é considerada *propter rem*, sendo irrelevante que o autor da degradação ambiental inicial não seja o atual o proprietário, pois aquela adere ao título de domínio ou posse, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, sendo inviável qualquer alegação de direito adquirido à degradação, nos termos do artigo 7º do novo Código Florestal.

9. Eventual preexistência de degradação ambiental não possui o condão de desconfigurar uma APP, vez que sua importância ecológica em proteger ecossistemas sensíveis, tal como cursos d'águas, ainda se perpetua, sendo a lei imperiosa no sentido de que constitui área protegida, coberta ou não por vegetação nativa (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65 e art. 3, II, Lei nº 12.651/12), razão pela qual é necessária a recuperação ambiental, em respeito ao fim social da propriedade e a prevalência do direito supraindividual ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

10. Segundo Laudo de Perícia Criminal Federal realizado pelo Departamento de Polícia Federal e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA, foi constatada, no município de Rosana/SP, a existência de loteamento, consistente em área impermeabilizante com uma edificação em alvenaria, situado à margem esquerda do Rio Paraná, localizado em área rural de 461,5m² e dentro da faixa de 500m considerada como área de preservação permanente, tendo em vista que o curso d'água tem mais de 600m, conforme previa e prevê a legislação pertinente (art. 2º, "a", item 4, Lei nº 4.771/65 e art. 4º, I, "e", Lei nº 12.651/12).

11. Resta demonstrado que os réus são possuidores e proprietários do imóvel em tela, conforme cópia de contrato particular de condomínio de rancho de pesca e lazer, o que foi corroborado por declarações prestadas perante autoridade policial.

12. Os documentos que instruem o presente feito demonstram que a construção em tela está situada próxima a rio, curso d'água natural perene e intermitente, não havendo que se falar em aplicação de resolução do CONAMA referente a áreas no entorno de reservatórios artificiais d'água, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.

13. Incumbindo ao réu o ônus da prova relativo a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC), descabe qualquer alegação de que a construção na APP em tela estaria autorizada legalmente, com fulcro no artigo 61-A do novo Código Florestal, haja vista que a parte ré não trouxe nenhum indício de que desenvolve atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo natural em área rural consolidada até 22.07.2008, o que poderia configurar uma exceção legal, não tendo inclusive produzido nenhuma prova oral nesse sentido.

14. Tratando-se a questão de proteção ao meio-ambiente, incide o princípio *in dubio pro natura* e da precaução, de modo que ao poluidor recai o ônus probatório de inoportunidade de potencial ou efetiva degradação ambiental.

15. Não merece prosperar a pretensão dos réus de que o local é passível de regularização fundiária, com base nos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/12, pois para tanto deveria estar inserido em área urbana consolidada, a qual não é definida somente através de ato municipal, vez que deve preencher requisitos mínimos estabelecidos em lei federal (artigo 47, Lei nº 11.977/09), consistentes em densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada com o mínimo de equipamento de infraestrutura urbana.

16. Considerando que construções de edifícios implicam em supressão de vegetação nativa e suas manutenções impedem a regeneração natural, não havendo, no caso em tela, autorização do Poder Público, o qual poderia concedê-la apenas em caso de utilidade pública, interesse social ou de baixa impacto ambiental (art. 4º, caput, Lei nº 4.717/65 e art. 8º, caput, Lei nº 12.651/12), a mera manutenção de edificação em APP é ilícito civil, passível de responsabilização, causando dano ecológico *in re ipsa*, sendo medida de rigor a manutenção da condenação da parte ré em se abster de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde está situado o imóvel em tela, bem como de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal, sem a autorização do órgão ambiental competente; demolição de todas as construções existentes nas referidas áreas, com a retirada do respectivo entulho; e recomposição da cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pelo órgão ambiental competente, nos termos estabelecidos na r. sentença.

17. As obrigações de fazer ou não-fazer destinadas à recomposição *in natura* do bem lesado e a indenização pecuniária são perfeitamente cumuláveis, ao menos em tese, por terem pressupostos diversos, priorizando os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental, nos termos dos artigos 225, §3º, da Constituição Federal e 4º da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

18. Imperiosa a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos causados pela intervenção antrópica na área de preservação permanente, correspondente ao período temporal em que a coletividade esteve privada desse bem comum, cujo *quantum debeatur*, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, por se tratar de dano a direito e interesse difuso, deverá ser fixado na liquidação por arbitramento, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil.

19. Preliminar arguida pelos réus em apelação rejeitada e, no mérito, improvimento e apelações da União e do Ministério Público Federal providas para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida pelos réus em apelação e, no mérito, negar-lhe provimento e dar provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da

sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelos réus Benedito José Paro, Jorge Luiz Cognetti, José Carlos Rosa, Luiz Paulo Ferreira, Carlos Orestes Pereira, Décio de Oliveira, Luciano Marcelo e Luiz Henrique Marçon, bem como pela União e pelo Ministério Público Federal em face da sentença julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública ambiental.

Segundo narrado na inicial pelo Ministério Público Federal, Benedito José Paro, Jorge Luiz Cognetti, José Carlos Rosa, Luiz Paulo Ferreira, Carlos Orestes Pereira, Décio de Oliveira, Luciano Marcelo e Luiz Henrique Marçon causaram dano ambiental em área de preservação permanente, impedindo a regeneração natural da vegetação local, em razão de possuírem, no município de Rosana/SP, imóvel com edificação que se inicia a 19m (dezenove metros) do nível da água, encontrando-se totalmente a menos de 500m (quinhentos metros) da margem do Rio Paraná (fls. 02/34).

Liminar deferida para impor aos réus a obrigação de não-fazer consistente em abstenção de realizar novas construções em área de várzea e de preservação permanente, com a paralisação de todas as atividades antrópicas ali empreendidas, de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente, e de conceder o uso da aludida área a qualquer interessado (fls. 37/38).

A União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA ingressaram na lide como assistentes litisconsorciais ativos (fls. 72 e 96).

Os réus apresentaram contestações, porém intempestivas, vez que decorrido *in albis* o prazo para defesa (fl. 136).

Após regular trâmite processual, sem produção de provas em sede judicial, o MM Juízo da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP julgou parcialmente procedente o pedido, ratificando a liminar anteriormente deferida, para condenar os réus ao cumprimento de obrigação de não-fazer consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde se encontra o imóvel denominado “Condomínio Tracajá” e de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente; obrigação de fazer consistente em demolir todas as construções existentes nas áreas de várzea e preservação permanente inseridas no referido lote, e não previamente autorizadas pelos órgãos ambientais, providenciando, ainda, a retirada de todo o entulho para local aprovado pelo órgão ambiental, no prazo de 30 (trinta) dias; obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote, no prazo de 6 (seis) meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratamentos culturais, pelo período mínimo de 2 (dois) anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais - CBRN ou pelo IBAMA,

marcando-se prazo para apresentação do projeto junto àqueles órgãos não superior a 30 (trinta) dias; e ao pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), limitado ao prazo de 30 (trinta) dias, em caráter exclusivo cominatório, em caso de descumprimento total ou parcial de ordem judicial (fls. 271/276v).

Em razões recursais, os réus pugnam, preliminarmente, pela nulidade da sentença em razão de cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide. No mérito, requer a reforma da sentença, alegando para tanto que: a Lei nº 12.651/12 (novo Código Florestal) deve ser aplicada ao caso, o imóvel está situado em área urbana, a desproporcionalidade da obrigação de demolição do imóvel, haja vista que a área é passível de regularização ambiental e fundiária (fls. 297/325).

Por sua vez, a União pugna pela fixação de indenização pecuniária referente aos danos ambientais causados pelos réus resultante do impedimento de regeneração da vegetação no local da edificação, tendo em vista que as penas reparatória e indenizatória são cumuláveis (fls. 404/409v).

A seu turno, o *Parquet* igualmente pleiteia a condenação dos réus ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização pela degradação ambiental resultante da intervenção antrópica no imóvel relativo ao período de sua ocupação, sem prejuízo da obrigação de recomposição da cobertura florestal (fls. 427/441).

Ambas as apelações foram recebidas apenas no efeito devolutivo quanto à parte da pretensão que foi objeto da liminar deferida e nos efeitos suspensivo e devolutivo quanto ao restante (fls. 403 e 469).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal, pela parte ré e pela União (fls. 442/465, 471/477 e 479/496).

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região opina, em parecer, pelo provimento dos recursos da União e do Ministério Público Federal, condenando-se os ocupantes da área ao pagamento de indenização correspondente ao dano causado, e improvimento do recurso dos réus (fls. 516/524v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Inicialmente, constata-se que, muito embora todos os réus tenham sido devidamente citados (fls. 77, 101, 118 e 135), nenhum deles apresentou contestação em tempo oportuno, deixando transcorrer *in albis* o devido prazo processual (fl. 136), razão pela qual o MM Juízo *a quo* desconsiderou o teor das contestações apresentadas pelos réus, bem como o pedido de chamamento ao processo, por serem ambos intempestivos (fl. 257).

Dessa forma, constatada a revelia (art. 319, CPC/73), os fatos alegados pelo Ministério Público Federal na inicial presumem-se relativamente verdadeiros, já que não incide nenhuma das exceções descritas no artigo 320 do Código de Processo Civil.

Nesta hipótese, havendo previsão legal de julgamento antecipado do mérito (art. 330, II, CPC/73), sendo mera consequência do efeito principal da revelia consistente em reputação

de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa em razão da não realização de prova pericial, mormente pela presença de laudo de perícia criminal federal realizado pelo núcleo de criminalística do Departamento de Polícia Federal (fls. 65/71) e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA (fls. 87/95), o que coaduna com os princípios da persuasão racional e da livre apreciação das provas pelo magistrado.

Outrossim, deveriam os réus, caso entendessem pela imprescindibilidade da prova pericial, postular de forma adequada, já que o teor das contestações foram desconsideradas pelo magistrado em face da intempestividade, o que não foi feito, tendo eles permanecidos inertes durante o prazo compreendido entre o despacho acerca da intempestividade das contestações e a conclusão dos autos para sentença (fls. 257 e 271).

Não se olvide que o efeito da revelia consistente na reputação dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros não é absoluto, vez que é meramente relativa, podendo ser, ainda, afastada na hipótese de fatos aparentemente inverossímeis, que não é o caso em tela.

Ademais, pelo princípio *iura novit curia*, apenas os fatos alegados pelo autor presumem-se verdadeiros, de forma que o magistrado não se vincula à fundamentação jurídica exposta por aquele, de maneira que inexistirá óbice ao julgamento de improcedência do pedido inicial, ainda que o réu seja revel e recaia presunção de veracidade sobre os fatos expostos na exordial.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA EM FACE DE MUNICÍPIO. CONTRATO DE DIREITO PRIVADO (LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS COM OPÇÃO DE COMPRA). AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS. INEXISTÊNCIA. PROVA DA EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIBIDA PELO AUTOR. PROVA DO PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS QUE CABIA AO RÉU. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCLUSÃO A QUE SE CHEGA INDEPENDENTEMENTE DA REVELIA.

1. Os efeitos materiais da revelia não são afastados quando, regularmente citado, deixa o Município de contestar o pedido do autor, sempre que não estiver em litígio contrato genuinamente administrativo, mas sim uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública.
2. Não fosse por isso, muito embora tanto a sentença quanto o acórdão tenham feito alusão à regra da revelia para a solução do litígio, o fato é que nem seria necessário o apelo ao art. 319 do Código de Processo Civil. No caso, o magistrado sentenciante entendeu que, mediante a documentação apresentada pelo autor, a relação contratual e os valores estavam provados e que, pela ausência de contestação, a inadimplência do réu também.
3. A contestação é ônus processual cujo descumprimento acarreta diversas consequências, das quais a revelia é apenas uma delas. Na verdade, a ausência de contestação, para além de desencadear os efeitos materiais da revelia, interdita a possibilidade de o réu manifestar-se sobre o que a ele cabia ordinariamente, como a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II, CPC), salvo aqueles relativos a direito superveniente, ou a respeito dos quais possa o juiz conhecer de ofício, ou, ainda, aqueles que, por expressa autorização legal, possam ser apresentados em qualquer tempo e Juízo (art. 303, CPC).
4. Nessa linha de raciocínio, há nítida diferença entre os efeitos materiais da revelia - que incidem sobre fatos alegados pelo autor, cuja prova a ele mesmo competia - e a não alegação de fato cuja prova competia ao réu. Isso por uma razão singela: os efeitos materiais da revelia dispensam o autor da prova que lhe incumbia relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, não dizendo respeito aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito

alegado, cujo ônus da prova pesa sobre o réu. Assim, no que concerne aos fatos cuja alegação era incumbência do réu, a ausência de contestação não conduz exatamente à revelia, mas à preclusão quanto à produção da prova que lhe competia relativamente a esses fatos.

5. A prova do pagamento é ônus do devedor, seja porque consubstancia fato extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), seja em razão de comezinha regra de direito das obrigações, segundo a qual cabe ao devedor provar o pagamento, podendo até mesmo haver recusa ao adimplemento da obrigação à falta de quitação oferecida pelo credor (arts. 319 e 320 do Código Civil de 2002). Doutrina.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1084745/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 30/11/2012)

RECURSO ESPECIAL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS - REVELIA DO RÉU - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Não consubstancia cerceamento de defesa o fato do magistrado, ante a revelia do réu e com base nas provas constantes dos autos, julgar antecipadamente a lide.

2. Aferir se as provas colacionadas aos autos eram suficientes para formar a convicção do julgador das instâncias ordinárias enseja, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório.

3. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” (Súmula 283/STF).

4. Recurso improvido.

(REsp 1184635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 03/10/2011)

Destarte, rejeito a preliminar arguida pelos réus em apelação, razão pela qual passo à análise do mérito recursal.

A ação civil pública é um dos instrumentos processuais adequados para tutelar direitos e interesses supraindividuais, os quais abrangem os difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A manutenção do meio-ambiente ecologicamente equilibrado consiste em direito fundamental de terceira geração, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, conforme determina o artigo 225 da Constituição Federal:

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - *definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;*

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - 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.

§ 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. (grifos nossos)

Neste contexto, com a finalidade de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, bem como proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, foram estabelecidas as áreas de preservação permanente - APP's entre os espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, VI, Lei nº 6.938/81), definidas tanto pelo antigo (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65) quanto pelo novo Código Florestal (art. 3º, II, Lei nº 12.651/12), sendo que aquelas localizadas nas margens dos cursos d'água possuem dimensões de acordo com as respectivas larguras destes:

Lei nº 4.771/65:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

(...)

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

(...)

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

(...)

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta)

metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Lei nº 12.651/12:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

(...)

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

Comparando as normas acima, conclui-se que as larguras mínimas das APP's de faixas marginais de qualquer curso d'água não se alteraram em função da largura deste. Porém, houve alteração da linha inicial de demarcação, de forma que a nova legislação ambiental culminou em reduzir o tamanho da APP, vez que o antigo Código Florestal estabelecia sua fixação desde o nível mais alto em faixa marginal (nível alcançado por ocasião da cheia sazonal do curso d'água perene ou intermitente) e o novo Código Floresta desde a borda da calha do leito regular (calha por onde correm regularmente as águas do curso d'água durante o ano).

Saliente-se que, em face do princípio *tempus regit actum* e princípio da não regressão ou vedação ao retrocesso ecológico, a Lei nº 4.771/65, embora revogada, pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.651/12, ainda que a norma seja mais gravosa ao poluidor.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FORMAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. SÚMULA 83/STJ. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.651/12. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA. IRRETROATIVIDADE. PROTEÇÃO AOS ECOSSISTEMAS FRÁGEIS. INCUMBÊNCIA DO ESTADO. INDEFERIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.

2. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional baseou-se em juris-

prudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos.

3. Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento.

Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que “o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).” Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)(grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO.

DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, *CAPUT*, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

(...)

3. Precedente do STJ que faz valer, no campo ambiental-urbanístico, a norma mais rigorosa vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao julgamento da causa, menos protetora da Natureza: O “direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a ‘faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado’ do arroio” (REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008).

(...)

(PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - CONSTRUÇÃO - RESERVATÓRIO DE ÁGUA VERMELHA - RECUO DE 30 METROS - OBSERVÂNCIA - RESOLUÇÃO/CONAMA 302/2002 - ZONA URBANA - ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. 1. Afastada a alegação de prescrição da pretensão punitiva do IBAMA, dada a natureza permanente do ilícito narrado, o qual se protraí no tempo (art. 1º, Lei nº 9.873/1999). 2. Incidência, *in casu*, da regulamentação do Código Florestal da época (Lei nº 4.771/65, art. 2º, “b”), qual seja, a Resolução/CONAMA nº 302/2002, em atendimento ao princípio “tempus regit actum”, postulado geral de direito com sede no Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). 3. O conceito de área de preservação permanente extraído da Resolução/CONAMA nº 302/2002, em vigor à época da lavratura dos atos administrativos questionados, vem prescrito pelos artigos 2º e 3º. Nesse sentido, o limite espacial da área de preservação, em torno dos reservatórios artificiais, poderá ser 30 ou 100 metros, a depender de estar localizada em zona urbana (e expansão urbana) ou rural. 4. O loteamento “Condomínio Parque Paraíso” está situado no perímetro urbano, por contar com os seguintes equipamentos de infraestrutura: coleta de lixo, malha viária, vias com iluminação pública, caixa de coleta de água, rede de energia elétrica e de água encanada e tratada, linhas de telefonia, entre outros. Prova pré-constituída nos autos. 5. Incontroverso o fato de haver o impetrante obedecido o limite de 30 metros do reservatório da represa de Água Vermelha. 6. Sem condenação em honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 10.016/2009. (AMS 00020488720084036124, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No caso em tela, tendo sido os fatos apurados em 02.09.2010 e 04.04.2011 a 09.04.2011 (fls. 55/71 e 87/95), aplica-se a Lei nº 4.771/65, então em vigor, já que não restou comprovada a exata data da intervenção antrópica causadora do dano ambiental.

A fim de conferir uma maior proteção ao meio-ambiente, a Lei nº 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da caracterização da culpa, além de ser fundada na teoria do risco integral, razão pela qual é incabível a aplicação de excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar, *verbis*:

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.

Nesse sentido é firme a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, o qual já se manifestou inclusive sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio “N-T Norma”, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam*.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira

de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) *Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador.* d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.

(REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012)(grifos nossos)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA EMISSÃO DE FLÚOR NA ATMOSFERA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE OCORRER DANOS INDIVIDUAIS E À COLETIVIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DANO MORAL *IN RE IPSA*.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável.

3. A premissa firmada pela Corte de origem, de existência de relação de causa e efeito entre a emissão do flúor na atmosfera e o resultado danoso na produção rural dos recorridos, é inafastável sem o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. É jurisprudência pacífica desta Corte o entendimento de que um mesmo dano ambiental pode atingir tanto a esfera moral individual como a esfera coletiva, acarretando a responsabilização do poluidor em ambas, até porque a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível.

5. Na hipótese, a leitura da exordial afasta qualquer dúvida no sentido de que os autores - em sua causa de pedir e pedido - pleiteiam, dentre outras, a indenização por danos extrapatrimoniais no contexto de suas esferas individuais, decorrentes do dano ambiental ocasionado pela recorrente, não havendo falar em violação ao princípio da adstrição, não tendo a sentença deixado de apreciar parcela do pedido (citra petita) nem ultrapassado daquilo que fora pedido (ultra petita).

6. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea “c” do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1175907/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/09/2014)

Assim, basta a demonstração do dano ambiental e o nexo causal entre o resultado lesivo e a situação de risco criada pelo agente no exercício de atividade, no seu interesse e sob seu controle, dispensando-se assim o elemento subjetivo, para resultar na responsabilidade por dano ambiental.

Outrossim, a obrigação de reparar os danos ambientais é considerada *propter rem*, sendo irrelevante que o autor da degradação ambiental inicial não seja o atual o proprietário, pois aquela adere ao título de domínio ou posse, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, sendo inviável qualquer alegação de direito adquirido à degradação, nos termos do artigo 7º do novo Código Florestal:

Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

§ 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Destaca-se que a novel legislação apenas veio positivar a jurisprudência já consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a obrigação de reparação por dano ambiental possui natureza real, transmissível ao sucessor, a qualquer título, na hipótese de transferência de domínio ou posse do imóvel rural, razão pela qual incabível qualquer alegação visando eximir-se do dever de reparação do dano em razão de ter ocorrido antes da *novatio legis*:

AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.

2. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las,

controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ. 3. “A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*” (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O “novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes” (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode “ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio” (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

4. “O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispôs que, ‘se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário’, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas” (REsp 1237071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.5.2011).

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012) (grifos nossos)

Por outro lado, eventual preexistência de degradação ambiental não possui o condão de desconfigurar uma APP, vez que sua importância ecológica em proteger ecossistemas sensíveis, tal como cursos d’água, ainda se perpetua, sendo a lei imperiosa no sentido de que constitui área protegida, coberta ou não por vegetação nativa (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65 e art. 3, II, Lei nº 12.651/12), razão pela qual é necessária a recuperação ambiental, em respeito ao fim social da propriedade e a prevalência do direito supraindividual ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Há incidência *ex legi* nas APP’s estatuídas pelo artigo 4º do novo Código Florestal, pois já existem independentemente da intermediação de um ato do Poder Público, diversamente daquelas prevista no artigo 6º desse *Codex*, em que há necessidade de serem declaradas como tais por ato do Poder Executivo para existirem.

In casu, segundo Laudo de Perícia Criminal Federal realizado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 55/71) e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA (fls. 87/95), foi constatada, no município de Rosana/SP, a existência de loteamento, consistente em área impermeabilizante com uma edificação em alvenaria, situado à margem esquerda do Rio Paraná, localizado em área rural de 461,5m² e dentro da faixa de 500m considerada como área de preservação permanente, tendo em vista que o curso d’água tem mais de 600m, conforme previa e prevê a legislação pertinente (art. 2º, “a”, item 4, Lei nº 4.771/65 e art. 4º, I, “e”, Lei nº 12.651/12).

Resta demonstrado que os réus são possuidores e proprietários do imóvel em tela, conforme cópia de contrato particular de condomínio de rancho de pesca e lazer, o que foi

corroborado por declarações prestadas perante autoridade policial (fls. 160/166, 91, 94 e 101 dos autos do Procedimento Preparatório nº 310/2010 apensado aos presentes autos).

Frise-se que os documentos que instruem o presente feito demonstram que a construção em tela está situada próxima a rio, curso d'água natural perene e intermitente, não havendo que se falar em aplicação de resolução do CONAMA referente a áreas no entorno de reservatórios artificiais d'água, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.

Incumbindo ao réu o ônus da prova relativo a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC), descabe qualquer alegação de que a construção na APP em tela estaria autorizada legalmente, com fulcro no artigo 61-A do novo Código Florestal, haja vista que a parte ré não trouxe nenhum indício de que desenvolve atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo natural em área rural consolidada até 22.07.2008, o que poderia configurar uma exceção legal, não tendo produzido nenhuma prova nesse sentido. No mais, não se trata de fatos notórios, confessados pela parte contrária, incontroversos ou sobre os quais recai presunção legal de existência ou veracidade, situações que independeriam de prova, nos termos do artigo 334 do Código de Processo Civil.

Tratando-se a questão de proteção ao meio ambiente, incide o princípio *in dubio pro natura* e da precaução, de modo que ao poluidor recai o ônus probatório de inocorrência de potencial ou efetiva degradação ambiental:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

(...)

3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

(...)

3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.

4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.

5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento.

(AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio* diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008). 10. Recurso Especial não provido.

(REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Por outro lado, não merece prosperar a pretensão dos réus de que o local é passível de regularização fundiária, com base nos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/12, pois para tanto deveria estar inserido em área urbana consolidada, a qual não é definida somente através de ato municipal, vez que deve preencher requisitos mínimos estabelecidos em lei federal (artigo 47, Lei nº 11.977/09), consistentes em densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada com o mínimo de equipamento de infraestrutura urbana.

Porém, tais requisitos legais não encontram-se preenchidos, vez que o laudo do IBAMA é claro no sentido de que a propriedade está situada em área rural, de acordo com a Lei nº 4.771/65, MP nº 1.956-54/00 e Resolução CONAMA nº 303/02 (fls. 87/95).

No mais, a área em questão é considerada como de risco, o que reforça a inviabilidade de regularização, conforme restou demonstrado pelo Auto de Constatação nº 226/09 (fls. 69/74 do apenso) e Ofício nº 14GB-121/2013/10 (fls. 127/140).

Destarte, considerando que construções de edifícios implicam em supressão de vegetação nativa e suas manutenções impedem a regeneração natural, não havendo, no caso em tela, autorização do Poder Público, o qual poderia concedê-la apenas em caso de utilidade pública, interesse social ou de baixa impacto ambiental (art. 4º, *caput*, Lei nº 4.717/65 e art. 8º, *caput*, Lei nº 12.651/12), a mera manutenção de edificação em APP é ilícito civil, passível de responsabilização, causando dano ecológico *in re ipsa*, sendo medida de rigor a manutenção da condenação da parte ré em se abster de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde está situado o imóvel em tela, bem como de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal, sem a autorização do órgão ambiental competente; demolição de todas as construções existentes nas referidas áreas, com a retirada do respectivo entulho; e recomposição da cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pelo órgão ambiental competente, nos termos estabelecidos na r. sentença.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CASAS DE VERANEIO (“RANCHOS”). LEIS 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965), 6.766/79 (LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO) E 6.938/81 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). DESMEMBRAMENTO E LOTEAMENTO IRREGULAR. VEGETAÇÃO CILIAR OU RIPÁRIA. CORREDORES ECOLÓGICOS. RIO IVINHEMA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NULIDADE DA AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO, DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL TÁCITA. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO

DE OFÍCIO DE LICENÇA E DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra proprietários de 54 casas de veraneio (“ranchos”), bar e restaurante construídos em Área de Preservação Permanente - APP, um conjunto de aproximadamente 60 lotes e com extensão de quase um quilômetro e meio de ocupação da margem esquerda do Rio Ivinhema, curso de água com mais de 200 metros de largura. Pediu-se a desocupação da APP, a demolição das construções, o reflorestamento da região afetada e o pagamento de indenização, além da emissão de ordem cominatória de proibição de novas intervenções. A sentença de procedência parcial foi reformada pelo Tribunal de Justiça, com decretação de improcedência do pedido.

ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR 2. Primigênio e mais categórico instrumento de expressão e densificação da “efetividade” do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a Área de Preservação Permanente ciliar (= APP ripária, ripícola ou ribeirinha), pelo seu prestígio ético e indubitável mérito ecológico, corporifica verdadeira trincheira inicial e última - a bandeira mais reluzente, por assim dizer - do comando maior de “preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais”, prescrito no art. 225, *caput* e § 1º, I, da Constituição Federal.

3. Aferrada às margens de rios, córregos, riachos, nascentes, charcos, lagos, lagoas e estuários, intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao status de peça fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade, genuínas veias bióticas do meio ambiente. Objetivamente falando, a vegetação ripária exerce tarefas de proteção assemelhadas às da pele em relação ao corpo humano: faltando uma ou outra, a vida até pode continuar por algum tempo, mas, no cerne, muito além de trivial mutilação do sentimento de plenitude e do belo do organismo, o que sobra não passa de um ser majestoso em estado de agonia terminal.

4. Compreensível que, com base nessa *ratio* ético-ambiental, o legislador caucione a APP ripária de maneira quase absoluta, colocando-a no ápice do complexo e numeroso panteão dos espaços protegidos, ao prevê-la na forma de superfície intocável, elemento cardeal e estruturante no esquema maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tudo isso, a APP ciliar qualifica-se como território *non aedificandi*. Não poderia ser diferente, hostil que se acha à exploração econômica direta, desmatamento ou ocupação humana (com as ressalvas previstas em lei, de caráter totalmente excepcional e em *numerus clausus*, v.g., utilidade pública, interesse social, intervenção de baixo impacto).

5. Causa dano ecológico *in re ipsa*, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação *propter rem* de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. Precedentes do STJ.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL 6. Se é certo que em licença, autorização ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ao Administrador, quando implementa a legislação ambiental, incumbe agregar condicionantes, coartações e formas de mitigação do uso e exploração dos recursos naturais - o que amiúde acontece, efeito de peculiaridades concretas da biota, projeto, atividade ou empreendimento -, não é menos certo que o mesmo ordenamento jurídico não lhe faculta, em sentido inverso, ignorar, abrandar ou fantasiar prescrições legais referentes aos usos restritivos que, por exceção, sejam admitidos nos espaços protegidos, acima de tudo em APP.

7. Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. Se, diante de pleito do particular, o Administrador permanece silente, é intolerável que a partir da omissão estatal e do nada jurídico se entreveja salvo-conduto para usar e até abusar dos recursos naturais, sem prejuízo, claro, de medidas administrativas e judiciais destinadas a obrigá-lo a se manifestar e decidir.

8. Embora o licenciamento ambiental possa, conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizado, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios, não compete a nenhum deles - de modo direto ou indireto, muito menos com subterfúgios ou sob pretexto de medidas mitigatórias ou compensatórias vazias ou inúteis - dispensar exigências legais, regulamentares ou de pura sabedoria ecológica, sob pena de, ao assim proceder, fulminar de nulidade absoluta e insanável o ato administrativo praticado, bem como de fazer incidir, pessoalmente, sobre os servidores envolvidos, as sanções da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (arts. 66, 67 e 69-A) e da Lei da Improbidade Administrativa, às quais se agrega sua responsabilização civil em regime de solidariedade com os autores diretos de eventual dano causado.

HIPÓTESE DOS AUTOS 9. O Recurso Especial em questão debate, entre outros pontos, os efeitos da suspensão de ofício da Licença de Operação 12/2008, emitida pelo órgão ambiental do Estado de Mato Grosso do Sul e incorporada às razões de decidir do acórdão recorrido. Nos Embargos de Declaração, o *Parquet* suscita, de maneira expressa, a suspensão de ofício da licença concedida, bem como diversas outras omissões. Em resposta, o respectivo acórdão limita-se a apontar pretensão supostamente infringente, sem examinar as impugnações, todas pertinentes para o deslinde da controvérsia. Por essa razão, vislumbro ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes do STJ em situações análogas.

10. Recurso Especial parcialmente provido para anular o acórdão dos Embargos de Declaração. (REsp 1245149/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 13/06/2013)(grifos nossos)

Outrossim, as obrigações de fazer ou não-fazer destinadas à recomposição *in natura* do bem lesado e a indenização pecuniária são perfeitamente cumuláveis, ao menos em tese, por terem pressupostos diversos, priorizando os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental, nos termos dos artigos 225, §3º, da Constituição Federal e 4º da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Os deveres de indenizar e recuperar possuem natureza de ressarcimento cível, os quais almejam de forma simultânea e complementar a restauração do *status quo ante* do bem ambiental lesado, finalidade maior a ser alcançada pelo Poder Público e pela sociedade.

A possibilidade de cumulação visa, em última análise, evitar o enriquecimento sem causa, já que a submissão do poluidor tão somente à reparação do ecossistema degradado fomentaria a prática de ilícitos contra o meio-ambiente.

Inexistindo, portanto, *bis in idem*, os réus não se eximem da obrigação de indenizar ainda que demonstrem o propósito de recuperar a área ambientalmente degradada.

De acordo com esse entendimento, é a pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE

VIOLAÇÃO. ARTS. 130 E 131 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA PERSUAÇÃO RACIONAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, § 1º, DA LEI Nº 6.398/1981. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. MULTA DE QUE TRATA O ART. 538 DO CPC MANTIDA.

1. Não prospera a alegação de violação dos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, uma vez que os arestos recorridos estão devidamente fundamentados. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.

2. Não houve violação dos arts. 130 e 131 do CPC. Isso porque, tais artigos consagram o princípio da persuasão racional (livre convencimento), segundo o qual o magistrado fica habilitado a julgar a demanda, conforme seu convencimento, à luz do cenário fático-probatório dos autos, da jurisprudência aplicável ao caso concreto, da legislação adequada e das circunstâncias particulares da demanda.

3. A responsabilidade pelos atos que desrespeitam as normas ambientais é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa (art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81), mormente quando comprovado o nexo causal entre a conduta e o dano, como no caso presente. Precedentes: AgRg no AREsp 165.201/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/06/2012; REsp 570.194/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/11/2007.

4. *A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar.* Precedentes: REsp 1.227.139/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/04/2012; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011.

5. A exigência da comprovação do cumprimento de “Condicionantes” impostas pelo IBAMA deverá ser realizada na fase do cumprimento de sentença, por demandar considerável lapso temporal.

6. Não se aplica a Súmula 98 do STJ quando há renovação de embargos declaratórios que apenas repetem os temas elencados nos embargos anteriores. Multa do art. 538 que deve ser mantida.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 1307938/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 16/09/2014)(grifos nossos)

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. *A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual.* Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem

e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido.

(REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015)(grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). *REDUCTION AD PRISTINUM STATUM*. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL.

1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer). 4. De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influi, como regra, na responsabilização civil, tirantes as exceções em *numerus clausus* do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil.

5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda

à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo.

9. *A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível.*

10. Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadiço de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

11. No âmbito específico da responsabilidade civil do agente por desmatamento ilegal, irrelevante se a vegetação nativa lesada integra, ou não, Área de Preservação Permanente, Reserva Legal ou Unidade de Conservação, porquanto, com o dever de reparar o dano causado, o que se salvaguarda não é a localização ou topografia do bem ambiental, mas a flora brasileira em si mesma, decorrência dos excepcionais e insubstituíveis serviços ecológicos que presta à vida planetária, em todos os seus matizes.

12. De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária).

13. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009;

REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).

14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur*.

(REsp 1198727/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 09/05/2013)

Dessa forma, imperiosa a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos causados pela intervenção antrópica na área de preservação permanente, correspondente ao período temporal em que a coletividade esteve privada desse bem comum, cujo *quantum debeatur*, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, por se tratar de dano a direito e interesse difuso, deverá ser fixado na liquidação por arbitramento, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA PERTENCENTE A UNIÃO. DANO AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO. RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LOCAL. UNIÃO E IBAMA ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS. 1. Não há que se falar em ausência de fundamentação da sentença ou em julgamento *extra petita*. 2. Não houve violação à Lei Adjetiva Civil, na medida em que não ocorreu extrapolação do pedido. 3. A sentença proferida incorreu em julgamento *citra petita*. Omissão no tocante ao pleito de indenização pelo uso irregular da área da União, de uso comum do povo. 4. Não restou devidamente comprovado nos autos que o muro de contenção erigido era necessário à segurança da residência. 5. Demolição da obra e recomposição do local com pedregulhos, tendo em vista tratar-se de área marítima pertencente à União, com intuito de evitar degradações ambientais ainda maiores e corrigir, da melhor forma possível os danos causados. 6. Cabível a indenização por uso irregular e gratuito de área da União e os danos ambientais perpetrados. O valor deverá ser calculado em liquidação por arbitramento. 7. Apelações e remessa oficial providas.

(AC 00074010320104036104, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO AMBIENTAL PROPOSTA PARA CONDENÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO DERRAMAMENTO DE “ACETATO DE VINILA” NA ÁGUA DO MAR DO ESTUÁRIO DO PORTO DE SANTOS, JULGADA IMPROCEDENTE. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO POR GLOBAL TRANSPORTE OCEÂNICO S/A NÃO CONHECIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” DE OCEANUS AGÊNCIA MARÍTIMA RECONHECIDA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO: A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE É IMPRESCRITÍVEL (PRECEDENTES). INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DAS LEIS 6.938/81 E 7.347/85 (TEORIA DO RISCO INTEGRAL). EFETIVA PROVA DA OCORRÊNCIA DO VAZAMENTO DE SUBSTÂNCIA RECONHECIDAMENTE NOCIVA ÀS FORMAS DE VIDA. IRRELEVÂNCIA DA EXTENSÃO DO DERRAMAMENTO. INDENIZAÇÃO EM FACE DA TOXIDADE DA SUBSTÂNCIA QUÍMICA DERRAMADA, COM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO (PRECEDENTES). JUROS DE MORA, CORREÇÃO MONETÁRIA E VERBA HONORÁRIA.

(...)

10. Verificando-se a ocorrência de dano ambiental, necessário se faz fixar o “quantum” indenizatório, o qual deve ser suficiente para repercutir na esfera patrimonial do poluidor, desestimulando-o a praticar atos deletérios ao meio ambiente. O valor da indenização, no caso

em tela, deverá ser estimado por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do Código de Processo Civil, cujos parâmetros a serem utilizados para a fixação do valor deverão ser: 1) a quantidade de “acetato de vinila” derramado: aproximadamente 100 (cem) litros; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do produto químico derramado: “acetato de vinila” (VAM - IMO 3.2.1. - ONU - 1301), derivado de petróleo leve; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

11. Ao valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, deverá ser observado o que dispõe o seu artigo 406, oportunidade em que os juros serão computados com base na Taxa SELIC, excluindo qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.

12. Considerando-se o grau do zelo profissional, bem como a complexidade da ação, razoável a fixação da verba de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da condenação nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo mencionado no art. 13 da Lei 7.347/1985.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0013488-09.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 26/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2013)

Sobre o valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano até dezembro de 2002 (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, CC/16) e, a partir de janeiro de 2003, serão computados com base na Taxa SELIC, excluindo qualquer outro índice de correção ou de juros de mora (art. 406, CC/02), a partir do evento danoso.

A correção monetária deverá incidir com base nos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/10 do Conselho da Justiça Federal, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida pelos réus em apelação e, no mérito, nego-lhe provimento e dou provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0029033-54.1997.4.03.6100
(2009.03.99.029174-2)

Apelante: CT TUCANO IND. E COM. LTDA.
Apelados: CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS - CPAD E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Parte ré: ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1452860
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

DIREITO CIVIL: PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. PRINCÍPIO FIRST TO FILE. SISTEMA ATRIBUTIVO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. PRECEDÊNCIA. INFRACLASSES. SUBCLASSES. INTERCLASSES. USUÁRIO DE BOA-FÉ. DIREITO DE PRECEDENCIA AO REGISTRO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO INSTAURADO. RECONVENÇÃO EXTINTA. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Considerando que, se reconhecida a nulidade do ato que indeferiu o primeiro pedido de registro da marca, seus efeitos retroagem, atingindo, dessa forma, a validade dos registros que foram concedidos a marcas que tenham como base tal ato nulo, não há que se falar em prejudicado o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo do INPI que inviabilizou o pedido de registro, em razão de já ter sido concedido, posteriormente, o registro da mesma marca à apelada.

II - Ressalte-se que, em anulando o ato administrativo que indeferiu o pedido de registro de marca, ao concedê-lo, há resultado prático aos atos decorrentes, uma vez que a concessão dos registros de marcas idênticas configuraria titularidade ilegítima, deve ser acolhido o pedido de nulidade da sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito.

III - No que tange à reconvenção, não compete à Justiça Federal o julgamento do pedido, formulado pela ré reconvincente em face da autora reconvinida, de condenação desta a abster-se do uso da marca ou dos hinos que a compõem, uma vez que é matéria restrita a direito autoral e às duas empresas privadas, não cabendo a intervenção do INPI.

IV - Tendo em vista que direito autoral é matéria de competência da Justiça Estadual, pois o bem jurídico protegido constitui propriedade intelectual e as partes interessadas, que alegam ser titular do direito de edição de hinos, são empresas privadas, não havendo violação a bem, interesse ou serviço da União ou autarquia federal, como o INPI, ou empresa pública federal, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para processar e julgar tal reconvenção. Assim sendo, julga-se extinta a reconvenção, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

V - Levando-se em conta a natureza da ação, tem-se que os fatos que se pretendem provar independem da produção de prova pericial, sendo certo que as provas juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia posta no feito.

VI - Da análise das marcas “ARPA” (nominativa), “ARPA” (mista) e “HARPA PENTE-

COSTAL” (nominativa), identifica-se semelhança fonética de parte dos seus elementos e o fato de estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, critérios estes entre os previstos no artigo 65, n° 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogada pela Lei 9.279/96) que dispõe sobre o impedimento do registro de marcas que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras marcas já registradas.

VII - No entanto, a semelhança é muito pequena, uma vez que é limitada, restrita à fonética de parte da marca “HARPA PENTECOSTAL”, não havendo confusão nem mesmo com relação ao sentido: a) contém disparidade na forma e extensão da grafia; b) é similar na fonética de apenas um dos termos, apesar de, tanto no conjunto que a compõe quanto na parte fonética semelhante (harpa), individualmente, ser inconfundível, uma vez que tais elementos foneticamente semelhantes são diferentes tanto na grafia quanto no significado gramatical; c) a marca “HARPA PENTECOSTAL”, apreciada no conjunto, não apenas pelos detalhes isolados dos elementos de composição: “PENTECOSTAL” e “HARPA” que a compõem, não deixa dúvida no observador.

VIII - De fato, a pequena semelhança fonética de um dos elementos entre as marcas é irrelevante, não induzindo a confusão ou associação entre elas, devendo ser apreciadas no conjunto e não pelos elementos que as compõem isoladamente.

IX - Além da marca “HARPA PENTECOSTAL” ser distinta da marca “ARPA”, tanto pelo elemento de composição, com similaridade restritamente fonética, “HARPA” quanto no vocábulo “PENTECOSTAL”, não reproduzindo ou imitando a marca “ARPA”, a classificação de seus produtos também são distintos infraclasse, sendo que, apesar de fazerem parte da mesma classe genérica (Classe 16: papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos), são subclassificadas em itens limitadores diferentes (“ARPA”- item 10: Papel e papelão e “HARPA PENTECOSTAL” - Item 20: Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral), ou seja, fazem parte de diferentes infraclasse, não induzindo o consumidor a adquirir produto da empresa autora, pensando tratar-se de produtos da empresa ré.

X - Entre as marcas “ARPA” e “HARPA PENTECOSTAL”, embora se observe identidade fonética em um dos dois elementos que compõe esta última, o remanescente é totalmente distinto, o elemento de mesma identidade fonética também é distinto tanto na forma gráfica quanto no significado, além de pertencer a infraclasse diferente, situação que, por si só, leva à conclusão de impossibilidade de erro, não cabendo o indeferimento de seu registro.

XI - Cabe por oportuno considerar que a marca nominativa “HARPA CRISTÂ”, de produto na Classe 11.10 (Classe 11= revistas, jornais e publicações periódicas, item 10 = jornais, revistas e publicações periódicas em geral), concedida pelo INPI, em 25/06/76, à parte ré apelada CPAD, ou seja, 10 (dez) anos após a concessão à marca “ARPA”, depositada esta em 22/05/61 e concedida em 18/10/66, impeditiva da marca “HARPA PENTECOSTAL”, pedido depositado em 01/08/94, tendo em seu bojo o elemento “harpa”, e convivendo sem qualquer notícia de conflito.

XII - Ainda que se diga que as marcas “ARPA” e “HARPA CRISTÂ” são de classes de produtos diferentes, 16.20 e 11.10 respectivamente, por isso a concessão de marca com o mesmo elemento que foi motivo para impedir o registro de outra marca (“HARPA PENTECOSTAL”, classe 16.20), não seria o caso de evitar a colidência por afinidade

de produtos interclasses, como é o caso da Classe 11 e 16, ou evitar a delimitação inadequada, uma vez que o item 20, limitador da Classe 16, Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral, tem mais afinidade com o item 10 da Classe 11: jornais, revistas e publicações periódicas em geral, do que com o item 10: Papel e papelão, da classe 16, motivo do indeferimento do pedido de registro da marca destinada a assinalar uma coletânea de hinos evangélicos.

XIII - Como a reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17, da Lei 5772/71, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto, não há que se falar em anterioridade impeditiva em sendo a marca “HARPA PENTECOSTAL” para distinguir uma coletânea de hinos evangélicos (livro) e a marca “ARPA” para designar especificamente papel e papelão, produtos esses distintos e consumidores específicos, do contrário, seria o caso também de colidência por afinidade de produtos interclasses, ou seja, com a Classe 11.10, da marca “HARPA CRISTÃ”.

XIV - Considere-se o já decidido em ação ajuizada pela parte ré, na Justiça Estadual, em face da parte autora apelante, com vistas a esta abster-se de usar a marca “HARPA PENTECOSTAL”, onde se concluiu que a expressão “harpa”, utilizada em composição com outras palavras, não induz à confusão, nem semelhança com a marca “HARPA CRISTÃ”, sendo julgada improcedente a ação.

XV - Cabe salientar que os termos “arpa” e “harpa” são de uso comum, não cabendo sua apropriação exclusiva, tanto fonética, ortográfica quanto do sentido que carregam consigo, impedindo o registro, desta forma, signo distintivo que se utilize de qualquer um desses termos, mesmo em combinação com outro, como é caso da marca “HARPA PENTECOSTAL” e até mesmo “HARPA CRISTÃ”. Dessa forma, conclui-se que nem mesmo a extrema desatenção do consumidor o levaria a erro. Além do fato de que nomes foneticamente iguais para produtos diferentes não dão o direito de uso exclusivo da marca.

XVI - Analisando os autos, a decisão administrativa que indeferiu, em 16/07/1996, o pedido, depositado em 01/08/94, de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, da parte autora apelante, e conduziu o seu arquivamento em 25/03/97, deve ser anulada, uma vez que tal marca possui característica e distintividade suficiente, podendo conviver pacificamente no mercado com as marcas nominativa e mista “ARPA”, concedidas em 18/10/66 e 09/10/1994 respectivamente, apontadas como impeditivas, pois não enseja confusão ou associação indevida, além do fato de na época o INPI já ter concedido o registro para a marca “HARPA CRISTÃ”, ue contém o elemento “HARPA”, o que configuraria motivo idêntico para seu indeferimento, se considerada, como o instituto autárquico considerou com relação à marca em debate, colidência por afinidade de produto interclasses, o que não ocorreu, encerrando tal procedimento patente violação ao princípio da isonomia.

XVII - Considerando o caráter usual da expressão em tela, vide, inclusive, o decidido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, quando relacionado ao mesmo ramo mercadológico, não haveria como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, sem qualquer elemento que distinguísse o signo ou ressalva da não exclusividade de uso da expressão “arpa”, isoladamente, mas somente do seu conjunto.

XVIII - Ressalte-se que a lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, atreladas exclusivamente a uma única empresa e impedindo, dessa forma, que sejam registradas

por outras empresas como marca mista, dentro de um conjunto marcário, este sim, de fato, protegido com exclusividade, como é caso das marcas “HARPA PENTECOSTAL” e “HARPA CRISTÃ”, ou não teria o legislador inserido a ressalva “salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva”, quer no aspecto gráfico ou no fonético.

XIX - O INPI, em reexame da matéria, reitera a colidência fonética entre os termos “ARPA” e “HARPA”, apesar de, no mesmo dia em que indeferiu o pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, para a parte autora, 25/03/97, requerido em 01/08/94, concedeu a mesma marca “HARPA PENTECOSTAL”, classe 11.10, nº 818.297.778, para a parte ré, 25/03/97, antes da cessão dos direitos da marca “ARPA”, realizado em 16/04/1997, impeditiva do registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, sob o fundamento de que o outro pedido foi arquivado, coincidentemente no mesmo dia, 25/03/97, encontrando-se esse processo administrativo, segundo o INPI em contestação, com recurso de Revisão Administrativa, por parte da autora apelante.

XX - Assim, a manutenção de tal ato administrativo acarreta sérios prejuízos à apelante, uma vez que é impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeita a ver a sua marca sendo utilizada por terceiros, de forma injusta, decorrente de entendimento contraditório adotado por parte do INPI.

XXI - Como se não bastasse, em 17/03/98, o INPI concedeu o registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, classe 16.20, nº 818.297.786, depositada em 18/01/95 pela empresa ré, apesar de já se encontrar em curso a presente ação, ajuizada em 12/08/97, e a que tramitou na Justiça Estadual desde 1995, sendo negado provimento ao recurso de apelação em 14/05/97.

XXII - Cabe destacar que o direito para a proteção das marcas no Brasil se adquire através do registro no INPI e não pelo seu uso no comércio, conforme expresso no art. 129, caput, da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96.

XXIII - Ou seja, o direito sobre a marca se constitui de um ato administrativo do Estado, representado este pelo INPI, após o processo de registro da marca, concedido ao interessado se atendidos os requisitos da LPI, aplicando-se o princípio first to file, ou seja, concedido àquele que primeiro depositou a marca no INPI, sistema este atributivo, ao contrário do sistema declaratório em que o direito de propriedade sobre a marca é reconhecido a partir do seu uso no comércio.

XXIV - Como acima exposto, no sistema atributivo brasileiro, o direito de propriedade é constituído somente no ato de concessão do registro pelo INPI, cabendo apenas uma hipótese de exceção a tal regra, em que é reconhecido o direito ao usuário de boa-fé, conforme o disposto no § 1º do artigo 129 da LPI: “§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.”.

XXV - Ressalte-se que o reconhecimento da precedência, acima exposto, é uma exceção ao princípio first to file, em que se considera à marca usada de boa-fé, com mais de 6 (seis) meses de antecedência em relação a um terceiro que primeiro depositou sinal idêntico ou semelhante no INPI, o direito de precedência ao registro.

XXVI - No entanto, tal direito de precedência deve ser exercido antes do ato de concessão do registro a terceiro, uma vez que a lei garante o direito de precedência do registro e não o direito ao registro, ou seja, o direito só pode ser exercido antes de haver registro no âmbito do procedimento administrativo instaurado junto ao INPI, não podendo ser reconhecido outro pedido de registro como uma oposição a um pe-

dido de registro já concedido.

XXVII - A lei assegura o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro, de modo que tal arguição só pode ser realizada no âmbito do procedimento administrativo de concessão instaurado perante o INPI, antes da concessão do registro marcário.

XXVIII - A utilização da marca “HARPA PENTECOSTAL” pela parte autora TC, antes dos depósitos dos pedidos das marcas “HARPA PENTECOSTAL” n.ºs 818.297.778 e n.º 818.297.786 pela empresa apelada CPAD, restou comprovada nos autos, inclusive o próprio depósito do pedido de registro, rejeitado pela instituição competente para concedê-lo, em desacordo com as disposições legais, e os recursos administrativos interpostos, são anteriores às indevidas concessões.

XXIX - O recorrente, além de utilizar, comprovadamente, de boa-fé a marca “HARPA PENTECOSTAL”, a mais de 2 (dois) anos antes dos registros das marcas “HARPA PENTECOSTAL” pela empresa apelada, se opôs, administrativamente, antes e depois das concessões dos registros, realizadas de forma não isonômica, comprovando tal direito.

XXX - Desta forma, cabe tanto a nulidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” n.º 817.967.591 quanto a nulidade dos registros das marcas “HARPA PENTECOSTAL” de n.ºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas, não podendo o titular de tal direito ser protegido pelo registro marcário inválido e exercê-lo da maneira que melhor lhe aprouver, em afronta ao artigo 129, § 1º, da Lei de Propriedade Industrial.

XXXI - O recurso provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento do pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” n.º 817.967.591, e os deferimentos dos pedidos de registro das marcas “HARPA PENTECOSTAL” de n.ºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas.

XXXII - Enfim, o ato nulo não gera qualquer direito, porquanto os seus efeitos se dissolvem *ex tunc* desde o momento em que tenha sido decretada a nulidade, sendo descabida a alegação de boa fé da parte de alguém que tinha ciência de que estava requerendo uma marca que era imitação fiel, irmã gêmea de outra já em uso e em processo de análise do seu registro pelo INPI.

XXXIII - Reconvenção extinta, sem resolução de mérito. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso para desconstituir a sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e com fulcro no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, não conhecer dos pedidos formulados na reconvenção, declarando sua extinção sem resolução de mérito, conforme o art. 267, inciso IV, do CPC; e julgar procedente o presente pedido, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de apelação interposta por CT TUCANO IND. E COM. LTDA, contra r. Sentença de fls. 551/553 que, nos autos da ação, de rito ordinário, anulatória de ato administrativo, proposta em face da CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS - CPAD e do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, assim dispôs:

(...)

É relatório. Fundamento e decido.

O caso é de julgamento da lide principal no estado atual, nos termos do artigo 329 do CPC, por ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a ausência superveniente de interesse processual.

É que está prejudicado o pedido para decretar a nulidade “do ato administrativo que inviabilizou o pedido de depósito da marca “HARPA PENTECOSTAL” da Requerente, sendo então prontamente viabilizado”.

De nada adianta anular a decisão do INPI que determinou o desarquivamento do pedido de registro dessa marca.

A titularidade da marca “HARPA PENTECOSTAL” foi concedida pelo INPI à ré CPDA em 17.3.1998, sob nº 818297786 (fl. 265), e não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade deste registro.

Mesmo que se determinasse o desarquivamento no INPI do pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, formulado pela autora, tal pedido esbarraria no óbice da titularidade, pela ré CPDA, do registro da mesma marca no INPI sob nº 818297786.

Do mesmo modo, a concessão desse registro à ré CPDA prejudica o pedido para anular o “ato administrativo que decidiu pela viabilização do pedido de depósito da marca “Harpa Pentecostal” da Requerida CPAD, que deve ser inviabilizado”.

Não haveria nenhum resultado prático em anular a decisão do INPI que decidiu pela viabilização do pedido de marca “HARPA PENTECOSTAL” em benefício da CPDA, porque esta é agora titular do registro dessa marca no INPI, e não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade deste registro.

No que diz respeito à pretensão da autora, de “Abstenção ao uso da marca “Harpa Pentecostal” pela requerida CPDA”, falece à Justiça Federal competência para julgá-la. Reporto-me aos fundamentos abaixo para decretar a incompetência absoluta da Justiça Federal para julgar a reconvenção apresentada pela ré reconvinte.

Ainda, a pretensão de “Declaração de inexistência de colidência fonética entre a “Harpa” da “Harpa Pentecostal” da Requerente e a “Arpa” da Requerida Arpa Artefatos de Papel e Papelão Ltda.” (cedida por esta à ré CPDA) também não tem mais nenhum sentido prático.

Dessa declaração não decorreria a decretação de nulidade do registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” no INPI sob nº 818297786, que permanece existente, válida e eficaz, pois não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade desse registro.

Agora a reconvenção. O caso também é de julgamento no estado atual, nos termos do artigo 329 do CPC, por ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a incompetência absoluta da Justiça Federal.

Realmente, à Justiça Federal não compete o julgamento do pedido formulado na reconvenção pela ré reconvinte CPDA em face da autora reconvinda CT, de condenação desta a abster-se do uso da marca “HARPA PENTECOSTAL” ou dos hinos que a compõem.

De um lado, não cabe a intervenção do INPI nessa reconvenção, restrita a duas empresas privadas, que não estão sujeitas à competência da Justiça Federal em razão da pessoa.

De outro, não sendo a matéria determinante da competência da Justiça Federal (competência

em razão da matéria), esta não tem competência para processar e julgar demanda em que se pede abstenção de uso de marca.

Somente em uma única situação há competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido de abstenção de uso de marca: quando tal pedido é formulado em demanda na qual se pede a decretação de nulidade marca, por força do artigo 173, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, que estabelece: “O Juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios”.

No presente caso, conforme já afirmei, não há pedido de decretação de nulidade de registro de marca. Daí a impossibilidade de a Justiça Federal julgar o pedido.

Ainda que assim não fosse, a ré reconvinde, a CDPA, já ajuizou na Justiça Estadual demanda cominatória em face da autora reconvinda, a TC, pedindo exatamente a condenação desta a abster-se de usar a marca “HARPA PENTECOSTAL”. Tal demanda foi julgada improcedente, conforme acórdão de fls. 30/33, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Esses fatos não foram negados pela CDPA, que não pode renovar na Justiça Federal demanda julgada improcedente pela Justiça Estadual. É certo que não se tem nos autos prova do trânsito em julgado desse acórdão. Mas no mínimo haveria litispendência.

Dispositivo

Não conheço dos pedidos formulados na lide principal e na reconvenção e decreto a extinção delas sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil.

Por haver a autora reconvinda sucumbido na lide principal e a ré reconvinde na reconvenção, há sucumbência recíproca integral, cabendo-lhes arcar com as custas que dispenderam e com os honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, atualizado desde o ajuizamento pelos índices das ações condenatórias em geral, sem a Selic, previstos na Resolução 561/2007, do Conselho da Justiça Federal.

Certificado o trânsito em julgado, se nada for requerido no prazo de 5 (cinco) dias arquivem-se os autos.

(...)

Em suas razões de apelação (fls. 564/569), sustenta a empresa apelante:

1 - nulidade da sentença recorrida ante ao fato de ter aplicado o disposto no artigo 329 do CPC, sendo que o registro da apelada foi deferido posteriormente ao ajuizamento da presente demanda;

2 - que, se a apelante foi quem depositou primeiro a marca, a ela deve ser deferido o direito de uso;

3 - que o direito deve ser exercido por quem primeiro reivindica à autoridade administrativa;

4 - que a apelante é titular, exclusiva, do direito de edição dos hinos de Paulo Leivas Macalão, conforme contrato juntado aos autos;

5 - que a CPAD, sem autorização da apelante, edita e usa o título HARPA PENTECOSTAL em nítido ato de pirataria;

Requer seja reformada a sentença, determinando que a apelada, CPAD, se abstenha de usar a marca HARPA PENTECOSTAL.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões (fls. 583/597 e 666/671), subiram estes autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Com razão a apelante.

Trata-se de ação, ajuizada por CT TUCANO IND. E COM. LTDA, cujo objetivo é:

a) a anulação do ato administrativo que, realizada com base no artigo 65, item 17 da Lei 5.772/71, inviabilizou o registro do pedido de depósito da marca nominativa “HARPA PENTECOSTAL”, nº 817.967.591, de produto na classe 16.20, de titularidade da apelante, em razão, segundo o INPI, a anterioridade do registro das marcas “ARPA”, nominativa e mista, de produto na classe 16.10, e colidência fonética entre elas, entendendo a autora apelante que as duas marcas são empregadas em produtos totalmente distintos, se destinando a marca “HARPA PENTECOSTAL” a assinalar hinários evangélicos e a marca “ARPA” à designação de artefatos de papel e papelão (bobinas ou resnas), devendo, assim, ser viabilizada;

b) a anulação do ato administrativo que viabilizou o pedido de depósito da marca nominativa “HARPA PENTECOSTAL”, nº 818.297.778, de produto na classe 11.10, de titularidade da apelada CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS - CPAD;

c) a abstenção da CPAD ao uso da marca “HARPA PENTECOSTAL”;

d) a declaração de inexistência de colidência fonética entre o elemento nominativo “harpa” da marca “HARPA PENTECOSTAL” e “arpa” da marca “ARPA”, atualmente titular a CPAD e originariamente a ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA;

e) e a condenação dos apelados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

INTERESSE PROCESSUAL

A preliminar de carência de ação, por ausência de interesse processual, confunde-se com o mérito da causa e por isso com ele será apreciada, não havendo que se falar em estar prejudicado o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo do INPI que inviabilizou o pedido de registro, em 01/08/94, da marca “HARPA PENTECOSTAL” da autora apelante em razão de já ter sido concedido, posteriormente (17/03/98 e 25/03/97), o registro da mesma marca à apelada CPAD, considerando-se que, se reconhecida a nulidade do ato que indeferiu o primeiro pedido de registro da marca, seus efeitos retroagem, atingindo, dessa forma, a validade dos registros que foram concedidos a marcas que tenham como base tal ato nulo.

Havendo, portanto, resultado prático com relação à hipótese de declaração de inexistência de colidência entre as marcas “ARPA” e “HARPA PENTECOSTAL” e à decisão do INPI que concedeu o registro da mesma marca (HARPA PENTECOSTAL) a quem quer que fosse.

Ressalto que, em anulando o ato administrativo que indeferiu o pedido de registro de marca, ao concedê-lo, há resultado prático aos atos decorrentes, uma vez que a concessão dos registros de marcas idênticas configuraria titularidade ilegítima.

Conforme o acima exposto, deve ser acolhido o pedido de nulidade da sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, porquanto a discussão posta na ação originária visa anular o ato administrativo promovido pelo INPI e todos os seus efeitos.

Nada obstante a decisão de primeiro grau não ter enfrentado o pedido, configurada está a sua nulidade e, considerando que a matéria encontra-se madura para julgamento, passo à sua análise, conforme autorizado pelo artigo 515, §3º, do CPC:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. JULGAMENTO DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TAXA REFERENCIAL (TR). POSSIBILIDADE.

1. Não obstante o art. 515, § 3º, do CPC, utilize a expressão “exclusivamente de direito”, ao permitir que o Tribunal conheça desde logo da lide, no caso de extinção sem exame de mérito, na verdade não excluiu a possibilidade de julgamento da causa quando não houver necessidade de outras provas. O mencionado dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 330, o qual permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente questões de direito ou, “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Assim, firmada a conclusão adotada pelo Tribunal a quo na suficiência de elementos para julgar o mérito da causa, não pode esta Corte revê-la sem incursionar nas provas dos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

2. “No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei nº 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico” (REsp 969.129/MG, SEGUNDA SEÇÃO).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 619405/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 08/06/2010)

Preliminar superada, passo à análise da reconvenção e do mérito do recurso.

RECONVENÇÃO

No que tange à reconvenção, não compete à Justiça Federal o julgamento do pedido, formulado pela ré reconvinte CPDA em face da autora reconvinda CT, de condenação desta a abster-se do uso da marca “HARPA PENTECOSTAL” ou dos hinos que a compõem, uma vez que é matéria restrita a direito autoral e às duas empresas privadas, não cabendo a intervenção do INPI.

Tendo em vista que direito autoral é matéria de competência da Justiça Estadual, pois o bem jurídico protegido constitui propriedade intelectual e as partes interessadas, que alegam ser titular do direito de edição dos hinos de Paulo Leivas Macalão, são empresas privadas, não há violação a bem, interesse ou serviço da União ou autarquia federal, como o INPI, ou empresa pública federal, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para processar e julgar tal reconvenção.

É pacífica a jurisprudência neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Em face do princípio da especialidade, o crime do art. 184, § 2º, do Código Penal, prevalece sobre o delito de descaminho, independentemente da origem do fonograma ou videofonograma reproduzido com violação ao direito do autor. Precedentes.

2. *Cingindo-se a denúncia ao crime de violação de direito autoral, sem imputar aos Recorrentes qualquer conduta que possa evidenciar eventual crime de descaminho, inexistente ofensa a bem, interesse ou serviço da União, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para decidir o feito.*

3. *Recurso provido para reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito.* (grifos meus)
(STJ - RHC nº 21.841-PR, 5ª Turma)

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE MARCA. EXISTÊNCIA DE COLIDÊNCIA COM MARCA ALHEIA ANTERIORMENTE REGISTRADA. LEI Nº 9.279/96. RECONVENÇÃO. ABSTENÇÃO DE USO DA MARCA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

(AC 199551010029205, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 30/09/2008 - Página::268.)

Assim sendo, julgo extinta a reconvenção, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

PERICIA

É certo que foi dada oportunidade às partes, havendo nos autos despachos para que especificassem as provas que pretendessem produzir, (fls. 114,125 e 130) comprovando os fatos constitutivos de direito e de fato.

Consoante o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil:

cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Diante de tal quadro, sendo o juiz o destinatário da prova, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, cabe a ele verificar a necessidade de realização de alguma das espécies admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Com relação à prova pericial, confira-se o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo juiz, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Destarte, levando-se em conta a natureza da ação, tenho que os fatos que se pretendem provar independem da produção de prova pericial, sendo certo que as provas juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia posta no feito.

SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA DOS PEDIDOS E CONCESSÕES DAS MARCAS, EM DEBATE, JUNTO AO INPI:

(fl. 172)

Marca Nominativa: "ARPA", 4º decênio (02/09/97)

Classe: 16.10

Especificação: papel e papelão

Natureza: produto

Situação: registro

Marca: 003.411.109

Depósito: 22/05/61

Data da concessão: 18/10/66

Vigência: 18/10/06

Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

02/09/97: ARPA Artefatos de Papel e Papelão Ltda

16/04/97: cessão (fl. 259)

12/08/97: ação ordinária, 8ª Vara Federal, processo nº 97.0029033-6

01/09/98: CED ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA

(fls. 550/551)

Marca Nominativa: “HARPA CRISTÃ”, 3º decênio (16/04/96)

Classe: produtos/serviços: 11.10

Especificação dos produtos/serviços: jornais, revistas e publicações periódicas em geral.

Marca: 006.360.580

Data da concessão: 25/06/76

Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 171)

Marca Mista: “ARPA”

Classe: 16.10

Natureza: produto

Especificação: papel e papelão

Marca: 811.166.376

Deposito: 12/05/1983

Data da concessão: 09/10/94

Situação: extinto

Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

14/02/95: Int Governat

21/10/97: CED ARPA Artefatos de Papel e Papelão Ltda

14/04/98: Req Editora BRTRC Pet 052292 de 09/12/97

23/06/98 prestação de esclarecimentos qto ao objeto social da cessionária

23/06/98, transferência anotada na RPI 1403, em 21/10/97

01/09/98 CED ARPA ATEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA

29/11/05 EXTINTO inciso I do art. 142 da LPI

(fl. 61/62)

Marca Nominativa: “HARPA CRISTÃ”

Classe: 16.20

Natureza: produto

Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral

Marca: 817.924.868

Depósito: 27/07/94

Viável: 28/03/95 (fl. 61)

24/10/95: deferido

23/04/96: pedido exp rec

25/02/97: arquivamento, item 17, art 65 do CPI: REG 811.166.376

Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fls. 21/40 e 168)

Marca Nominativa: “HARPA PENTECOSTAL”

Classe: 16.20

Natureza: produto

Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral

Numero do pedido: 817.967.591

Depósito: 01/08/94

Recurso contra o indeferimento: 05/01/1995

Resposta ao recurso: 24/02/1997 [obs.: fonética e graficamente (?) colidentes]

Indeferimento: 16/07/96

Arquivamento: 25/03/97

12/08/97: ação ordinária 8º Vara Federal, proc nº 97.0029033-6
Titular: Confecções Tucano Ind. Com. De Roupas Ltda

(fl. 7 e 30/36)

Ação nº 1203/95, 2ª Vara do Força Regional de Vila Prudente/SP: abstenção do uso de marca com pedido cominatório.
12/08/1997 inicial

(fls. 63/64 e 36/39)

Marca Nominativa: "HARPA PENTECOSTAL"

Classe: 11.10

Natureza: produto

Especificação: jornais, revistas e publicações periódicas em geral

Marca: 818.297.778

Depósito: 18/01/95

24/02/1997: Resposta ao pedido da TC (05/01/1995), de Revisão Administrativa (art. 65, item 17, do CPI)

Data da concessão: 25/03/97 (antes da data de cessão do direito "ARPA")

Vigência: 25/03/97

16/04/97: cessão direito marca "ARPA"

14/05/97: Acórdão TJ/SP apelação cível nº 281.548-1/5

12/08/97: INICIAL JF

19/05/98: Pedido de Revisão Administrativa por TC (fl. 55 e doc. Fls. 63/64)

Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 28)

24/02/1997: Resposta ao pedido da TC (fls. 35/39), em 05/01/1995, de Revisão Administrativa contra marca 818.297.778, (art. 65, item 17 do CPI), conforme acima.

25/03/97:

ARQUIVAMENTO do pedido de marca "HARPA PENTECOSTAL" a TC e;

CONCESSÃO do pedido de marca "HARPA PENTECOSTAL" a CPAD.

16/04/97 cessão da marca "ARPA" a CPAD

19/05/98: Revisão administrativa do despacho de Concessão do registro RPI 1373 de 25/03/1997, pedido de Revisão Administrativa da marca nº 818.297.778, por: Confecções Tucano Indústria e Comércio de Roupas LTDA.

Segundo o INPI em contestação:

- (fl. 55), este processo encontra-se com recurso de Revisão Administrativa (doc. 3, fls. 63/64);
- o registro da marca 818.297.778 foi deferido vez que a anterioridade impeditiva foi arquivada (fl. 58).

Pedido de cessão e transferência da marca ARPA: 16/04/97

Cessão e transferência à Casa Publicadora da Assembleia de Deus os direitos sobre a marca ARPA

(fls. 65/66 e 265)

Marca Nominativa: "HARPA PENTECOSTAL", 1º decênio (17/03/98)

Classe: 16.20

Natureza: produto

Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral

Marca: 818.297.786
Depósito: 18/01/95
Ação JF/SP: 12/08/97
Acórdão TJ/SP: 14/05/97
Data da concessão: 17/03/98
Vigência: 17/03/98
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD
Data despacho: 02/06/98
Texto despacho: ação ordinária 8ª Vara Federal/SP, proc. 97.0029033-6
Já é registro e hoje se encontra sustado a vista da presente ação (fl 55 e doc 4)

(fl. 253)

Marca Nominativa: “HARPA CRISTÃ”, 1º decênio 17/03/98
ncl(8)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: livros, impressos
Numero do pedido: 819.913.510
Depósito: 12/05/97
Data da concessão: 05/11/2002
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 190)

Alega a CPAD que a cessão da marca “ARPA”, 003.411.109, foi anterior (16/04/97) ao ajuizamento da presente ação (12/08/97).

(fl. 254)

Marca Nominativa: “HARPA”, 1º decênio 26/09/2000
ncl (7)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: álbuns, calendários de folhas soltas, folhetos, livros, livros de canções.
Número do pedido: 819.913.529
Depósito: 12/05/97
Data da concessão: 26/09/2000
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fls. 30/36)

14/05/1997: Acórdão do TJSP, Apelação Cível nº 281.548-1/5, 7ª Câmara S.L.
Autor: CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS
Réu: TUCANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Pedido: não utilizar a expressão “HARPA” e deixar de plagiar o hinário da apelante.
Resultado da ação: improcedente e negado provimento ao recurso.
Segundo o entendimento do TJSP, a expressão “harpa” identifica instrumento musical de cordas dedilháveis e hinos religiosos, enquanto “arpa” vem do verbo arpar, não cabendo o uso exclusivo da expressão, por constituírem palavras de uso comum (fls. 33), incorporadas à linguagem comum, apesar de ambas as partes comercializarem produtos do mesmo ramo, mas não se verificando a confusão apontada pela CPAD.

12/08/1997 inicial

(fl. 252)

Marca Mista: “HARPA CRISTÃ”, 1º decênio 05/11/2002

ncl(8)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: livros, impressos (material)
Numero marca: 820.308.935
Depósito: 08/10/97
Data da concessão: 05/11/2002
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

Conforme a Classificação Nacional de Produtos e Serviços e guia do usuário:

O ato normativo que criou a Classificação Nacional de Produtos e Serviços estabeleceu um limite: cada pedido de registro de marcas deverá assinalar uma única classe. Adicionalmente, dentro da classe escolhida, o pedido poderá compreender até o máximo de três itens. No caso de medicamentos, o limite é de dois itens. Duas premissas estiveram presentes na elaboração da Classificação:

- Estabelecer uma linguagem que agregasse produtos e serviços, utilizando denominações genéricas que delimitassem adequadamente o âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, permitissem a análise de colidências por *afinidade de produtos/serviços, intra e interclasses*.
- Estabelecer um código, fixado em quatro dígitos, que traduzisse cada linha de produto/serviço, a fim de permitir a automação. Os dois primeiros dígitos *representam a classe do produto ou serviço e os dois dígitos finais o item específico dentro da classe*.

A classificação foi instituída pelo Ato Normativo 51, de 1981 e já existem estudos em andamento para sua atualização. A diretiva básica será sua compatibilização com a Classificação Internacional de Nice, adotada por diversos países, e que representa, a exemplo da congênere Classificação Internacional de Patentes, uma referência básica em termos de padronização internacional.

A Classificação atual é composta de 41 classes, sendo 35 referentes a produtos e seis a serviços. Conforme explicado, cada uma das classes é dividida em itens. Algumas classes, normalmente as mais demandadas, possuem grande número de itens.

(...).

Tabela de Classificação de Produtos e Serviços

(...)

Classe 11

Revistas, jornais e publicações periódicas.

Item 10

Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.

Notas explicativas

Incluem-se neste item exclusivamente *publicações com previsão e compromisso de periodicidade*, cujo conteúdo de cada edição não represente mera atualização ou complementação da edição anterior.

Classe 16

Papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos.

Item 10

Papel e papelão.

Notas explicativas

Incluem-se neste item os papéis em bobina ou em resma, excluindo-se o papel para forrar interiores (item 27.20) e papel para cigarro (item 34.20).

Os confetes, serpentinas e demais papéis simplesmente cortados de qualquer forma também estão incluídos neste item, exceto os papéis higiênicos e papéis impregnados com substân-

cias para higiene pessoa (item 03.20), toalhas de papel (item 24.20), lenços de papel (item 25.50) etc.

Item 20

Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral.

Notas explicativas

Consideram-se para efeito deste item, como impressos, os papéis para serem escritos, mesmo contendo pautas, timbres ou quaisquer indicações. Por exemplo: papel almaço pautado, cadernos escolares, livros de contabilidade, duplicatas, faturas, etiquetas etc.

Incluem-se, também, neste item, *os artigos para encadernação e gravuras.* (grifos meus)

Da análise das marcas “ARPA” (nominativa), “ARPA” (mista) e “HARPA PENTECOSTAL” (nominativa), identifica-se semelhança fonética de parte dos seus elementos e o fato de estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, critérios estes entre os previstos no artigo 65, n° 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogada pela Lei 9.279/96) que dispõe sobre o impedimento do registro de marcas que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras marcas já registradas.

No entanto, a semelhança é muito pequena, uma vez que é limitada, restrita à fonética de parte da marca “HARPA PENTECOSTAL”, não havendo confusão nem mesmo com relação ao sentido, conforme abaixo:

- contém disparidade na forma e extensão da grafia;
- é similar na fonética de apenas um dos termos, apesar de, tanto no conjunto que a compõe quanto na parte fonética semelhante (harpa), individualmente, ser inconfundível, uma vez que tais elementos foneticamente semelhantes são diferentes tanto na grafia quanto no significado gramatical;
- a marca “HARPA PENTECOSTAL”, apreciada no conjunto, não apenas pelos detalhes isolados dos elementos de composição: “PENTECOSTAL” e “HARPA” que a compõem, não deixa dúvida no observador.

De fato, a pequena semelhança fonética de um dos elementos entre as marcas é irrelevante, não induzindo a confusão ou associação entre elas, devendo ser apreciadas no conjunto e não pelos elementos que as compõem isoladamente.

Além da marca “HARPA PENTECOSTAL” ser distinta da marca “ARPA”, tanto pelo elemento de composição, com similaridade restritamente fonética, “HARPA” quanto no vocábulo “PENTECOSTAL”, não reproduzindo ou imitando a marca “ARPA”, a classificação de seus produtos também são distintos infraclasses, sendo que, apesar de fazerem parte da mesma classe genérica (Classe 16: papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos), são subclassificadas em itens limitadores diferentes (“ARPA”- item 10: Papel e papelão e “HARPA PENTECOSTAL” - Item 20: Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral), ou seja, fazem parte de diferentes infraclasses, não induzindo o consumidor a adquirir produto da empresa autora, pensando tratar-se de produtos da empresa ré.

Entre as marcas “ARPA” e “HARPA PENTECOSTAL”, embora se observe identidade fonética em um dos dois elementos que compõe esta última, o remanescente é totalmente distinto, o elemento de mesma identidade fonética também é distinto tanto na forma gráfica quanto no significado, além de pertencer a infraclasse diferente, situação que, por si só, leva à conclusão de impossibilidade de erro, não cabendo o indeferimento de seu registro.

Partindo das duas premissas utilizadas na elaboração da Classificação Nacional de Produtos e Serviços para o registro de marcas, conforme anteriormente transcrito:

- 1)- Estabelecer uma linguagem que agregasse produtos e serviços, utilizando denominações genéricas que delimitassem adequadamente o âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, permitissem a análise de colidências por afinidade de produtos/serviços, intra e interclasses;
- 2)- Estabelecer um código, fixado em quatro dígitos, que traduzisse cada linha de produto/serviço, a fim de permitir a automação. Os dois primeiros dígitos representam a classe do produto ou serviço e os dois dígitos finais o item específico dentro da classe.

Cabe por oportuno considerar que a marca nominativa “HARPA CRISTÃ”, de produto na Classe 11.10 (Classe 11= revistas, jornais e publicações periódicas, item 10 = jornais, revistas e publicações periódicas em geral), concedida pelo INPI, em 25/06/76, à parte ré apelada CPAD, ou seja, 10 (dez) anos após a concessão à marca “ARPA”, depositada esta em 22/05/61 e concedida em 18/10/66, impeditiva da marca “HARPA PENTECOSTAL”, pedido depositado em 01/08/94, tendo em seu bojo o elemento “harpa”, e convivendo sem qualquer notícia de conflito.

Ainda que se diga que as marcas “ARPA” e “HARPA CRISTÃ” são de classes de produtos diferentes, 16.20 e 11.10 respectivamente, por isso a concessão de marca com o mesmo elemento que foi motivo para impedir o registro de outra marca (“HARPA PENTECOSTAL”, classe 16.20), não seria o caso de evitar a colidência por afinidade de produtos interclasses, como é o caso da Classe 11 e 16, ou evitar a delimitação inadequada, uma vez que o item 20, limitador da Classe 16, Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral, tem mais afinidade com o item 10 da Classe 11: jornais, revistas e publicações periódicas em geral, do que com o item 10: Papel e papelão, da classe 16, motivo do indeferimento do pedido de registro da marca destinada a assinalar uma coletânea de hinos evangélicos?

Como a reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17, da Lei 5772/71, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto, não há que se falar em anterioridade impeditiva em sendo a marca “HARPA PENTECOSTAL” para distinguir uma coletânea de hinos evangélicos (livro) e a marca “ARPA” para designar especificamente papel e papelão, produtos esses distintos e consumidores específicos, do contrário, seria o caso também de colidência por afinidade de produtos interclasses, ou seja, com a Classe 11.10, da marca “HARPA CRISTÃ”.

Nessa linha é o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RESPONSABILIDADE DO INPI NAS AÇÕES DE CANCELAMENTO DE MARCA. USO DE NOMES IGUAIS A PRODUTOS DIFERENTES NÃO DÁ DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA MARCA. AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO.

1. Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

2. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento à apelação, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

3. *Nomes iguais para produtos diferentes não dá direito a uso exclusivo da marca. Esse foi o entendimento firmado pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao*

julgar o caso de duas empresas que possuem produtos distintos, embora pertencentes a um mesmo segmento.

4. Em relação ao pedido do INPI de que não pode ser incluído no polo da ação, nada a deferir, tendo em vista que o INPI pode ser incluído como assistente litisconsorcial nas ações de nulidade de marca.

5. No presente caso, a parte agravante não trouxe subsídios suficientes para afastar a aplicação do art. 557, do Código de Processo Civil ou mudar meu entendimento acerca da matéria em debate no presente agravo.

6. Agravo legal improvido. (grifos meus)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AC 0000398-77.2004.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 18/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2015)

ADMINISTRATIVO - NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 65, ITEM 17 DO CPI - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO - DECLARAÇÃO DE REGISTRO NO INPI. I - *A reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17 do CPI, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto. Portanto, sendo a apelante um Veículo de Comunicação e a apelada um Agente de Propaganda, prestadoras de distintos serviços, com consumidores específicos, não há que se falar em anterioridade impeditiva.* II - *Ato administrativo ilegítimo, que nega a proteção ao nome fornecido pelo registro, a marca já existente e registrada.* III - *Recurso provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) por serem ilegítimas e sejam deferidos os pedidos de registro da ora apelante.* (grifos meus) (AC 9802059706, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SEGUNDA TURMA, DJU - Data: 08/08/2003 - Página::309.)

Considere-se o já decidido em ação ajuizada pela parte ré CDPA, na Justiça Estadual (fls. 30/36), em face da parte autora apelante TC, com vistas a esta abster-se de usar a marca “HARPA PENTECOSTAL”, onde se concluiu que a expressão “harpa”, utilizada em composição com outras palavras, não induz à confusão, nem semelhança com a marca “HARPA CRISTÃ”, sendo julgada improcedente a ação, conforme acórdão abaixo transcrito:

(...)

Trata-se de apelação interposta contra a decisão (fls. 92/95), cujo relatório se adota, prolatada na ação Ordinária de Preceito Cominatório aforada pela CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS contra TUCANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, julgada improcedente condenando a autora no pagamento de honorários arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa.

Apela a vencida, buscando a reforma do julgado (fls. 97/102). Sustenta que utilizando da faculdade contida na Lei 5.772/71 atual Código de Propriedade Industrial (CPI) obteve junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), o registro da marca “HARPA CRISTÃ” com direito ao uso exclusivo no território nacional, face a anterioridade de registro - Certificado 00630580, na classe 11.10. Entretanto, a ré está copiando o hino relativos a obra mencionada de forma irregular em concorrência desleal. Somente o titular de uma marca registrada é que tem o direito de usá-la.

A ré ingressou com pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” na classe 16, sendo o pedido indeferido (art. 65 item 17 do CPI), porquanto os registros 003411109 e 81116637, pertencem a titular da marca “ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA”. A requerida justifica a utilização da marca por ser o nome “HARPA” nome comum e vulgar, sem originalidade. Requer o provimento do recurso para obrigar a requerida a não utilizar a expressão “HARPA” e deixar de plagiar o hinário da apelante.

Contra-arrazoado (fls. 106/112), requer a apelada o desprovemento do recurso. Tece comentários quanto a prova produzida. Diz que a matéria posta em discussão se restringe a discussão de edição de livros e não relativa a edições periódicas de revistas e jornais. A expressão “HARPA” não colide com a expressão “Arpa Artefatos de Papel e papelão Ltda”. Diante do indeferimento do pedido de registro, ingressou com recurso administrativo. A expressão “Harpa” é vulgar, sem originalidade (art. 65, item 20 do CPI). Requer o desprovemento do recurso. Efetuado o preparo (fls. 103/104), subiram os autos.

RELATÓRIO

A matéria posta em discussão revela que a ré estaria utilizando a marca “Harpa Pentecostal” em suas edições de hinários religiosos, fato que estaria causando confusão entre o público consumidor da autora, visto ser esta detentora de registro de marca “Harpa Cristã” junto ao INPI, e ter portanto direito de uso exclusivo à sua utilização em todo o território nacional. “Harpa” segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira - Novo Dicionário da Língua Portuguesa pelo Latim Vulgar identifica Instrumento de cordas dedilháveis, conhecidos desde a Antiguidade. Hoje, instrumento aproximadamente triangular, de cordas desiguais, que se tangem com os dedos das duas mãos, e dotado de um mecanismo de pedais ... que não se confunde com “Arpa” do verbo arpar.

No escólio de JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES - Tratado da Propriedade Industrial, Editora Resenha Tributária, 1988 Vol. I, pg. 280, diz que sob o título de Denominação necessária ou vulgares Gama Cerqueira leciona que as denominações necessárias ou vulgares dos produtos também podem servir de marca, mas precisam revestir de forma distinta, não podendo o comerciante ou industrial se apropriar dos nomes do produto que vende ou fabrica, impedindo que seus concorrentes exerçam o direito de se servirem dele. O uso exclusivo dessas denominações violaria, sem dúvida, a liberdade de comércio, estabelecendo o monopólio direito da venda ou fabricação de toda espécie de produto, uma vez que se fosse lícito a qualquer comerciante ou industrial apropriar-se da denominação empregada, de modo corrente, pelo público e pelo comércio para designá-los.

A denominação necessária ou vulgar de um produto pode ser adotada de modo exclusivo para assinalar produtos diversos, constituindo, nesse caso, simples denominação de fantasia, salvo se for suscetível de induzir o consumidor em erro sobre a natureza, a qualidade e composição do produto. Em nosso direito as denominações “necessárias” distinguem-se das denominações “vulgares”, embora na prática conforme observação de Carvalho de Mendonça, sejam empregadas como uma única expressão - denominação necessárias ou vulgares - ou como expressões equivalentes.

Com efeito, as duas expressões não possuem o mesmo sentido, pois a denominação necessária pode ser vulgar sem ser necessária ... a respeito das denominações necessárias e vulgares, nenhum desses nomes e denominações podem dizer-se indispensáveis por não serem os únicos. Mas tanto a denominação científica do produto ou artigo, como os seus nomes corretos, inclusive denominações populares, não podem ser apropriados privativamente por qualquer pessoa (Obra citada pg. 281). O artigo 65, item 20 do CPI estabelece ainda não ser registrável nome, denominações, sinal, figura ou símbolo de uso necessário ou vulgar, quando tiver relação com produto, mercadoria ou serviço, salvo se revestirem de suficiente forma distintiva, não merecendo, assim, melhores considerações os fatos apontados no curso do processo.

Restou incontroverso que a expressão “HARPA” que não se confunde com expressão “Arpa - verbo” vem sendo utilizada desde a Antiguidade para identificar instrumento de corda e na atualidade para identificar instrumento musical triangular dotado de pedais, como também para identificar Livro de Cântico Religioso e não uma determinada marca, incorporando-se a linguagem comum do povo. Em outras palavras, o uso exclusivo da expressão “Harpa” não tem cabimento, por constituir palavra de uso comum da população que expressa o sentido a identificar instrumento musical como também a Livro de Cântico Religioso. A expressão quando incorporada à linguagem comum de um povo torna-se vulgar, sem originalidade como

é o caso da expressão “Harpa” que vem sendo utilizada não só para identificar instrumento musical como hinos religiosos.

Como bem salientou o MM. Juiz a “quo” (fls. 94), inobstante ambos os litigantes comercializem produtos do mesmo ramo, não se verifica a confusão apontada pela autora, porquanto a palavra “Harpa” é ordinariamente utilizada pela população e, portanto, não serve de elemento identificador de nenhuma empresa, produto ou estabelecimento comercial. A referida expressão gera apenas efeitos como marca de expressão, não se podendo sustentar que a expressão “HARPA CRISTÃ” seja semelhante à expressão “HARPA PENTECOSTAL”.

(...)

Assim, o uso da expressão “Harpa” utilizado em composição com outras palavras não induz a nenhuma confusão, nem constitui concorrência desleal. A expressão “Harpa Pentecostal” não apresenta nenhuma semelhança com a expressão “Harpa Cristã” seja semelhante à expressão “HARPA PENTECOSTAL”. Por medida de cautela, deixa-se de apreciar os argumentos ofertados pela autora no sentido de que o pedido formulado pela apelada perante o órgão competente e por se tratar de matéria estranha a esse procedimento.

Assim, o uso da expressão “Harpa” utilizado em composição com outras palavras não induz a nenhuma confusão, nem constitui concorrência desleal. A expressão “Harpa Pentecostal” não apresenta nenhuma semelhança com a expressão “Harpa Cristã”.

Por fim, o fato de estar a apelada plagiando o hino da autora é matéria impertinente a esse procedimento, porquanto é resguardada pelo Direito Autoral. O objeto do pedido formulado na inicial se restringe a utilização da marca que viola os direitos da recorrente.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Júlio Vidal.

Cabe salientar que os termos “arpa” e “harpa” são de uso comum, não cabendo sua apropriação exclusiva, tanto fonética, ortográfica quanto do sentido que carregam consigo, impedindo o registro, desta forma, signo distintivo que se utilize de qualquer um desses termos, mesmo em combinação com outro, como é caso da marca “HARPA PENTECOSTAL” e até mesmo “HARPA CRISTÃ”.

Dessa forma, conclui-se que nem mesmo a extrema desatenção do consumidor o levaria a erro. Além do fato de que nomes foneticamente iguais para produtos diferentes não dão o direito de uso exclusivo da marca.

Nesse sentido, assim já decidiu esta Egrégia Corte:

ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA DE REGISTRO DE MARCA. INPI. “PEG PAG” E “PAG-LEVE” MARCAS QUE NÃO SE CONFUNDEM. CARÁTER SUBJETIVO DO EXAME. APELO PROVIDO.

1. Conforme o art. 65, item 17, da Lei nº 5.772/71, não basta que a marca cuja anulação de registro se pretende seja semelhante, incidindo a irregistrabilidade apenas se constatado que a mesma possa causar erro, dúvida ou confusão com outra anteriormente registrada, a evidenciar o caráter necessariamente subjetivo do exame que deve ser feito sobre a questão.

2. Entre as marcas “PEG PAG” e “PAG-LEVE” embora observe-se identidade gráfica e fonética em um dos dois elementos que as compõem, o remanescente é totalmente distinto, além de colocado em posição invertida em relação ao similar, situação que, por si só, já poderia levar à conclusão de impossibilidade de erro.

3. De outro lado, encaradas as duas marcas como um todo, aqui abstraindo-se o elemento que as aproxima, a pronúncia completa deixa claro que, sob a ótica estritamente fonética, nenhuma similaridade existe entre os termos, levando à conclusão de que somente exacerbada desatenção do consumidor poderia levá-lo ao erro temido pela Apelada e vislumbrada na r. sentença.

4. Isoladamente considerado, o termo “PAG”, embora inovador por constituído da corruptela

do modo imperativo do verbo “pagar”, somente faz sentido se associado ao elemento anterior “PEG” deixando clara a indicação do modo de funcionamento da empresa Autora que, por se tratar de um supermercado, orienta seus consumidores a se servirem em suas gôndolas e, ao final, pagar a conta devida.

5. Nesse quadro, não se pode dizer que o registro da marca “PAG-LEVE” pela empresa Ré constitua cópia indevida ou possa confundir o consumidor, pois, aqui, clara é a indicação do funcionamento distinto, pagando o consumidor o preço da mercadoria e levando-a consigo.

6. Apelo provido. Pedido julgado improcedente, com inversão dos ônus da sucumbência. (TRF 3ª Região, TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO, AC 0643277-90.1984.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO CARLOS LOVERRA, julgado em 02/08/2007, DJU DATA:04/10/2007)

Analisando os autos, entendo que a decisão administrativa que indeferiu, em 16/07/1996, o pedido, depositado em 01/08/94, de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, da parte autora apelante, e conduziu o seu arquivamento em 25/03/97, deve ser anulada, uma vez que tal marca possui característica e distintividade suficiente, podendo conviver pacificamente no mercado com as marcas nominativa e mista “ARPA”, concedidas em 18/10/66 e 09/10/1994 respectivamente, apontadas como impeditivas, pois não enseja confusão ou associação indevida, além do fato de na época o INPI já ter concedido o registro para a marca “HARPA CRISTÃ”, que contém o elemento “HARPA”, o que configuraria motivo idêntico para seu indeferimento, se considerada, como o instituto autárquico considerou com relação à marca em debate, colidência por afinidade de produto interclasses, o que não ocorreu, encerrando tal procedimento patente violação ao princípio da isonomia.

Nessa linha, trago à colação os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE ANULOU REGISTRO DE MARCA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA - AGRAVO PROVIDO. I - Além da clara distinção gráfica e fonética entre as alegadas marcas colidentes, segundo manifestou-se nos autos, a agravada não se utiliza comercialmente da marca “FLEBONITRIN”, e tampouco tem interesse em mantê-la sob sua propriedade, o que afasta completamente o risco de se gerar confusão ao público consumidor; II - *O ato administrativo que anulou o registro da marca “FLEBON”, de propriedade da agravante, encerra patente violação ao princípio da isonomia, na medida em que o INPI, antes da concessão do registro da marca da agravada, já havia concedido o registro, na mesma classe de produto, para várias marcas contendo o radical “FLEBO”;* III - *A manutenção da decisão agravada poderá acarretar sérios prejuízos à agravante, uma vez que poderá vir a ser impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeitar a ver a sua marca sendo utilizada parasitariamente por terceiros;* IV - Agravado de instrumento provido. (grifos meus)

(AG 201202010178919, Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 06/12/2013.)

APELAÇÕES - REMESSA NECESSÁRIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - COLIDÊNCIA ENTRE MARCAS - EXPRESSÃO DE USO COMUM - RECURSOS IMPROVIDOS I - A sistemática da lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, nos casos em que o significado corriqueiro da palavra possa de alguma forma invocar o produto, ou suas qualidades, ainda que remotamente - ou não teria o legislador inserido a ressalva “salvo quando revestidos

de suficiente distintividade”, inserto no artigo 124, VI, da LPI. II - Sabe o legislador que a linguagem é instrumento imprescindível a todas as atividades humanas, exigindo, por óbvio, que o uso de uma expressão extraída de um idioma vivo - a título de marca - importe em grande dose de criatividade do interessado, de modo a lhe conferir um novo significado, sem prejuízo daquele já empregado corriqueiramente pelos falantes da língua, sob pena de traduzir-se em título sem capacidade de impedir outros registros (com a mesma expressão) resultando no que a doutrina denomina de “marca fraca”. III - Entendimento sobejamente adotado pelo INPI no dia a dia de suas atribuições, e que pode ser conferido em seu cadastro, constituído por inúmeras marcas, como bem visto na sentença, que se utilizam das expressões FRUT E FRUIT. IV - Apelações e Remessa Necessária improvidas.

(TRF - 2ª Região - AC 2006.51.01.530157-6 - v.u. - Rel. Des. Messod Azulay Neto - j. 30/06/2009 - DJU em 10/07/2009 - pág. 156, grifos nossos)

Com efeito, tais evocativos, sendo de uso comum, não poderiam ser apropriados com exclusividade, cabendo a convivência, desde que haja uma mínima diferença, procedendo, portanto, a pretensão da empresa autora apelante, uma vez que as marcas em questão são gráfica e gramaticalmente diferentes.

Tanto é assim que, considerando o caráter usual da expressão em tela, vide, inclusive, o decidido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 30/36), quando relacionado ao mesmo ramo mercadológico, não haveria como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, sem qualquer elemento que distinguísse o signo ou ressalva da não exclusividade de uso da expressão “arpa”, isoladamente, mas somente do seu conjunto.

Cabe salientar que as expressões de uso comum não são suscetíveis de uso exclusivo.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do julgado a seguir transcrito e o entendimento jurisprudencial:

COMERCIAL. MARCA. VOCÁBULO DE USO COMUM. Não obstante o registro como marca, a expressão “off price” pode ser usada no contexto da denominação de um centro comercial. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 237.954/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 15/03/2004, p. 264)

(STJ - REsp nº 62.754, SP, Relator o Ministro Nilson Naves, D.J.U. 03.08.98);

(STJ - REsp nº 242.083, RJ, Relator o Ministro Menezes Direito, D.J.U. 05.02.2001);

Ressalte-se que a lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, atreladas exclusivamente a uma única empresa e impedindo, dessa forma, que sejam registradas por outras empresas como marca mista, dentro de um conjunto marcário, este sim, de fato, protegido com exclusividade, como é caso das marcas “HARPA PENTECOSTAL” e “HARPA CRISTÃ”, ou não teria o legislador inserido a ressalva “salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva”, quer no aspecto gráfico ou no fonético.

Confirmam-se, por todos, os Julgados cujas ementas seguem reproduzidas:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO. REGISTRO. LIMITAÇÃO DE USO. ART. 124, INCISO VI, LEI Nº 9.279/96. 1. A marca registrada junto ao INPI sem direito ao uso exclusivo torna possível o uso por empresas do mesmo ramo de atividades, desde que no sentido comum e em conjunto com outros elementos identificadores. 2. O art. 124, inciso VI, da LPI veda o registro como marca do “sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou sim-

plesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva”. 3. A expressão “PERSONAL PARK” tem caráter necessário, comum ou vulgar, relacionando-se intrinsecamente com o serviço a distinguir, inserido na classe NCL (8) 39, referindo-se a serviços de administração e locação de estacionamentos e estacionamento de carros. 4. O registro da locução “PERSONAL PARK” só é efetivamente possível sob a forma de apresentação mista, vale dizer, porque está associada a outros elementos identificadores que lhe conferem a distintividade suficiente a autorizar o registro, que, todavia, deverá ostentar a ressalva de não exclusividade sobre o uso do elemento nominativo. Considerando o caráter usual da expressão em tela, quando relacionado ao ramo mercadológico da empresa-autora, não há como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, dada a ausência de elementos que propiciem a necessária distintividade ao signo. 5. Apelação provida.

(AC 200751018107507, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::05/05/2009 - Página::180/181.)

DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AGRAVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA VER RECONHECIDA A DISTINTIVIDADE DA MARCA “ACESSORIOS MODERNOS” E COMPELIR O INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI A EXCLUIR OU ALTERAR A RESSALVA FEITA EM SEU REGISTRO NO SENTIDO DE QUE A SUA TITULAR NÃO TEM “DIREITO AO USO EXCLUSIVO DO ELEMENTO NOMINATIVO”. I - O elemento nominativo da marca mista ACESSORIOS MODERNOS é descritivo dos produtos para os quais foi registrado (artigos de vestuário, calçados, chapelaria e bijuteria), motivo porque não se cogita da apropriação dessa expressão de uso comum e apenas é possível o deferimento da exclusividade em função do conjunto formado pela disposição figurativa diferenciada, inexistindo qualquer ilegalidade na restrição feita no certificado de registro quanto ao uso exclusivo do elemento nominativo, de forma a impedir a concessão de uso exclusivo a sinais genéricos e designativos de qualidade. II - Agravo desprovido.

(AGV 200702010062430, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::30/01/2008 - Página:: 302/303.)

O INPI, em reexame da matéria, reitera a colidência fonética entre os termos “ARPA” e “HARPA” (fls. 54/58), apesar de, no mesmo dia em que indeferiu o pedido de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” nº 817.967.591, para a parte autora TC, 25/03/97, requerido em 01/08/94, concedeu a mesma marca “HARPA PENTECOSTAL”, classe 11.10, nº 818.297.778, para a parte ré CPAD, 25/03/97, antes da cessão dos direitos da marca “ARPA”, realizado em 16/04/1997, à CPAD, impeditiva do registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, sob o fundamento de que o outro pedido foi arquivado, coincidentemente no mesmo dia, 25/03/97, encontrando-se esse processo administrativo, segundo o INPI em contestação às fl. 55, com recurso de Revisão Administrativa (doc. 3 às fls. 63/64), por parte da autora apelante TC.

Assim, a manutenção de tal ato administrativo acarreta sérios prejuízos à apelante, uma vez que é impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeita a ver a sua marca sendo utilizada por terceiros, de forma injusta, decorrente de entendimento contraditório adotado por parte do INPI.

Como se não bastasse, em 17/03/98, o INPI concedeu o registro da marca “HARPA PENTECOSTAL”, classe 16.20, nº 818.297.786, depositada em 18/01/95 pela empresa ré CPAD, apesar de já se encontrar em curso a presente ação, ajuizada em 12/08/97, e a que tramitou na Justiça Estadual desde 1995, sendo negado provimento ao recurso de apelação em 14/05/97,

Cabe destacar que o direito para a proteção das marcas no Brasil se adquire através do registro no INPI e não pelo seu uso no comércio, conforme expresso no art. 129, caput, da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96, *in verbis*:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Ou seja, o direito sobre a marca se constitui de um ato administrativo do Estado, representado este pelo INPI, após o processo de registro da marca, concedido ao interessado se atendidos os requisitos da LPI, aplicando-se o princípio *first to file*, ou seja, concedido àquele que primeiro depositou a marca no INPI, sistema este atributivo, ao contrário do sistema declaratório em que o direito de propriedade sobre a marca é reconhecido a partir do seu uso no comércio.

Como acima exposto, no sistema atributivo brasileiro, o direito de propriedade é constituído somente no ato de concessão do registro pelo INPI, cabendo apenas uma hipótese de exceção a tal regra, em que é reconhecido o direito ao usuário de boa-fé, conforme o disposto no § 1º do artigo 129 da LPI:

§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Ressalte-se que o reconhecimento da precedência, acima exposto, é uma exceção ao princípio *first to file*, em que se considera à marca usada de boa-fé, com mais de 6 (seis) meses de antecedência em relação a um terceiro que primeiro depositou sinal idêntico ou semelhante no INPI, o direito de precedência ao registro.

No entanto, tal direito de precedência deve ser exercido antes do ato de concessão do registro a terceiro, uma vez que a lei garante o direito de precedência do registro e não o direito ao registro, ou seja, o direito só pode ser exercido antes de haver registro no âmbito do procedimento administrativo instaurado junto ao INPI, não podendo ser reconhecido outro pedido de registro como uma oposição a um pedido de registro já concedido.

A lei assegura o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro, de modo que tal arguição só pode ser realizada no âmbito do procedimento administrativo de concessão instaurado perante o INPI, antes da concessão do registro marcário.

Nessa linha, trago à colação os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª 5ª Região, assim como desta Egrégia Corte:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. INPI. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO. UTILIZAÇÃO DE MARCA DESDE A INAUGURAÇÃO DO ESTABELECIMENTO NO ANO DE 2005. COMPROVAÇÃO. PRECEDÊNCIA AO REGISTRO. LEI 9279/1996, ART. 129, PARÁGRAFO 1. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (“PER RELATIONEM”). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF. 1. Cuida-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para determinar que o instituto proceda à análise do pedido de registro da marca “DONNA CASA” (P.A. 902608622) com precedência sobre o pedido de registro da marca “DONNA DONNA CASA” (PA. 901187178), nos termos do art. 129, parágrafo 1, da Lei

9279/96, sob o fundamento de que os documentos acostados à exordial atestam que a autora utiliza formalmente sua marca desde o ano de 2005, a despeito de não se poder precisar o tempo de uso da outra marca em questão, em decorrência da ausência de documentos e da revelia do segundo réu. 2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (“per relationem”) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adota-se, portanto, os termos da sentença como razões de decidir. 3. (...) *“Na hipótese vertente, é nítida a colisão entre as marcas em epígrafe. Vejamos: (a) os signos ostentam o mesmo elemento característico - DONNA; (b) há identidade mercadológica entre os produtos ofertados pelas partes, os quais são comercializados em estabelecimentos da mesma natureza; (c) é bastante acentuada a possibilidade de se gerar confusão entre o público consumidor. Diante desse fato, imperioso dirimir qual delas deve preponderar, dada a impossibilidade de coexistirem simultaneamente no mundo jurídico, ex vi do art. 129 da Lei 9279/96”*. 4. (...) *“Embora a autora só tenha pedido o registro da marca “DONNA CASA” em 17.05.2010, posteriormente ao pedido de registro da marca “DONNA DONNA CASA”, formulado pelo segundo réu em 17.09.2008 (fls. 36 e 89), verifico que aquela tem precedência sobre esta”*. 5. (...) *“Com efeito, os documentos colacionados à vestibular dão conta de que a autora utiliza formalmente sua marca desde 2005, quando seu estabelecimento foi inaugurado no Shopping Midway Mall (fls. 40/63)”*. 6. (...) *“Ao revés, não se pode precisar o tempo de uso da marca “DONNA DONNA CASA”, em virtude da ausência de documentos e da revelia do segundo réu, cujos efeitos nos levam a inferir que, de fato, a marca “DONNA CASA” já existia quando se resolveu fazer o depósito daquela”*. 7. (...) *“Registre-se, por oportuno, que o art. 129, parágrafo 1, da Lei 9279/96 apenas estabelece o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro. Assim, levando-se em conta que ainda não houve a superveniência da concessão do registro ao segundo réu, o exercício de tal benefício, o qual, diga-se de passagem, constitui exceção ao sistema atributivo, não se encontra precluso”*. 8. (...) *“Noutro passo, consigno que o INPI em momento algum deu causa aos eventuais transtornos da autora. Isso porque ele apenas se imiscuiu do seu mister de processar o pedido administrativo 901187178 (fl. 89), após a competente verificação da ausência de registro de marca idêntica/semelhante em seu sistema e de proceder à referida publicação exigida pelo art. 158 da Lei 9279/96”*. Apelação improvida. (grifos meus)
(AC 00035933220104058400, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 25/07/2013 - Página::126.)

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDÊNCIA. NOME COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO. 1. Indeferido o requerimento formulado no procedimento administrativo instaurado perante o INPI, referente à nulidade do registro de marca concedida, o prazo de prescrição para propositura de ação, na forma do art. 174 da Lei de Propriedade Industrial, deve ser contado a partir da decisão exarada pela autoridade marcária no referido procedimento. 2. *Como exceção à regra prevista no art. 129 da Lei nº 9.279/96 (sistema atributivo), temos o direito de precedência, segundo o qual o utente de boa-fé pode, sob determinadas condições, fazer prevalecer o uso anterior sobre pedido de registro depositado, impugnando-o com base no uso anterior (in Comentários à Lei de Propriedade Industrial, Instituto Dannemann Siemsem de Estudos de Propriedade Industrial, Ed. Renovar, São Paulo, 2005, pg. 257)*. Porém, não havendo qualquer documento nos autos indicando que a parte autora ofereceu oposição ao registro da parte ré no momento oportuno, o qual, segundo bem leciona parte da doutrina, seria o prazo concedido para terceiros impugnarem o pedido de registro de marca, ou seja, o prazo de oposição previsto no art. 158 da LPI (60 dias), descabe invocar tal direito para anular judicialmente tal registro. 3. O art. 124, inciso V da LPI, determina que não são registráveis como marca reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador

de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos, de modo que, afastada a possibilidade de confusão, não se aplica tal proibição. 4. O direito de precedência ao registro da marca importa em conceder tal registro à parte interessada que o postula, ainda que ela não tenha apresentado o depósito anteriormente, seja com base na comprovação de uso anterior da marca (art. 129, §1º da LPI), seja pela proteção conferida ao nome comercial (art. 124, V da LPI) ou pelo fato de deter uma marca notória (art. 126 da LPI), devendo tal direito ser afastado na hipótese em que a parte autora não formulou qualquer pedido de registro, pretendendo, tão-somente, a proteção de seu nome comercial. 5. Recurso de apelação provido, para afastar a prescrição e, com base no disposto no art. 515, §1º, do CPC, julgado improcedente o pedido. (grifos meus). (AC 201151018039980, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 14/05/2013.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO DA MARCA “VILLA COUNTRY”. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. ART. 129, §1º, DA LEI 9.279/96. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. PERTINÊNCIA. 1. *Trata-se de ação declaratória de nulidade de marca, proposta por Villa Country Maclemon Ltda. em face de Água das Rochas Ltda e do INPI, objetivando o reconhecimento do direito da autora à utilização da marca “Villa Country”.* 2. Consoante se extrai das disposições do art. 129, caput, da Lei 9.279/96, o sistema vigente em nosso ordenamento jurídico é o atributivo, de acordo com o qual a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido, que assegura a seu titular uso exclusivo em todo o território nacional. Excepcionando a regra acima, temos o direito de precedência, segundo o qual aquele que utilizava de boa-fé a marca pode, sob determinadas condições, fazer prevalecer o uso anterior sobre pedido de registro depositado por terceiro, conforme previsão do art. 129, § 1º, da LPI. 3. *Hipótese em que o depósito do pedido de registro da marca, pela agravada Água das Rochas Ltda., foi realizado em 19/04/2002, ou seja, posteriormente à constituição social da agravante Villa Country Maclemon Ltda., cuja data de abertura consta de 08/10/2001.* À vista da anterioridade de sua constituição social em relação ao pedido de registro formulado pela ré, vislumbra-se, em sede de cognição sumária, a pertinência da prova pericial requerida, sendo plausível a necessidade de se constatar se, por ocasião do requerimento do registro pela agravada Água das Rochas Ltda., a marca “Villa Country” já estava sendo usada de boa-fé pela agravante, há pelo menos seis meses, a ensejar eventual direito de precedência. 4. A identidade entre a marca registrada pela agravada (Água das Rochas Ltda.) e o nome empresarial da agravante indica a presença de indícios de possível utilização da marca “Villa Country” pela agravante, anteriormente ao depósito do pedido de registro da marca pela corré Água das Rochas Ltda, tratando-se, por certo, de fatos, cuja comprovação, por prova exclusivamente testemunhal e/ou documental, pode mostrar-se insuficiente. 5. Desnecessidade do pedido de expedição do mandado de constatação, com vistas a verificar, nas dependências da agravada, a atual utilização da marca, por tratar-se de medida que não guarda correspondência com o aludido direito de precedência. É certo que, a partir do registro junto ao INPI, eventual utilização da marca pela agravada Água das Rochas Ltda goza de presunção relativa de legitimidade. 6. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento. (grifos meus) (AI 00154735020134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO CIVEL. Lei 9.276/96 - ART. 173 LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO REGISTRO E USO DA MARCA. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. USO EMPRESARIAL. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. EXERCIDA OPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA E AÇÃO JUDICIAL. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. APELOS IMPROVIDOS. I. *Consoante ao art. 173 a ação de nulidade poderá ser*

proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, no parágrafo único consta que o juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios. II - O ordenamento jurídico vigente adota o sistema atributivo, no qual a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, assegurando-se a seu titular uso exclusivo em todo o território nacional. Excepciona-se esta regra através do direito de precedência do pré-utente de boa-fé, desde que alegado até a concessão do registro. Inteligência do art. 129, caput e § 1º, da Lei nº 9.279/96. III - Comprovação pelo pré-utente, dentro do prazo de oposição, nos termos do artigo 158 da Lei 9.279/96 e judicialmente nos termos do art. 178 do mesmo diploma legal. IV - A tese de defesa apresentada pelos apelantes de que o direito de oposição foi exercido fora do prazo, porquanto somente em abril de 2002 não prevalece porque os apelantes confundem a oposição apresentada em 22.11.1999, documentos às fls. 20; 110 e 118, com a petição inominada apresentada pelos apelados 5.04.2002 às fls. 20. V - Verifica-se nos documentos juntados pelo próprio INPI às fls.110/118, a oposição intentada pela empresa apelada titular do CGC 44944668000162 - Justino de Moraes Irmãos S/A, tal afirmação consta do processo de número 821812076, especificamente às fls. 110 e 118 dos autos. VI - Pelos documentos comprobatórios, a marca Magnum foi depositada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial pela empresa "Case Corporation" em 03/09/1999, havendo registro de oposição em 22.11.1999, pela empresa apelada titular do CGC 44944668000162 - Justino De Moraes Irmãos S/A, entretanto não consta dos autos resultado da oposição mencionada, demonstrando desídia por parte do INPI quando não justificou nem se manifestou acerca decisão denegatória da oposição, mas que em 21.12.2004 concedeu o registro da marca Magnum à empresa requerida, consoante documento de fls. 110. VII - Há documentação comprobatória que demonstra uso anterior da marca pela apelada de 1989 à 2005. VIII - Reexame necessário e Apelos improvidos. (grifos meus)
(AC 00001094620054036102, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/02/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A utilização da marca "HARPA PENTECOSTAL" pela parte autora TC, antes dos depósitos dos pedidos das marcas "HARPA PENTECOSTAL" nºs 818.297.778 e nº 818.297.786 pela empresa apelada CPAD, restou comprovada nos autos, inclusive o próprio depósito do pedido de registro, rejeitado pela instituição competente para concedê-lo, em desacordo com as disposições legais, e os recursos administrativos interpostos, são anteriores às indevidas concessões.

O recorrente, além de utilizar, comprovadamente, de boa-fé a marca "HARPA PENTECOSTAL", a mais de 2 (dois) anos antes dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" pela empresa apelada, se opôs, administrativamente, antes e depois das concessões dos registros, realizadas de forma não isonômica, comprovando tal direito.

Desta forma, cabe tanto a nulidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591 quanto a nulidade dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas, não podendo o titular de tal direito ser protegido pelo registro marcário inválido e exercê-lo da maneira que melhor lhe aprouver, em afronta ao artigo 129, § 1º, da Lei de Propriedade Industrial.

O recurso deve ser provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento do pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591, e os deferimentos dos pedidos de registro das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas.

Por fim, até se poderia concordar com o INPI em sua atitude excessivamente rigorosa caso se tratasse de política efetivamente geral e indiscrepante. Porém, como bem demonstrado, merece anulação o ato indeferitório do pedido do autor, determinando-se ao INPI seu processamento.

Destaco, a seguir, trecho do voto prolatado pela e. Ministra Nancy Andrighi no julgado colacionado, acerca da nulidade, quando se reconhece a existência de determinado vício apto a macular a concessão do registro desde seu início, e, justamente por ser inviável a manutenção de algo válido por ser nulo *ab ovo* é que se operam os efeitos retroativos (*ex tunc*):

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO E AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL INOCORRENTES. CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. CADUCIDADE. EFEITOS PROSPECTIVOS (*EX NUNC*). FINALIDADE DA LEI.

[...]

3. Denomina-se técnica de política judiciária a discussão sobre a direção - para frente (*ex nunc*) ou para trás (*ex tunc*) - e a extensão - limitada ou ilimitada - da atividade temporal dos efeitos de determinado instituto jurídico.

Quando o legislador é silente acerca de sua definição, cabe ao Poder Judiciário preencher essa lacuna. Precedente do STF.

4. A nulidade do registro de marca industrial ocorre quando se reconhece a existência de determinado vício apto a macular a concessão do registro desde seu início. Quando for impossível manter a validade de algo nulo *ab ovo*, operam-se efeitos retroativos (*ex tunc*).

5. Já a caducidade do registro implica a declaração de determinada circunstância fática, que pode ser verificada pela inexistência de uso da marca desde seu registro ou pela interrupção do uso por prazo além do limite legal. Quando a condição para manutenção do registro deixa de existir, operam-se efeitos prospectivos (*ex nunc*).

6. A prospectividade dos efeitos da caducidade é a mais adequada à finalidade do registro industrial, pois confere maior segurança jurídica aos agentes econômicos e desestimula a contrafação.

7. Embargos de divergência acolhidos para prevalecer a orientação do REsp 330.175/PR, que reconhece efeitos *prospectivos* (*ex nunc*) da declaração de caducidade da marca industrial. (grifos meus)

(EResp 964780/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 29/08/2011)

Ressalto, do voto prolatado pela e. Ministra Nancy Andrighi no julgado colacionado acima, que alguns registros conferidos pelo INPI são, além de anuláveis, nulos, uma vez que, nascendo mortos, conseqüentemente, não valem nada, em outras palavras, a “imprestabilidade da MARCA” como consequência é marca nula, sem necessidade de, sequer, ser proclamada nula, bastando ignorá-la, ao contrário do presente caso, em que se apregoa e constam nos autos documentos que relatam o fato e, mesmo assim, segundo a douta Ministra, “A marca NULA você a desconhece” e se o juiz conhecê-la ou julgar, “em face da mesma, não a reconhece, deixa-a de lado como se nada houvesse”.

A questão é: como falar em exercício regular de direito se o seu fato gerador é impróprio, inadequado ou em descompasso com a lei, incapaz, afinal, de provocar a incidência da norma atribuidora de efeitos jurídicos; se o alegado direito sequer existiu, uma vez que declarar o ato nulo é o mesmo que declarar sua ineficácia para produzir qualquer efeito?

Enfim, o ato nulo não gera qualquer direito, porquanto os seus efeitos se dissolvem *ex tunc* desde o momento em que tenha sido decretada a nulidade, sendo descabida a alegação

de boa fé da parte de alguém que tinha ciência de que estava requerendo uma marca que era imitação fiel, irmã gêmea de outra já em uso e em processo de análise do seu registro pelo INPI.

Portanto, merece anulação o ato indeferitório do pedido do autor que desde o início tinha direito ao deferimento do registro de sua marca, determinando-se ao INPI seu processamento.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para desconstituir a sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, não conheço dos pedidos formulados na reconvenção, declarando sua extinção sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC; julgo procedente o presente pedido, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para anular o ato indeferitório de registro da marca “HARPA PENTECOSTAL” nº 817.967.591 da autora apelante, determinando que o INPI processe o referido pedido, oportunizando à apelante o pagamento das taxas pertinentes, e para anular os atos do INPI de deferimento dos pedidos de registro das marcas “HARPA PENTECOSTAL” de nºs 818.297.786 e 818.297.778, condenando as partes apeladas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 20% sobre o valor da causa, corrigidos segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação, que deverão ser partilhados entre as partes rés apeladas.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0023489-80.2000.4.03.6100

(2000.61.00.023489-9)

Agravante: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

Apelada: MENU MODERNO ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe de Processo: AC 1495558

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO.

I - De acordo com o disposto no Decreto nº 1.102/1903, o prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, sendo inaplicável o disposto no artigo 177 do Código Civil de 1916, em decorrência do princípio da especialidade. Precedentes.

II - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de *agravo legal* interposto por *Cia. Nacional de Abastecimento - CONAB* em face de decisão que negou seguimento ao seu recurso de apelação, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido ressarcimento de valores.

Em suas *razões*, a parte agravante pugna pela reforma da decisão pelos seguintes motivos: *a)* que o Código Civil de 1916 revogou expressamente os decretos referentes à matéria de Direito Civil, consoante o disposto no artigo 1.807, de modo que não há que se falar em prescrição trimestral, aplicando-se a prescrição vintenária, prevista no artigo 177 daquele Código; *b)* que o entendimento adotado constitui cerceamento de defesa, pois afasta da apreciação do Poder Judiciário alegação de lesão ou ameaça a direito, demonstrando excessivo e desnecessário apego ao formalismo (fls. 1033/1047).

É o breve relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

A decisão agravada foi proferida com base em jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual reitero os seus fundamentos para a resolução do presente recurso, *verbis*:

Trata-se de ação de indenização ajuizada pela COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB, em face de MENU MODERNO ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores referentes à perda técnica de 1371 kg de carne, conforme disposto em contrato de depósito.

A r. sentença de fls. 1002/1003 vº, acolheu a preliminar de prescrição trimestral, a teor do artigo 11 do Decreto 1.102/1903, julgando o mérito nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas por isenção legal.

Apelação:

Irresignada, a CONAB apela requerendo a anulação da decisão, para retorno dos autos à origem, a fim de que seja dado prosseguimento ao feito, prosseguindo-se com a instrução probatória, por ser aplicado ao caso, a prescrição vintenária, prevista no art. 177 do CC/16.

Devidamente processado o recurso, os autos vieram a esta E. Corte.

É o relatório. Decido.

A matéria posta em desate comporta julgamento nos termos do art. 557, *caput* do Código de Processo Civil, posto que a matéria em debate já foi sedimentada no âmbito do C. STJ e desta E. Corte.

A extinção do feito deve ser mantida, com o mesmo fundamento tendo em vista a ocorrência de prescrição.

A Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, ajuizou ação de indenização contra MENU MODERNO ARMAZÉNS E FRIGORÍFICOS, objetivando o ressarcimento dos valores perdidos em mercadorias depositadas em armazém da apelada, por perda técnica decorrente de contrato de depósito, nos termos do art. 1.056 do Código Civil de 1916 e do art. 11, item I do Decreto nº 1.102/93.

Aduz que armazenou nas dependências da Ré, 1750 (mil setecentos e cinqüenta) toneladas de carne bovina, no período de 1991 a setembro de 1993, ocorrendo quebra técnica acima da quantidade técnica admissível com um prejuízo correspondente a 1371 Kg, equivalente a R\$ 3.978,95, atualizado em 17 de maio de 2000.

Sem razão a apelante.

À época dos fatos, vigia em nosso ordenamento jurídico o prazo vintenário, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Entretanto, tendo em vista o princípio da Especialidade, o artigo mencionado deve ser afastado e ser aplicado o § 1º do art. 11 do Decreto nº 1.102/1903: “§ 1º - A indenização devida pelos armazéns gerais nos casos referidos neste artigo, será correspondente ao preço da mercadoria e em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue. O direito à indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser”. Inclusive, a divergência já foi solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ, que assim se posicionou em julgado recente:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO. TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. Art. 177 DO CÓDIGO

CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” ..EMEN:(AGRESP 200501903413, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 11/11/2010 ..DTPB:.).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO. TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.

2. Aplica-se a Súmula 182/STJ ao agravo regimental que não traz impugnação específica ao um dos fundamentos da decisão agravada.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AGRG no AGRAVO, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 16/08/2012 ..DTPB:.).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DEPÓSITO EM ARMAZÉNS GERAIS. PRAZO PRESCRICIONAL TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. SÚMULA 83/STJ.

1. Não se conhece de recurso especial cujos dispositivos legais ditos por violados não foram objeto de análise e discussão pelas instâncias ordinárias, nem mesmo implicitamente, e não opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão. Ausente o indispensável prequestionamento.

2. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.

3. Se o acórdão recorrido julgou a demanda no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte, fica impedido o conhecimento do recurso especial, diante da súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido”.

(AGRG no RESP, MINISTRO HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 02/04/2013 ..DTPB:.).

No mesmo sentido, precedentes desta E. Corte Regional e dos demais:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. ARMAZÉNS GERAIS. CONAB. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. SÚMULA Nº 50 DESTE TRIBUNAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EMBARGOS PREJUDICADOS. 1. Dispõe a Súmula o nº 50 TRF - 1ª Região que ‘prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*)’. 2. A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício, consoante o §5º do art. 219 do CPC, incluído pela Lei nº 11.280/06. Esse dispositivo visa atender aos princípios da celeridade, economia e utilidade processuais, evitando-se a prática de atos desnecessários nas demandas em que o direito material controvertido foi fulminado pela prescrição. 3. Reconhecimento, de ofício, de ocorrência da prescrição. Embargos de declaração prejudicados”. (EDAC 199835000096474, JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 27/02/2014 PAGINA: 83.).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos termos da Súmula 50 da Terceira Seção deste Tribunal: ‘Prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi

ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*), hipótese dos autos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AGRAV 200635030020773, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/02/2014 PAGINA:271.).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. ARMAZÉNS GERAIS. CONAB. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. SÚMULA Nº 50 DESTE TRIBUNAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EMBARGOS PREJUDICADOS. 1. Dispõe a Súmula o nº 50 TRF - 1ª Região que ‘prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*)’. 2. A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício, consoante o §5º do art. 219 do CPC, incluído pela Lei nº 11.280/06. Esse dispositivo visa atender aos princípios da celeridade, economia e utilidade processuais, evitando-se a prática de atos desnecessários nas demandas em que o direito material controvertido foi fulminado pela prescrição. 3. Reconhecimento, de ofício, de ocorrência da prescrição. Embargos de declaração restam prejudicados.” (EDAC 199843000007400, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 12/02/2014 PAGINA: 260..)

“DIREITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. OMISSÃO DO JULGADO RESCINDENDO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AÇÃO RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Trata-se de ação rescisória interposta com a finalidade de rescindir decisão na qual a Desembargadora Federal Selene de Almeida negou seguimento à apelação de sentença em que fora julgado procedente pedido da CONAB e condenada ‘a parte ré a entregar à autora, em 24 horas, a mercadoria não restituída e objeto da presente ação, no montante de 46.980 kg. de arroz em casca ensacado, do mesmo gênero e qualidade do produto depositado, ou o seu valor em dinheiro, corrigido, a partir da notificação administrativa, até o efetivo pagamento, e mais juros de 6% ao ano, a partir da citação’. 2. Alegou-se, inicialmente, que a petição inicial (da ação rescindenda) teria contrariado ‘o art. 267 inc. IV e VI do CPC; logo, a respeitável Decisão contrariou o art. 295 incisos I, II e V do CPC. E, no mérito a respeitável decisão também contrariou o art. 1.277 do CC, ajustando-se ao art. 485 incisos V e IX, do Código de Processo Civil; merecendo ser rescindida (reformada) essa Decisão proferida’. 3. A CONAB contestou o pedido, alegando não ter havido violação a literal disposição de lei. Não foram especificadas provas. Em razões finais, além da matéria já arguida, a Autora alega que o julgado rescindendo não atentou para a ocorrência de prescrição. O Ministério Público Federal é de parecer que ‘a ação rescisória não se presta à rediscussão das teses já afastadas pelo Tribunal na decisão rescindenda’. Instada a se manifestar sobre a alegação de prescrição, a CONAB argumenta que não se aplica ao caso a prescrição trimestral do Decreto nº 1.102/1903. 4. De acordo com a Súmula 50 desta Seção, ‘prescrevem em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue’ (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*). 5. Estabelece o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil que ‘o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição’. A sentença rescindenda contrariou esse dispositivo legal. 6. Presente, portanto, violação a literal disposição de lei. Rescisão do julgado e, em rejugamento, indeferimento do pedido na ação rescindenda, com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, invertendo-se os ônus da sucumbência.” (AR , DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:13/01/2014 PAGINA:32.).

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. CONTRATO DE DEPÓSITO. ANUÊNCIA PELA CONAB DA REPOSIÇÃO DOS PRODUTOS NO ARMAZÉM DA AUTORA. ABUSO DE DIREITO. PRETENSÃO DA COBRANÇA FULMINADA PELA PRESCRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1- É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, *caput*, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. A existência de jurisprudência dominante

nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores já seria suficiente. 2- A CONAB reconheceu, no parecer conjunto, que o depósito no estabelecimento da autora foi excepcionalmente autorizado, em razão da ‘inexistência de espaços disponíveis em outros armazéns credenciados naquele Estado para uma eventual remoção por parte da depositária interessada a fim de possibilitar a reposição’. 3- No nosso ordenamento, as relações jurídicas são regidas pela cláusula geral da boa-fé objetiva, da qual decorrem o dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes. Assim, a conduta da CONAB de contradizer seu próprio comportamento, após produzir na parte autora legítima expectativa de aceitação do produto oferecido, configura abuso de direito enquadrado na proibição *nemo potest venire contra factum proprium*. 4- Ainda que não se pudesse declarar o cumprimento integral do contrato e a inexistência do débito pelo adimplemento contratual, fato é que a pretensão da cobrança desses valores pela CONAB restou fulminada pelo instituto da prescrição. 5- Com efeito, após o advento do Código Civil de 1916, ocorreu a revogação de todas as normas de direito civil anteriores que fossem incompatíveis com o novo diploma legal, conforme previa seu artigo 1.807; todavia, tal revogação não alcançou o Decreto nº 1.102, de 1903, uma vez que este traz regras específicas a respeito do contrato de depósito no que tange às empresas de armazéns gerais. 6- Dessa forma, é correto aplicar-se, ao caso, o prazo prescricional de 3 (três meses), previsto no artigo 11 do Decreto nº 1.102, de 1903. 7 - Agravo legal desprovido.” (AC 00008630719994036002, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DEPÓSITO. PERECIMENTO DE PRODUTOS. ARMAZÉM GERAL. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 11, PARÁGRAFO 1º, DO DECRETO Nº 1.102/1903. PRAZO TRIMESTRAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREJUDICIAL DE MÉRITO ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO FEITO NOS TERMOS DO ART. 269, IV, DO CPC. APELO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO. 1. ‘O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.’ (AgRg no REsp 797.733/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010) 2. Provimento da apelação da PERPART - PERNAMBUCO PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S/A para acolher a prejudicial de prescrição suscitada e extinguir o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. 3. Condenação da CONAB - COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. 4. Apelo da empresa pública prejudicado.” (AC 200983000184643, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::20/09/2012 - Página::956.).

“ADMINISTRATIVO. CONAB. DEPÓSITO. GRÃOS DE ARROZ. PERDA PARCIAL. RESARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA. 1. A situação dos autos é disciplinada pelo art. 11 do Decreto 1.102/1903, que prevê o prazo prescricional de 3 (três) meses para a pretensão indenizatória em casos de perda/desvio/perecimento de mercadoria depositada em armazém-geral. 2. Embargos infringentes providos.” (EINF 200871000001019, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, D.E. 09/12/2009.).

A disposição do artigo 1.807, do Código Civil de 1916, previa a revogação de todas as normas de direito civil anteriores que lhe fossem incompatíveis, entretanto tal revogação não alcançou o Decreto nº 1.102 de 1903, que trazia regras específicas a respeito do contrato de depósito referente às empresas de armazéns gerais.

Assim, estando em vigor o § 1º do artigo 11 do Decreto nº 1.102/1903, supra transcrito, a prescrição trimestral é medida que se impõe, devendo a r. sentença ser mantida tal como lavrada. Por todo exposto, *nego sequimento à apelação*, os termos do artigo 557, *caput* do Código de

Processo Civil.

Anoto, enfim, que a aduzida alegação de cerceamento de defesa decorrente de entendimento apegado a formalismo não consta das razões recursais, tratando-se de inovação descabida e destituída de qualquer fundamento.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0937212-35.1986.4.03.6100
(2009.03.99.002372-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Partes Rés: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AC 1390604

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2015

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPORTAÇÃO DE LEITE E DERIVADOS. ACIDENTE NUCLEAR NA USINA DE CHERNOBYL. ÓBICE À IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUE CONTENHAM QUALQUER ÍNDICE DE CONTAMINAÇÃO RADIOATIVA ARTIFICIAL, EXCETO O NATURAL. PRELIMINARES REJEITADAS E APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A concessão de liminar, ainda que de caráter satisfativo, não prejudica o objeto de qualquer ação ou lhe retira o interesse processual. Precedentes jurisprudenciais.

2. O fato de a insurgente não concordar com os argumentos que ensejaram a decisão objeto da apelação não a torna viciada, írrita ou nula.

3. O objeto da ação é primacialmente impedir a importação, venda, comercialização, exposição à venda ou qualquer outra forma de acesso ao consumidor de *leite ou produto derivado e importado*, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*.

4. O monitoramento e o controle de radiação a que o ser humano está exposto direta ou indiretamente é de fundamental importância para a saúde. A contaminação por radiação não diz respeito apenas àqueles que vivem próximos ou trabalham em usinas nucleares. Todos são expostos diariamente a uma quantidade de radiação proveniente do ambiente ou dos alimentos ingeridos.

5. A maior parte da radiação é natural, ou seja, é originária de fontes terrestres (na superfície ou no interior da terra) ou de uma infinidade de raios cósmicos que atingem a terra constantemente. O restante é devido às fontes artificiais criadas pelo ser humano: aplicações médicas e industriais, armas e usinas nucleares etc.

6. Em função da conjuntura econômica específica (Plano Cruzado) e em decorrência da carência de leite e derivado para consumo da população do país, órgãos e instituições brasileiras (CINAB, SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS) promoveram sua importação. No tocante aos que viessem do Mercado Comum Europeu, a COBAL, no edital de concorrência pública, à vista do acidente nuclear de Chernobyl (26.04.1986), previu que a mercadoria contivesse zero de contaminação radioativa e que a CNEN pudesse analisá-la nos portos de destino e vetar a descarga do navio.

7. A CNEN editou a Resolução nº 07/86 e fixou níveis máximos permitidos para produtos importados, que revelaram desconsideração para com a saúde da população e falta de embasamento em estudos interdisciplinares, porquanto baseou-se inopina-

damente em índices da CEE e adotou-os para Cs 134 e 137, em valores maiores para o leite do que para os demais produtos (3.700 Bq/kg e 600 Bq/kg). Os interesses do Brasil a respeito não poderiam ser mais diversos dos da Europa, já que esta exportava algo sob risco, bem como não se concebe a incongruência de se fixarem tetos maiores justamente para alimentos cuja ingestão alcançaria, em princípio, crianças e gestantes.

8. Não fosse a ação do Ministério Público e a jurisdição prestada com presteza na concessão de liminar, o que foi importado seria consumido com consequências que a CNEN não se preocupou em impedir ou que poderia evitar com uma atitude mais responsável.

9. A prova colacionada nos autos só confirma o acerto da liminar e da sentença recorrida. Os vários laudos detectaram a presença de elementos radioativos artificiais em amostras dos produtos importados. São desconhecidos os critérios utilizados, as quantidades de amostras, mas todos levam em conta limites da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg para o leite em pó).

10. Não há estudos dos efeitos a longo prazo dos contaminantes radioativos, nem tampouco de curto prazo, não obstante, quanto ao último aspecto, as experiências de Hiroshima, Nagasaki e Three Mile Island.

11. Os vários órgãos consultados e especialistas ouvidos permitem algumas conclusões que se mantêm válidas até o presente, já que no longo de tantos anos, as partes não se desincumbiram de mostrar o contrário.

12. A par da nocividade à saúde da ingestão de alimento contaminado por radioisótopos, persiste uma indefinição quanto a quais índices assegurariam que a população correria risco zero dos possíveis malefícios (danos nos órgãos formadores de sangue e gônada, câncer, leucemia, efeitos genéticos).

13. Por envolver a população brasileira como um todo, afigura-se inconsequente que, sem pesquisas de campo específicas, que demandam tempo e dinheiro, se adote qualquer tipo de índice, já que não se duvida do risco envolvido na ingestão de alimentos contaminados artificialmente.

14. Muitos invocaram a relação custo-benefício, contudo, sob tal aspecto seria extremamente grave deferir ao administrador público esse juízo, seja porque é difícil estabelecer uma situação concreta em que seria mais importante subordinar a saúde dos brasileiros a interesses de natureza econômica, seja porque estes últimos têm alcance imediato geralmente, ao passo que o comprometimento da vida e higidez física pode revelar-se anos à frente.

15. Não é razoável importar produtos que contenham qualquer índice de radiação artificial e correr qualquer tipo de risco à saúde da população que somente se verificará no futuro.

16. O tema, objeto desta ação, atinge o direito à vida e à saúde, à vista dos efeitos cancerígenos do consumo. A Constituição Federal de 1967/E.C. nº 01/69 já os contemplava (arts. 8º, incisos XIV e XVII, “c”, e 153, *caput*). Na Constituição de 1988, relevante indicar o artigo 5º, *caput*, artigo 6º, *caput*, e toda a seção II do capítulo II do título VIII. Era e é dever do Estado proteger a vida e a saúde dos seus cidadãos, direitos fundamentais de natureza individual e social. Sem estudos consistentes não é possível afirmar, como fizeram alguns, que não há nocividade ou que qualquer tipo de leite tem algum grau de radiação artificial.

17. Sob o ângulo da jurisdição, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição estabelece a indeclinabilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito. Na espécie,

o Parquet traduziu nesta ação civil pública o objetivo de tutelar a vida e a saúde dos cidadãos, sobretudo crianças e gestantes, dos efeitos deletérios do consumo de leite ou produto derivado, importados com contaminação radioativa, e o Judiciário deve cumprir sua missão constitucional.

18. O STF, em algumas oportunidades, entendeu que o Judiciário estava autorizado à adoção de provimentos jurisdicionais para a tutela e eficácia dos direitos fundamentais como a vida e saúde, independentemente das competências próprias do Executivo e do Legislativo (AgRg no RE nº 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, AI nº 455.802/SP, rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 475.571/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 401.673/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 402.024/SP, rel. Min. Carlos Velloso). Da mesma forma e sentido julgado do STJ (Ag no REsp 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins). Em consequência, não se enxerga, *in casu*, qualquer afronta ao artigo 2º da CF ou dispositivos que estabelecem competência a órgão do Executivo (CNEN ou outro) para regular assuntos relativos à política nacional de energia nuclear (Lei nº 4.118/62, Lei nº 6.189/74, art. 2º e demais).

19. Caso semelhante, embora não na mesma extensão, concernente à carne importada da Europa, foi julgado pela Primeira Turma do TRF da 4ª Região (AC 89.04.01659-2/RS).

20. Não bastassem os acidentes nucleares ocorridos (Three Mile Island, Chernobyl e Fukushima), que afetaram gravemente populações próximas pela ação direta e, em função das nuvens radioativas, as distantes, não é razoável que para o leite e produtos derivados importados do continente europeu não se exija índice zero de contaminação radioativa artificial.

21. À vista da incerteza dos reais efeitos para o futuro que elementos radioativos, que muitas vezes têm meia-vida extremamente longa, cabe se socorrer da sabedoria do filósofo Hans Jonas (O Princípio da Responsabilidade, PUC Rio, 2007) sobre a responsabilidade dos seres humanos e, em especial, dos políticos ou políticas públicas de longo prazo em relação ao futuro: “Portanto, para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo”.

22. Preliminares rejeitadas e apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação da União contra sentença (fls. 3106/3118 - vol. IX) que condenou as Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, Petrobrás Comércio Internacional S/A - INTERBRÁS e Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL “a se absterem de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contiverem quaisquer indícios de contaminação radioativa, exceto os naturais e a efetuarem diligências junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados, cujas sedes na capital do estado estão relacionadas em documento, e importadores para que não comercializem mais o produto proveniente da Europa”. Embargos de declaração rejeitados às fls. 3134/3136 - vol. IX, 3157/3159 - vol. IX, fls. 3176/3177 - vol. IX e fls. 3216/3218 - vol. X.

Sustenta a apelante (fls. 3237/3262 - vol. X) que:

a) impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito pela falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, CPC);

b) a sentença está eivada de nulidade insanável, posto que é totalmente inexecutável e sem a devida fundamentação, pois:

b1) não fixou qual seria o índice natural de contaminação radioativa e não esclareceu qual a razão pela qual deixou de fazê-lo (art. 460, CPC, art. 93, IX, CF);

b2) a incerteza do decisum poderá acarretar graves prejuízos ao comércio exterior;

c) o documento do CNEN de fls. 3213/3214 oferece índice de radioatividade aceitável que deve ser adotado;

d) a fixação do índice pelo Judiciário violaria o art. 2º da Constituição.

Em suas contrarrazões (fls. 3269/3276 - vol. X), o MPF argumenta:

a) há de se confirmar a liminar concedida com o julgamento do mérito da ação com o provimento jurisdicional que proíba definitivamente a importação, venda, exposição à venda, ou qualquer outra forma de disponibilização de leite e derivados contaminados. Daí, o interesse processual;

b) a sentença não é nula, porquanto está fundamentada no conjunto probatório dos autos e no direito à saúde garantido na Carta Magna; é certa e executável: estabelece a proibição e indica-a para o que excede o natural índice de contaminação;

c) não houve a fixação de índices e, em consequência, não foi violado o princípio da separação de poderes.

Não houve contrarrazões das outras partes (fls. 3266, 3267 e 3268 - vol. X).

Parecer da Sra. Procuradora Regional da República para se negar provimento à apelação.

Relatado, encaminhem-se os autos ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

O Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal propuseram,

em 18.11.1986, ação civil pública contra a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, Petrobrás Comércio Internacional S/A - INTERBRÁS e Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL para:

- a) absterem-se os órgãos declinados nas letras “A”, “B” e “C” da presente de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais, sob pena do pagamento de multa para cada dia de descumprimento da tal medida (“astreintes”), à razão de Cz\$ 1.000.000/dia (um milhão de cruzados por dia), a ser suportado pelo Tesouro Nacional, sem prejuízo de direito de regresso contra o funcionário faltoso, e medidas de ordem penal a serem adotadas pelo Ministério Público Federal, multa essa a ser destinada ao fundo de que falam o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e seu regulamento (Decreto nº 92.302, de 16.01.1986);
- b) diligências a serem efetivadas pelos mesmos órgãos requeridos, e sob as mesmas cominações, junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados cujas sedes na Capital do Estado de São Paulo se acham colacionados às fls. 353/354 do I.C., e importadores, a exemplo da denominada “Encontrading S.A. - Comércio Exterior” (item “f” de fls. 266 do I.C.) para que igualmente não comercializarem mais o produto proveniente da Europa até que, nos moldes do decreto nº 72.718, de 29.8.73, sobrevenham avisos e rotulagem adequada no sentido de informar-se devidamente aos consumidores, a fim de que tenham o livre direito de escolha garantido com relação àqueles produtos, a exemplo do que estão fazendo, aliás, países até do nosso terceiro mundo, como é o caso das Filipinas (vide fls. 347/348) e, é natural, os países ditos civilizados, como Itália e Austrália (vide documentos de fls. 346 e 349/352 do I.C.). Observe-se que no caso deste último país, o leite que apresente 100 bequeréis por quilograma, é rejeitado (os brasileiros, inobstante, devem aturar 370 Bq/litro ou 3.700 Bq/kg.pó). (fls. 10/11)

Baseados em inquérito civil público, afirmam que, em decorrência da carência de leite para consumo da população do país, a CINAB deliberou importá-lo de diversas nações. Para implementação da decisão, foram envolvidas a SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS. A COBAL fez publicar edital de concorrência pública, cujos itens 4.4 e 4.5, em razão do acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido em 26.04.1986, previam que os bens provenientes do Mercado Comum Europeu deveriam estar acompanhados de atestado que garantisse a inexistência de índice de contaminação radioativa e que, nos portos de destino, poderiam ser analisados pela CNEN, a qual poderia vetar a descarga do navio. Informam que, consoante laudos do IRD e de outras instituições, grande parte do carregamento de leite em pó importado do continente europeu, pós acidente nuclear, apresentava índices de contaminação radioativa e que os mais elevados eram os do navio “Monte Pascoal” da Irlanda. Em face do problema, a CNEN editou a Resolução 7/86, de 10.09.86, que fixou limites de radiação, com vigência até 28.02.87 (leite em pó - 3.700 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137; demais produtos - 600 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137). Observam que os tetos estabelecidos visavam aproveitar os alimentos contaminados e não os deitar fora. Ponderam que, segundo estudos que citam, não há consenso sobre se referidos índices garantem suficientemente a saúde humana, principalmente das crianças, já que as radiações podem provocar, de acordo com a ciência médica, diversos males, destacadamente o câncer. Ressaltam o direito à vida, à saúde, à segurança da população (art. 153 da E.C.1/69) e o Decreto nº 72.718, de 29.08.73, que estabelece normas gerais sobre irradiação de alimentos, bem como o Decreto-Lei nº 986, de 21.10.69, que institui normas básicas sobre alimentos.

À fl. 366 - vol. II, concedida liminar. Às fls. 430/431 - vol. II, suspensa a liminar. Res-tabelecida à fl. 448 - vol. II.

Contestações da COBAL, às fls. 472/477 - vol. II, da COFRANLAIT, às fls. 881/890 - vol. II, e da INTERBRÁS, às fls. 1110/1119 - vol. IV.

Admissão da COFRANLAIT como litisconsorte passiva (fl. 1053 - vol. IV).

Manifestação da União, às fls. 1073/1078 - vol. IV.

Decisão de indeferimento de decretação de revelia da SEAP e INTERBRÁS, à fl. 1156 - vol. IV.

Admissão da GISA Comércio e Importação Ltda. como assistente da COFRANLAIT, à fl. 1187 - vol. IV.

Manifestação ministerial, às fls. 1189/1196 - vol. IV, com pedido de prova.

Decisão que defere inutilização de leite em pó à fl. 1374 - vol. IV.

Admissão da J. M. G. Importação e Exportação Ltda. como assistente da COFRANLAIT e deferimento de provas à fl. 1407 - vol. IV. À fl. 1419 - vol. IV, deferida prova pericial.

Ouvidas as testemunhas Epaminondas Sansigolo de Ramos Ferraz, Emico Okuno, Otaviano Augusto Marcondes Helene, Gian Maria Agostinho Ângelo Sordi (fls. 1751/1755 - vol. V).

À fl. 1755 - vol. V, desistência das demais testemunhas e da prova pericial requerida.

Memoriais da INTERBRÁS, às fls. 1795/1801 - vol. V, do Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal, às fls. 1803/1815 - vol. V, da União, às fls. 1817/1823 - vol. V, da COBAL, às fls. 1815/1829 - vol. V (com documentos - fls. 1830/1865), da GISA, às fls. 1867/1871 - vol. V, da COFRANLAIT, às fls. 1873/1877 - vol. V.

Foi prolatada sentença, ora recorrida, cujo dispositivo foi citado no relatório, a qual se baseou nos fundamentos seguintes:

a) o leite é naturalmente radioativo, mas o que exceder à radioatividade natural pode ser prejudicial;

b) não existe consenso quanto ao índice de radioatividade a partir do qual o organismo humano passaria a sofrer danos;

c) os índices fixados por ocasião do acidente nuclear para os países europeus levaram em consideração as necessidades locais e o interesse em não perder todo o produto existente. Além disso, foi estabelecida a data-limite de fevereiro de 1987;

d) os critérios utilizados para a Europa não podem valer para o Brasil, país distante do local do acidente. A situação emergencial e anormal é diferente do desabastecimento temporário resultante de plano econômico da época;

e) os direitos à vida, à integridade física e à saúde tinham e têm assento constitucional, razão pela qual, para protegê-los, não há segurança quanto aos efeitos do consumo do leite e derivados contaminados pelos elementos Césio 134 e Césio 137, não pode o produto ser oferecido para a população nem a título gratuito e, menos ainda, sem que ela seja informada a respeito daquilo que está consumindo e dos riscos a que está sujeita.

Registre-se que a União responde tanto pela INTERBRÁS como pela SEAP. A primeira, nos termos da Lei nº 8.029/90 e do Decreto nº 99.226/90, foi sucedida por ela; a segunda, de acordo com a Lei nº 7.776/89, é órgão do Ministério da Fazenda. A Cobal, criada pela Lei Delegada nº 06/62, transformou-se (Lei nº 8.029/90, Lei nº 8.171/91 e Lei nº 8.174/91) em CONAB, uma empresa pública.

I - DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

A concessão de liminar, ainda que de caráter satisfativo, não prejudica o objeto de qual-

quer ação ou lhe retira o interesse processual. É o que tem decidido a jurisprudência, de que são exemplos os julgados que cito, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. AGRAVO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. NÃO OCORRÊNCIA.

- O mandado de segurança é a ação que visa 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. (artigo 1º da Lei nº 12.016/2009).

- *A alegada perda de objeto do processo pressupõe a inutilidade do provimento e a superveniente ausência de interesse de agir das impetrantes. Ensina-nos Humberto Theodoro Júnior que: falta interesse, em tal situação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação* (In Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 66).

- No caso, a ato impugnado pelas impetrantes é o impedimento estabelecido pelo artigo 4º da Portaria Ministerial nº 655/93, que obsta a adesão ao parcelamento de débitos objeto de depósito judicial. A decisão recorrida analisou a questão ao entendimento de que: a concessão e respectivas condições do ajuste de parcelamento de débitos se insere no âmbito de competência do Executivo. Todavia, a motivação oferecida, no caso, pela autoridade administrativa, com esteio no art. 4º da Portaria nº 655/93 está a merecer a devida correção pelo Judiciário (fl. 212 v).

- *O decurso do tempo, a realização do parcelamento mediante autorização judicial, bem como a conversão em renda dos depósitos realizados em ação autônoma, não subtraem o interesse processual do mandamus, tampouco permitem a extinção do feito sem a resolução do mérito, pois a eventual satisfatividade da decisão concedida em primeira instância não encerra a prestação da tutela jurisdicional, indispensável para conferir legitimidade ao ato praticado e segurança jurídica às partes e aos terceiros virtualmente atingidos.*

- *Consoante lição de Hely Lopes Meireles, no mandado de segurança não são os fatos que estão em litígio, mas sim a legalidade do ato da autoridade coatora perante o direito líquido de certo do impetrante* (in Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 141). Desse modo, não há que se falar na aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil.

- Agravo improvido. (sublinhei)

(TRF3, 4ª TURMA, REOMS 0008193-28.1994.4.03.6100, Rel. DES. FEDERAL ANDRE NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 10/09/2013)

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL: MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ELEITA. LIMINAR SATISFATIVA. LAUDÊMIO E CERTIDÃO DE AFORAMENTO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ARTIGO 5º, XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

I - O mandado de segurança é via processual adequada para se exigir do Poder Público uma resposta a um pedido formulado pelo cidadão, dentro dos prazos fixados em lei, ou, na ausência deles, em tempo razoável.

II - *O cumprimento da liminar de natureza satisfativa concedida em mandado de segurança não implica na perda de objeto da ação, ficando o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre o mérito, a fim de que, na sentença, seja confirmado ou não o direito alegado pelo impetrante.*

(...). (sublinhei)

(TRF3, 2ª TURMA, AMS 0004412-75.2006.4.03.6100, Rel. DES. FEDERAL CECILIA MELLO, DJU 06/09/2007)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO NÃO CONFIGURADA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIA A SER EXPORTADA. GREVE DOS SERVIDORES DO IBAMA.

A liminar, ainda que satisfativa, tem caráter provisório. Portanto, não há que se falar em perda de objeto superveniente do mandado de segurança em razão do deferimento de liminar dessa natureza, devendo o direito líquido e certo ser reconhecido na Instância a quo, e, posteriormente, confirmado em sede recursal. (...). (sublinhei)

(TRF3, 3ª TURMA, AMS 0010938-17.2004.4.03.6104, Rel. DES. FEDERAL MÁRCIO MORAES, DJe 23/08/2010)

II - DA NULIDADE DA SENTENÇA

A recorrente reputa a sentença nula por não ser certa e exequível, além de faltar-lhe fundamentação. Invoca o artigo 460 do CPC e o artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Anteriormente foram listados os argumentos que ensejaram a decisão objeto da apelação. O fato de a insurgente não concordar com eles não a torna viciada, irrita ou nula.

O comando judicial foi proibitivo para quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*. A sentença não limitou a contaminação natural. Logo, seria desarrazoado fixar índices para ela. De outro lado, o evento deflagrador da própria ação foi o acidente nuclear de Chernobyl, que diz com a contaminação artificial. Em consequência, os dispositivos entendidos por ofendidos não o foram.

III - DO MÉRITO

O objeto da ação é primacialmente impedir a importação, venda, comercialização, exposição à venda ou qualquer outra forma de acesso ao consumidor de *leite ou produto derivado e importado*, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*.

III.a - DA SENTENÇA

Baseado nos documentos e depoimentos existentes nos autos, o MM. Juízo *a quo* decidiu, *verbis*:

Embora o leite seja naturalmente radioativo, o que exceder à radioatividade natural, pode ser prejudicial. Não existe consenso quanto ao índice de radioatividade a partir do qual o organismo humano passaria a sofrer danos. Os índices fixados por ocasião do acidente nuclear, para os países da Europa, levaram em conta as necessidades locais e o interesse de não deitar fora todo o produto existente. E foi fixado até o mês de fevereiro do ano de 1987.

A fixação, portanto, do mesmo índice para o Brasil, país da América do Sul, bastante distante do local do acidente, não tem sentido. Uma coisa é se pesar a relação custo-benefício em uma situação anormal e emergencial, como a da Europa, na ocasião, e outra, bastante diferente, é se fazer a mesma relação para outro país, de outro continente. Ainda que houvesse um desabastecimento temporário no Brasil, resultante do plano econômico da época, isso não justificaria a importação do leite contaminado. O governo tinha, e tem, outros meios de suprir eventual falta do produto.

Ora, o direito à saúde e à integridade física era garantido na Constituição anterior e ainda é na atual.

Com efeito, a CF de 1967/69, em seu art. 153, ao tratar dos direitos e garantias individuais, prevê o direito à vida.

Por sua vez, a atual Constituição da República, em seu art. 5º, também garante o direito à vida.

E, dentro deste, encontra-se o direito à integridade física.

A respeito do tema, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina:

“Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal.”

(in CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Malheiros Editores, 21ª ed, 2002, pág. 198)

O direito à saúde também decorre do direito à vida. Em última análise, a falta de saúde leva à morte.

A atual Carta Magna prevê o direito à *saúde* em artigo próprio e específico: o art. 196. “A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 806).

Estando tais direitos previstos constitucionalmente, os administradores têm obrigação de respeitá-los e, conseqüentemente, não praticar atos que importem em ameaçá-los. Não existindo segurança quanto aos efeitos do consumo de leite e derivados contaminados pelos elementos céσιο 134 e céσιο 137, não pode o produto ser oferecido para a população nem a título gratuito. E, menos ainda, sem que esta seja informada a respeito daquilo que está consumindo e dos riscos a que está sujeita.

Entendo, portanto, que a decisão que concedeu a liminar foi acertada e deve ser mantida.

A importação do produto só será possível quando não mais houver nenhum índice de contaminação além do natural.

Diante do exposto, julgo procedente a ação para condenar as rés a se absterem de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contiverem quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais e a efetuarem diligências junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados, cujas sedes na capital do estado estão relacionadas em documento, e importadores para que não comercializem mais o produto proveniente da Europa.

Tendo em vista que a presente ação foi proposta pelos Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios. (fls. 3115/3117 - vol. IX)

III.b - DA FIXAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Em decorrência da situação econômica do país e da adoção do PLANO CRUZADO, verificada a carência de leite para consumo da população, o CINAB deliberou importá-lo de diversos países. SEAP, COBAL e INTERBRÁS participaram das providências. A COBAL fez publicar edital de concorrência pública, com o objetivo de adquirir manteiga extra sem sal e/ou leite em pó desnatado, de origem externa, para a formação de estoques reguladores do governo federal, cujos itens 4.4 e 4.5 estipulavam:

4.4 - se a manteiga e/ou leite em pó forem originárias do Continente Europeu, somente serão aceitas propostas de produtos procedentes de países membros do Mercado Comum Europeu - MCE, e as mercadorias deverão ser acompanhadas, necessariamente, de atestado emitido pela autoridade competente, garantido que os produtos embarcados não apresentam nenhum índice de contaminação radioativa. (fl. 156 - vol. I)

4.5 - Nos portos de destino, os produtos poderão ser analisados pela Comissão Nacional de Energia Nuclear, a qual, dependendo do resultado dos exames realizados, terá amplos po-

deres para vetar a descarga do navio, correndo por conta do importador todas as despesas decorrentes da imediata retirada do produto do Brasil (fl. 156 - vol. I)

As medidas se justificavam, à vista do recente acidente nuclear de Chernobyl (26.04.86) e, em função disso, a CNEN editou a Resolução nº 7/86, de 11.09.86, da qual é citado o texto:

A COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR (CNEN), usando das atribuições que lhe confere a Lei nº 6.169, de 16 de dezembro de 1974, por decisão da sua COMISSÃO DELIBERATIVA, adotada em sua 530ª Sessão, realizada em 10 de setembro de 1986, considerando que:

1. A Comunidade Econômica Europeia, através do regulamento nº 170/86, de 30 de maio de 1986, após o acidente de Chernobyl, estabeleceu limites para níveis máximos de radioatividade em produtos a serem importados.

2. Os valores adotados pela Comunidade Econômica Europeia são os mais restritivos dentre os existentes.

RESOLVE:

Adotar os seguintes valores como níveis máximos permitidos para produtos importados:

Leite em pó - 3700/Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137

Demais produtos - 600 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137. (fl. 102 - vol. I).

A liminar concedida no bojo da ação, à fl. 366 - vol. II, foi no sentido, *verbis*:

Processe-se.

Concedo a liminar no sentido de determinar às empresas SEAP “Secretaria Especial de Abastecimento e Preços”, Interbrás - Comércio Internacional S.A. e Cobal “Cia. Brasileira de Alimentos” a absterem-se de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais. Determino a imediata retirada e suspensão da comercialização do produto proveniente da Europa, tendo em vista o alto risco à saúde pública, consoante notícia a inicial, até ulterior deliberação deste Juízo.

Oficie-se, nos termos requeridos, aos adquirentes relacionados às fls. 353/354 - vol. II.

Dê-se ciência aos órgãos sanitários federal e estadual, bem como à SUNAB, para fiscalização do cumprimento desta decisão.

Independentemente do evento histórico motivador da propositura da ação, o seu pedido final, que já tinha relevância à época, adquiriu maior importância ao longo do tempo, à evidência. É preciso definir, juridicamente, se nenhum índice de contaminação radioativa artificial é admissível ou algum o é, em que medida e a quem compete fixá-lo.

III.c - DO BALIZAMENTO DO TEMA

O monitoramento e o controle de radiação a que o ser humano está exposto direta ou indiretamente é de fundamental importância para a saúde. A contaminação por radiação não diz respeito apenas àqueles que vivem próximos ou trabalham em usinas nucleares. Todos estão expostos diariamente a uma quantidade de radiação proveniente do ambiente ou dos alimentos ingeridos.

A maior parte da radiação é natural, ou seja, é originária de fontes terrestres (na su-

perfície ou no interior da terra) ou de uma infinidade de raios cósmicos que atingem a terra constantemente. O restante é devido às fontes artificiais criadas pelo ser humano: aplicações médicas e industriais, armas e usinas nucleares etc.

A seguir tabela das unidades de dose de radiação mais utilizadas atualmente:

<i>Bequerel (Bq)</i> : Nome especial da unidade de atividade. Um bequerel equivale a uma desintegração por segundo.
<i>Gray (Gy)</i> : Nome especial da unidade de dose absorvida. Está relacionada com quantidade de energia da radiação ionizante absorvida pela matéria.
<i>Siviert (Sv)</i> : Nome especial da unidade de dose equivalente. Está relacionada ao dano que a radiação causa nos seres humanos.

A título de esclarecimento, quadros de distribuição das fontes de radiação e dos componentes da radioatividade natural:

Fontes de radiação	Dose Efetiva Anual (mSv)
Total	2,4
Natural	1,6
Médica	1,0
Fallout de armas nucleares	0,01
Ocupacional	0,002
Energia nuclear	0,0002

Componentes da radioatividade natural	Dose Efetiva Anual (mSv)
Total	2,4
Terrestre (interna)	1,6
Terrestre (externa)	0,41
Cósmica	0,36

(Dados extraídos de Radiation: Doses, Effects, Risks United Nations Environment Programme, second edition, Cambridge, 1991, p. 11).

Destacam-se como fontes artificiais o “*fallout*” de armas nucleares e o vazamento de energia nuclear por acidentes como o de Chernobyl e Fukushima. No primeiro, ocorrida uma explosão nuclear, uma nuvem de gás e vapor, alta temperatura é produzida e, dependendo da potência da bomba nuclear, há a decomposição de elementos radioativos na superfície terrestre. É proveniente de testes com armas nucleares que se deram entre 1952 e 1963, quando foi assinado o tratado de proibição. Quanto ao acidente nuclear, a contaminação se dá com a importação de alimentos e seu consumo, como é o caso dos autos.

Uma série de radionuclídeos naturais, como o K-40 e Th-232, com meia-vida de mais de bilhões de anos, existe no ambiente terrestre desde que o planeta foi criado. Há também os que são produzidos quando partículas de radiação cósmica interagem com átomos da atmosfera, tais como C-14 e H-3. Há outros produzidos artificialmente, resultantes de testes nucleares ou de acidente, os quais fazem parte das paredes das casas, do alimento que se ingere e do ar que se respira.

O leite contém naturalmente K-40 e a água, entre outros, o RA 226 e o Rn-222, mas não se afirma que estão contaminados radioativamente, expressão que se refere a radionuclídeos artificiais, dos quais se destaca o Cs-137, que pode ser carregado por ventos da estratosfera e da alta troposfera e se depositar nas folhagens usadas na alimentação de animais e seres humanos.

O Ministério da Saúde do Japão adotou, em 24.02.2012, menos de um mês dos acidentes nucleares de Fukushima, medidas restritivas sobre a radioatividade em alimentos. Foi imposto um limite de 100 bequeréis de Césio radioativo por quilograma para alimentos em geral: carnes, peixes, frutas e legumes. Quanto aos alimentos destinados a crianças e bebidas em geral, o teto foi de 50 bequeréis. No caso do leite, o rigor foi maior: 10 bequeréis.

III.d. - DA PROVA DOCUMENTAL E ORAL PRODUZIDA

III.d.I - LAUDOS DO INSTITUTO DE RADIOPROTEÇÃO E DOSIMETRIA

Às fls. 56/94 (vol. I), encontram-se laudos periciais, datados de agosto e setembro de 1986, relativos a leite em pó de diversos países europeus e dos EUA. Todos detectaram elementos radioativos artificiais (Césio-134, Césio-137, Ru-103 e I-131). Não há notícia sobre a quantidade da amostra e detalhes do procedimento. Todos levaram em consideração à época o limite de 3.700 Bq/kg.

Às fls. 1426/1735 (vol. V), estão laudos periciais, datados de setembro de 1986 a novembro de 1987, relativos a leite em pó de diversos países europeus, dos EUA e outros. Todos encontraram elementos radioativos artificiais (Césio-134, Césio-137, Ru-103 e I-131). A maioria esmagadora atesta a contaminação, mas considera o limite de 3.700 Bq/kg. Uma pequena minoria, embora registre valores de Bq/kg, afirma não haver contaminação, o que só pode ser explicado pelo limite que implicitamente tenha adotado. Não há notícia sobre a quantidade de amostras e detalhes do procedimento.

Às fls. 2033/2074 (vol. VI), laudos periciais, datados de dezembro de 1988, relativos a leite em pó da Irlanda, Holanda e França. Todos verificaram elementos radioativos artificiais (Césio-134 e Césio-137). Não há notícia sobre a quantidade da amostra e detalhes do procedimento. Todos levaram em consideração à época o limite de 370 Bq/kg.

III.d.II - LAUDO DO INSTITUTO DE PESQUISAS ESPACIAIS

Nele se examinou o leite em pó da Irlanda vindo pelo navio “Monte Pascoal”. Constataram-se valores entre 260 Bq/kg e 1030 Bq/kg, com valor médio de 570 Bq/kg, relativamente ao Césio-137. Entre 100 Bq/kg e 400 Bq/kg, com valor médio de 230 Bq/kg para Césio-134. Houve conclusão positiva para o consumo, segundo valores máximos permissíveis da “Food and Drug Administration” (5.500 Bq/kg) ou da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg). Nesse sentido, *verbis*:

1 - Leite em pó oriundo da República da Irlanda pelo Navio Monte Pascoal armazenamento no Armazém “COBEC” em São Bernardo do Campo.

2 - Os gêneros alimentícios examinados mostraram a presença de elementos radioativos artificiais. Os valores achados para as atividades do radioelemento 137Cs foram compreendidos entre 260 Bq/kg de pó e 1030 Bq/kg de pó com um valor médio de 570 Bq/kg de pó (4 medidas “in loco” no meio de lotes de diferentes datas de fabricação; incertezas sobre medidas, calibrações e geometria: 35% aproximadamente). Nas mesmas condições de medida, os valores achados para as atividades do radioelemento 134Cs foram compreendidos entre 100 Bq/kg de pó e 400 Bq/kg de pó, com um valor médio de 230 Bq/kg de pó.

3 - No que se refere à contaminação radioativa e considerando o critério de valores máximos permitidos segundo o “Food and Drug Administration” (5.500 Bq/kg de pó) ou segundo a Comunidade Econômica Europeia (3.700 Bq/kg de pó), os gêneros alimentícios examinados são próprio para o consumo humano. (fl. 54 - vol. I)

III.d.III - OFÍCIO DO COORDENADOR DO GRUPO DE ESTUDOS DE RADIOCONTAMINAÇÃO DA USP

Em outubro de 1986, o Prof. Celso Orsini encaminhou ofício ao Ministério Público Estadual, do qual se extraem as seguintes informações:

a) quanto à radioatividade máxima admissível nos alimentos, notadamente o leite, a OMS, a IAEA e a FAO não têm recomendações para - Sr-90, Cs-134 e Cs-137; a CEE adotou normas provisórias (válidas até 28.02.87): 370 Bq/kg no leite e alimentos destinados às crianças e 600 Bq/kg nos demais alimentos; a Food and Drug Administration fixou em 20 Bq/kg para Sr-90 e 370 Bq/kg para Cs-134 mais Cs-137 para o leite em pó;

b) a CNEN - Comissão Nacional de Energia Nuclear (Res. 07/86) fixou para o leite em pó o índice máximo de 3.700 Bq/kg para Cs-134 mais Cs-137 e demais produtos 600 Bq/kg;

c) o CENA - Centro de Energia Nuclear na Agricultura da USP realizou medições em leite em pó importado e nacional. Evidenciou-se que as amostras de países atingidos pela nuvem radioativa e fabricados após o evento apresentaram atividades bem acima das demais;

d) sugeriu a revisão da Res. 07/86 da CNEN;

e) não há consenso sobre se os índices estabelecidos garantem suficientemente a saúde humana, principalmente a das crianças, dos efeitos deletérios das radiações ionizantes produzidas pelos contaminantes radioativos;

f) diz não ter notícias de índices estabelecidos com base em pesquisas com amostras de populações brasileiras. É o objetivo da comissão, mas os estudos são de longo prazo e dependem de recursos expressivos;

g) as radiações ionizantes por elementos radioativos são agentes potencialmente mutagênicos. São responsáveis por males como o câncer. As crianças incorporam parte dos contaminantes às suas estruturas orgânicas. A incorporação é cumulativa. A ingestão periódica só faz alimentar o potencial mutagênico do organismo. Os padrões devem assegurar que, mesmo no caso de ingestões muito frequentes, esse potencial mantenha-se incapaz de gerar efeitos deletérios (fls. 174/177 e 182 - vol. I).

III.d.IV - OFÍCIO DA SEÇÃO DE RADIOISÓTOPOS DA USP, CENTRO DE ENERGIA NUCLEAR NA AGRICULTURA, CAMPUS PIRACICABA

Nele, em outubro de 1986, Epaminondas S. B. Ferraz comunica o resultado da análise de material radioativo em amostra de leite: o procedente da Dinamarca - índice menor de 1 Bq/kg de Cs-134 e Cs-137 e o procedente da Irlanda - índice de 73,5 Bq/kg de Cs-134 e Cs-137 (fl. 270 - vol. II).

III.d.V - OFÍCIO DO DELEGADO FEDERAL DA AGRICULTURA EM SÃO PAULO

Nele, em novembro de 1986, João Bosco Loureiro informa valores máximos, mínimos e médios de concentração de Cs-137 e Cs-134 de alguns países da Europa, obtidos da análise feita pelo Instituto de Radioproteção e Dosimetria (IRD), órgão da CNEN. Destaca que o leite do navio “Monte Pascoal” acusou média de 494 Bq/kg para Cs-137 e Cs-134 e todos estavam dentro dos níveis da CNEN (3.700 Bq/kg). Nas amostras verifica-se que foram encontrados níveis máximos de entre 10 e 2.413 Bq/kg (fls. 279/281 - vol. II).

III.d.VI - OFÍCIO DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIBEIRÃO PRETO/SP

Nele, em novembro de 1986, o Dr. Luís Carlos Raya refere-se à gravidade do acidente nuclear de Chernobyl. Lembra de “Three Mile Island” nos EUA e de Angra dos Reis (vazamento no sistema primário de resfriamento da usina Angra I, em 30.09.86). Critica a importação de leite europeu, a fixação dos índices pela CNEN nos moldes da Europa, os perigos do consumo

para a saúde e sugere a revisão da resolução da CNEN (fls. 325/333).

III.d.VII - DOCUMENTOS DO INSTITUTO DE RADIOPROTEÇÃO E RADIOTERAPIA

Às fls. 341/364 do vol. II, estão elementos encaminhados pelo instituto em epígrafe para o CINAB - Conselho Interministerial de Abastecimento, com advertência em relação aos altos índices de Cs-137 do leite procedente da Irlanda e as medidas tomadas por países europeus, as Filipinas e a Austrália.

III.d.VIII - OFÍCIO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES MÉDICAS

Em 21 de novembro de 1986, provocada pelo Ministério Público Estadual, a Dra. Verônica Rapp de Eston, Presidente da Associação Brasileira de Mulheres Médicas - ABMM, fez considerações sobre o tema objeto destes autos. Disse que qualquer radiação ionizante que atinge o núcleo celular altera a estrutura química do DNA; que todo radionuclídeo apresenta uma meia-vida característica que indica o tempo necessário para que a radioatividade de uma amostra se reduza à metade; que são necessárias 10 (dez) meias-vidas para que a radioatividade chegue a níveis desprezíveis; que, no caso do Cs-137, principal contaminante dos alimentos da CEE após Chernobyl, a meia-vida física é de 30 (trinta) anos e, em consequência, levará 300 (trezentos) anos para que a radioatividade alcance níveis irrelevantes; que, no caso de irradiação aproximadamente uniforme do corpo inteiro (situação do radiocésio), o maior dano seria para os órgãos formadores de sangue e gônada; que, além de uma diminuição inespecífica de resistência do indivíduo, poderá resultar da irradiação, após vários anos (de 5 a 15 anos), leucemia; que as mutações genéticas que possivelmente tenham ocorrido poderão manifestar-se somente após várias gerações; que, quanto à DMP (dose máxima permissível), a ICRP - Comissão Internacional de Proteção Radiológica afirma que, nas últimas duas ou três décadas, observou-se que, para o câncer e efeitos genéticos, não existe uma dose limite definida; que a ICRP recomenda que as exposições que acontecem sejam mantidas em níveis tão baixos quanto possíveis, levando-se em consideração as circunstâncias econômicas e sociais: é o princípio ALARA; que não entende a importação de leite ou alimentos contaminados pela radioatividade, porque existem fontes alternativas de alimentação (fls. 599/602 - vol. III). Às suas ponderações acostou artigo de sua autoria ("Consequências médicas dos acidentes nucleares") e texto de Luiz Tauhata e Elizabeth Santos de Almeida (Energia Nuclear e suas aplicações) (fls. 604/622 - vol. III).

III.d.IX - OFÍCIO DO CENTRO DE ENERGIA NUCLEAR NA AGRICULTURA - USP PIRACICABA

Em 28 de janeiro de 1987, Epaminondas S. B. Ferraz, instado pelo Ministério Público Estadual, afirmou:

Conforme solicitação de V. Sa. contida no Ofício Od. COOPROCON - P - nº 026/87 e referente ao assunto "Contaminação de Leite Importado por Radioatividade", passo a responder conforme os parágrafos do referido Ofício:

§ 1º - A Tabela anexa contém a listagem completa de todas as análises de amostras de leite em pó realizadas em nossos laboratórios, até a presente data. Esta Tabela atende aos 04 (quatro) primeiros itens solicitados. Não possuímos informações sobre os outros 02 (dois) itens, "importador" e "comerciante que detém o produto", mas cremos que eles poderão ser fornecidos pelos órgãos estaduais da área de saúde que encomendaram as análises (São Paulo, Paraná e Bahia).

§ 2º - Conforme já ficou esclarecido nas várias reuniões e debates técnicos que se realizaram no Brasil nos últimos meses, *a qualquer dose diferente de zero está associada uma probabilidade de risco não nulo*. O presidente da Comissão Nacional de Energia Nuclear, Dr. Rex Nazareth

Alves, declarou recentemente (09/01/87) que “a ingestão de leite contaminado com Césio 137 e 134 apresenta uma probabilidade pequena, porém não nula, de incidência de cancerização na população” (vide recorte em anexo). O presidente da CNEN declara ainda que “a ingestão do leite contaminado com Césio 137 poderá ser mais ou menos danosa, dependendo do valor da dose recebida pelo indivíduo”, isto é, quanto maior for a dose, maior será o risco. Aliás, isso que o Sr. Presidente declara agora é exatamente o mesmo que os cientistas de vários pontos do Brasil haviam alertado aos órgãos governamentais, 08 (oito) meses antes. *Portanto, não há como se assegurar cientificamente um risco nulo para uma dose diferente de zero.* (fl. 615-vol. III)

Ao ofício acostou listagem das amostras de leite em pó analisadas no laboratório de Radioisótopos do CENA (fls. 617/619 - vol. III), considerações pessoais sobre o assunto (fls. 620/622 - vol. III), cronologia dos fatos (fls. 623/624 - vol. III), com respectivos adendos (artigos de jornal, dados sobre presença de Cs-137 e Cs-134 em leite em pó, telex, laudo pericial, parecer do grupo técnico designado pelo governo sobre os índices de concentração radioativa em alimentos importados, textos da Res. CNEN - 07/86 e da Portaria GR 2141/86, carta da mãe Rosa Maria Muller da Silva Opice Blum ao Ministro Lauro Leitão, ata do GERACON, Res. n° 06, de 19 de junho de 1973, o texto “A CNEN e a Análise dos Alimentos Importados”, Prefácio de trabalho do Sr. Anselmo S. Paschoa, sugestões de Anselmo S. Paschoa à CNEN (fls. 624/801 - vol. III).

III.d.X - OFÍCIO DA PUC DO RIO DE JANEIRO - DEPARTAMENTO DE FÍSICA

Em 01 de dezembro de 1986, Anselmo Salles Paschoa, por solicitação do Ministério Público Estadual, faz comentários e propostas sobre o tema dos autos. No item 4 foi feita a seguinte pergunta:

4. A ingestão de Leite contendo radiação de Césio 137 e Césio 134 pode causar danos às pessoas e aos animais? Quais e em que condições?

A resposta foi:

Sim.

- Entretanto, existe uma considerável faixa de incerteza associada aos danos que podem ser causados aos seres humanos expostos a baixos níveis de radiação ionizante.

A ICRP, admitindo uma extrapolação linear para a origem na curva de dose versus resposta (ou causa-efeito), adota uma dose equivalente efetiva que não deveria jamais ser excedida e que estabelece a base para o que se convencionou chamar limite primário.

A ICRP recomenda a adoção de um limite primário para exposição ocupacional, no caso de efeitos estocásticos, cujo valor é 50 mSv (5 rem) num ano. Por efeitos estocásticos deve-se entender uma doença maligna (câncer, por exemplo) ou hereditária, cuja probabilidade de ocorrência, independente de sua severidade, seja função (linear?) da dose sem que se admita a existência de um limiar inferior abaixo do qual não ocorreria qualquer efeito. Os ALI para cada radionuclídeo são limites derivados, estabelecidos para efeitos práticos, a partir do limite primário.

Para o caso de populações, o ICRP considerou os riscos aceitos no dia a dia como sendo a linha de base da aceitabilidade de riscos fatais para o público em geral. Admitindo que tais riscos estivessem em ordem de grandeza abaixo dos riscos ocupacionais, o ICRP estabeleceu a faixa de 10^{-6} a 10^{-5} como sendo o nível mais provável de risco fatal aceitável por qualquer membro individual do público. Admitindo ainda que houvesse poucas práticas expondo o público e pouca exposição fora do grupo crítico de pessoas expostas às radiações provenientes

dessas práticas, o ICRP estabeleceu que uma dose anual equivalente menor que 5 mSv (0,5 rem) para membros individuais do público, resultaria numa dose média anual equivalente menor que 0,5mSv (0,05 rem). Contudo, deve-se entender que o termorisco conforme utilizado acima refere-se especificamente à probabilidade de que um dado indivíduo sofra um efeito deletério resultante de uma dose de radiação e que pode ser expresso matematicamente de forma bem definida. Por outro lado, o ICRP substituiu anteriormente a palavra risco, usada livremente, pelo termo detrimento, no sentido de expectativa matemática da ocorrência de dano (para um dado indivíduo) devido à dose de radiação, considerando-se as probabilidades de ocorrência de cada tipo de efeito deletério e da probabilidade dos mesmos.

Toda essa modificação conceitual foi feita para que se introduzisse as técnicas custo-benefício associada a análises de risco versus benefícios ao caso da proteção radiológica. Além disso, seria necessário introduzir estas técnicas nos processos de decisão, de modo a comparar fatores intangíveis (como a importância relativa da exposição de seres humanos à radiação) com outros mais tangíveis como os fatores econômicos. Assim, a proteção radiológica dependeria não só de dados químicos, físicos e biológicos, como também de juízos de valor. Como um grau de risco estaria sempre associado com a exposição à radiação, não importando quão baixa fosse esta exposição, a Sociedade teria de consignar explícita ou implicitamente valores monetários à diminuição do risco, quando comparado a outros riscos. Houve portanto uma mudança na filosofia de proteção radiológica dentro do próprio ICRP. Entretanto, na prática esta mudança de filosofia não foi entendida e assimilada pela grande maioria dos países que continuaram a tentar adotar as recomendações do ICRP introduzidas em 1977 e mais tarde adotadas pela AIEA. O fato é que não há como evitar que uma determinada população seja submetida a uma grande parcela de riscos, enquanto os benefícios sejam usufruídos por diferentes populações vivendo em outra parte do mundo. Isto ficou dramaticamente evidenciado no recente acidente de Chernobyl, mas já estava claro anteriormente no caso da indústria de extração e exploração de urânio. Por exemplo, o continente africano detém mais de 20% das reservas uraníferas disponíveis no mundo, enquanto produz menos de 2% de sua energia pela via nuclear.

É fundamental que o processo de decisão relativo a exposição de populações à radiação ionizante passe por um amplo e lúcido debate no Brasil, antes que se prossiga na adoção cega de limites adotados em outras partes do mundo. (fls. 806/808 - vol. III)

No item 6 foi feita a pergunta:

6. Sabe essa Comissão que no Edital de Concorrência Pública da COBAL para importação de Leite em Pó foi (a CNEN) eleita para vetar mercadorias em caso de contaminação e que no mesmo Edital foi estabelecida como condição de aceitação a inexistência de índice de contaminação radioativa?

A resposta foi:

Inexistência de índice de contaminação radioativa é um conceito vago, pois seria necessário especificar o significado de contaminação radioativa. Todo e qualquer produto, industrializado ou não, tem uma pequena contaminação radioativa, seja natural ou artificial. Assim, caso este edital fosse tomado ao pé da letra, o Brasil estaria impedido de importar qualquer mercadoria, viesse de onde viesse. Por outro lado, definindo-se cuidadosamente o significado de contaminação radioativa, seria possível especificar o(s) radionuclídeo(s) que se desejaria evitar e, mais ainda, determinar os limites de tolerância para importação dos mesmos. Entretanto, cabe aqui mais um comentário sobre o processo de decisão que permite a importação de alimentos, usualmente livres de contaminação significativa por ¹³⁷Cs, numa época

em que sabidamente estes produtos provenientes do mercado produtor europeu pode estar contaminado com o radionuclídeo em questão.

A técnica de riscos versus benefícios exige que estes aspectos da questão sejam considerados durante o processo de decisão e não *a posteriori*. (fls. 808/809 - vol. III)

Em ofício posterior, de 14 de janeiro de 1987, enviou à Curadoria ressalvas, nas quais, contrapondo-se os níveis adotados na Res. CNEN 06/73, informou que o nível recomendado pela Comunidade Europeia, após o acidente de Chernobyl, era de 370 Bq/kg para Cs-137 e da Áustria era 20 Bq/kg, devido a razões de ordem ético-políticas que não soube precisar. Finalizou dizendo existirem evidências na literatura científica de que o Cs-137 pode ser responsável pelo aparecimento de neurofibrosarcomas quando incorporado a seres humanos durante longos períodos de tempo (fls. 811/812 - vol. III).

III.d.XI - OFÍCIO DA SBPC AO CURADOR

Em 17 de dezembro de 1986, Ennio Candotti, vice-presidente da entidade, sugeriu a seguinte alternativa:

... . O correto seria glosar as partes de radioatividade próximas de 0 e as partes de teores muito elevados. Uma vez que dificilmente será consumido um produto obtido da mistura das diferentes partes, não há garantias de que isso venha a ocorrer e é difícil o seu controle, *corre-se o perigo de ver o leite contaminado ser vendido diretamente para a população que, inclusive, poderá fazer usos diferentes da mera reidratação em proporções 1:10*. (fl. 813 - vol. III)

III.d.XII - DECLARAÇÃO DO PROF. OTAVIANO A. M. HELENE

Em acréscimo ao que dissera em reunião do IRD de 27 de novembro de 1986, o Prof. Otaviano A. M. Helene declarou:

Os níveis de contaminação radioativa tolerados em alimentos importados parecem-me excessivamente altos. O consumo de alimentos contaminados nesses níveis corresponderiam a uma dose equivalente de 0,3 rem a cada ano e, portanto, a cerca de 10 rem durante 30 anos. Tal dose supera o limite de 5 rem em 30 anos, limite este correspondente ao máximo aceitável para a população como um todo conforme estabelecido pela CNEN em 1973, para irradiações por fontes não naturais. Dessa forma parece-me adequado: a) diminuir significativamente os níveis de contaminação radioativa tolerados em alimentos importados (essa diminuição poderia ser de um fator 10); b) que se estabeleça uma data limite para a tolerância dessa contaminação; c) que nova decisão quanto aos níveis de contaminação tolerados após essa data seja adotando-se um procedimento que leve em conta um balanço risco/benefício e d) que o destino final do leite contaminado seja controlado. (fl. 815 - vol. III)

III.d.XIII - REUNIÃO NO IRD NO RIO DE JANEIRO

Em 27 de novembro de 1986, no Instituto de Radioproteção, no Rio de Janeiro, foi realizado encontro do qual participaram promotores de justiça, a Diretora do Instituto, Dra. Anamélia Habib Mendonça, o Dr. Mário A. Signorelli, Chefe de Gabinete da Presidência da CNEN, os Profs. Celso Orsini e Otaviano Helene, da USP, Ennio Candotti, Presidente em exercício da SBPC - Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Luiz Pinguelli Rosa e Solange Cuiabana de Barros, da UFRJ, Anselmo Salles Paschoa e Gilson Baptista, da PUC/RJ, Antônio Roberto Alves Teixeira e Wanda Lúcia Prado da Silva, da UERJ, e Norberto Majlis, da UFF.

Segue da reunião relato das manifestações:

Para expor as razões científicas do IRD, adotadas pela CNEN, manifestaram-se os Drs. Ha-

roldo Lessa Peixoto de Azevedo e Luiz Fernando de Carvalho Conti, os quais relataram seus estudos e suas diligências, ressaltando que fizeram investigações com uso de Cintilômetro nos navios Monte Pascoal e Pioneiro chegados ao Brasil e com as aparelhagens do IRD mediram os fluxos de cargas Médio/Máxima, sendo a média de 25,8 Bq/kg de contaminação pelos radioisótopos Césio-137 e Césio-134 que vazaram quando do acidente nuclear de Chernobyl. Esclareceram que a média dos níveis de contaminação foi tomada segundo somatório das diversas amostras colhidas diretamente pelos funcionários do Ministério da Agricultura e encaminhadas ao Instituto, sendo que só o Navio Monte Pascoal recebeu vistoria direta, pelos altos níveis de contaminação radioativa encontrados em sua carga. No tocante ao estabelecimento de 3.700 Bq/kg de Leite em Pó como máximo tolerável de contaminação radioativa, os técnicos esclareceram que esta dose “não é para ser alcançada, mas para não ser atingida como limite de tolerabilidade”. A seguir os técnicos fizeram comparativos sobre as cargas de radionutridos naturais de uma pessoa, situadas em 0,19 mSv, onde 0,17 mSv são de Potássio. Foram os técnicos aparteados e consultados pelos acompanhantes dos Drs. Curadores, da área científica, os quais demonstraram pontos divergentes e convergentes na ótica acadêmica. Usando a palavra, cada um por sua vez, manifestaram-se os cientistas acompanhantes: Prof. Anselmo Paschoa (PUC-RJ) demonstrando a cadência sequencial dos estudos feitos pelo IRD e concluindo que - seguindo-se a mesma cadência - os níveis de contaminação radioativa encontráveis, deveriam ser cientificamente menores que os identificados pelos técnicos do IRD. Sobre os malefícios dos radioisótopos de Césio, afirmou que acarretam eles quebras cromossômicas. Por isso, a Áustria estabeleceu o limite máximo de 20 Bq/kg para a contaminação admitida. Prof. Luiz Pinguelli Rosa (UFRJ e Sociedade Brasileira de Física) que demonstrou terem os técnicos do IRD se despreocupado das formas de distribuição do Leite, pois consideradas ingestões diárias de mais de 1 copo de leite por dia pelas pessoas, os níveis de contaminação passam a ser altíssimos. Afirmou que “com certeza alguns casos de câncer adicional serão gerados pelo leite importado” e que “não seria porque uma pessoa já tenha radionuclídeos naturais, que se poderia permitir mais radionutridos, pois se há em nosso ambiente tipos de contaminação como tuberculose, sarampo, hepatite, nem por isso poderíamos disseminar para as crianças vírus adicionais para ingestão de tais doenças”. Profs. Celso Orsini e Otaviano Helene (USP), que analisaram os graus de poluição e contaminação, ante um Estado de Subjetividade Social. O Prof. Orsini considerou que “A CNEN concluiu que há contaminação, mas que esta contaminação não é preocupante, porque não diferem dos níveis naturais ..., mas, de qualquer forma, é indesejável a importação de Leite com qualquer nível de radiação, se há possibilidade de se evitar isso. A importação é indesejável. Não temos que enfrentar um problema de risco/benefício, se não temos motivos para enfrentar um risco.” O Prof. Helene sustentou, considerando o estado de subjetividade dos graus de poluição e contaminação, que aceitar o Brasil o leite contaminado que aí está é admitir um limite de 50 Bq/kg, quando a ordem natural deveria ser de 5 a 25 Bq/kg, sobre as cargas de contaminação; demonstrou que a ingestão de 1 litro/dia de Leite contaminado na média de 25,8 Bq/kg de Pó, uma pessoa absorve 0, 23 mSv/dia, o que representa mais de 5 mSv/ano de carga retida; comparando-se com níveis de contaminação de Potássio (0,17 mSv) e de cargas de radionuclídeos naturais da pessoa (0,19 mSv), a carga adicional é indesejável. Por fim, manifestou-se o Prof. Ennio Candotti, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, que afirmou ter o IRD adotado o índice que o Mercado Comum - exportador para o Brasil - aceita como admissível para importar Leite da União Soviética ou do Leste Europeu, onde se localizou o acidente. Considerou não haver qualquer razão de risco/benefício que deva cientificamente o Brasil enfrentar, pois não temos aqui estado de emergência nuclear; ademais, os níveis adotados pelos Estados Unidos e pelos países europeus, são muito altos em razão da radioatividade que lá existe, em si muito altas em relação aos níveis brasileiros, pela diferença das atividades industriais. E “Usar o Leite que está no Brasil é aceitar chantagem de vendedor, que se aproveita de nossa crise de abastecimento para descarregar Leite

Contaminado”. A seguir, considerou os números apresentados pelos técnicos do IRD sobre as quantidades volumétricas de Leite em Pó importado da Europa, que correspondem a: tm (toneladas métricas) importadas = 60.000; Leite sem contaminação = 35.000 tm; Leite Contaminado = 25.000 tm. Embora os técnicos do IRD lhe parecessem pessoas dignas e honestas, concluiu o expositor que “foram ingênuos em não considerar o grande perigo de se importar tão grande parte proporcional de Leite Contaminado, certamente porque este Leite está baratíssimo de preço, já que ninguém o deseja” ... “O Brasil foi passado prá trás”. Considerou, também, que os critérios de indicar o nível de contaminação, por meio de média aritmética, é um erro científico, pois “o correto seria glosar as partes de 0 ou próximas de 0 e também as partes de teores muito elevados, para se chegar a uma média, quando se procura esta média ..., mas, se num carregamento foram encontradas partes com teores muito elevados, estas deveriam ser imediatamente condenadas, pois há o perigo de serem vendidas em Pó, a granel, para a população, ou de serem utilizadas de forma diferente da mera reidratação em usinas”. (fls. 820/823 - vol. III)

O ato foi encerrado com auto de constatação do qual cabe destacar:

- I - Os índices estabelecidos pelos estudos do IRD não levaram em consideração as condições risco/benefício para a população;
- II - Daí significativas cargas de Leite em Pó contaminado foram recebidas no país e distribuídas sem monitoramento sequencial dos seus destinos;
- III - Ao serem liberadas as cargas aceitas, não houve acompanhamento das suas utilizações nas fases de industrialização;
- IV - Os técnicos do IRD só se ativeram nas considerações das quantidades utilizáveis para as reidratações pelas usinas de processamento e beneficiamento de Leite, na média 100/1.000 (cem gramas de Pó para 1.000 mililitros d'água);
- V - Os critérios de estipulação dos níveis de Contaminação Radioativa, adotados pelo IRD, foram os de mera média aritmética das diversas amostras colhidas em cada carregamento;
- VI - Por tais critérios, partes com elevados índices de contaminação foram somadas às de não ou pouco contaminadas, para de forma meramente matemática chegarem a uma média, sem serem condenadas as partes com elevados níveis de contaminação;
- VII - Desconheceram os técnicos as possibilidades de uma só parte contaminada ser destinada ao envasamento para venda do produto no estado, ou em Pó, na forma de latas ou pacotes de parcelamento a varejo;
- VIII - Desconheceram também os técnicos as possibilidades das utilizações do Leite, em uso familiar, nas doses superiores a 100/1.000;
- IX - Desconheceram mais os técnicos as possibilidades das utilizações do Leite nas fabricações de doces e leite condensado, onde as quantidades de água são reduzidas;
- X - Desconheceram mais ainda os técnicos as hipóteses de famílias adquirirem caixas fechadas de 12, 24 ou 36 latas ou pacotes de Leite em Pó e com isto estocarem grandes quantidades de Leite contaminado, para uso em longo tempo;
- XI - Os níveis estabelecidos pelos estudos do IRD, decorreram da estimativa de consumo de Leite com qualquer grau de contaminação por período pequeno, no máximo entre 3 e 6 meses;
- XII - As possibilidades de estocagens industriais ou domésticas, levarão a população a utilizar Leite contaminado por período excedente ao “de risco” previsto pelos técnicos;
- XIII - A falta da imposição de constarem nos rótulos dos produtos advertências sobre suas contaminações radioativas, é cientificamente condenável;
- XIV - Os níveis de contaminação de Césio 137 e Césio 134, estabelecidos pelos técnicos em 3.700 Bq/kg são indesejáveis do ponto de vista científico, posto que não-sabidos os limites de permanência destes contaminantes no corpo humano, sem causação de sequelas;
- XV - Tais contaminantes atuam principalmente nos sistemas fibrosos dos corpos dos ma-

míferos, provocando ou podendo dar origem a neuro-fibro-sarcomas (câncer nas fibrinas);
 XVI - Não há certezas de que as pessoas contaminadas pela ingestão de Leite Contaminado por aqueles rádio-isótopos possam estar livres de apresentar degenerações genéticas;
 XVII - Admitir-se a ingestão de Leite Contaminado pelos mesmos rádio-isótopos, sem existir razões de perigo comum a suportar, é um erro científico;
 XVIII - Não há razões científicas para serem admitidos, no Brasil, os índices gerais de contaminação admissíveis para a região do Mercado Comum Europeu, em período de emergência decorrente de acidente nuclear, mormente quando alguns estados-membros daquela organização econômica de altas partes contratantes, de si desprezam os elevados índices gerais e adotam níveis inferiores, correspondentes a 10 a 28% dos adotados pela mesma organização;
 XIX - É cientificamente indesejável a disseminação à população de Leite Contaminado por aqueles rádio-isótopos, quando há possibilidade de ser consumido leite sem tal contaminação, mormente porque já tendo o Leite uma contaminação normal de Potássio, qualquer acréscimo é pernicioso;
 XX - *Sobrelevam como razões para que não haja ingestão de Leite ou qualquer outro produto alimentar contaminado por tais rádio-isótopos, o perigo que representam como contaminantes “estocásticos”, caso em que a gravidade do efeito pernicioso da radioatividade no homem independe da dose recebida. Embora a probabilidade de ocorrência de efeito pernicioso seja considerada proporcional à dose recebida pelo homem, não existe limiar de dose abaixo da qual essa probabilidade seja nula.* (fls. 824/827- vol. III)

Às fls. 835/836 - vol. III, estão comentários complementares de alguns participantes.

III.d.XIV - OFÍCIO DO PRESIDENTE DA CNEN AO CURADOR DE JUSTIÇA DE CONSUMIDORES

Em 22 de dezembro de 1986, o então Presidente da CNEN, Rex Nazaré Alves, encaminhou respostas a quesitos formulados pelo Curador de Justiça de Consumidores. Afirma que a Resolução CNEN n° 06, de 19.06.73, se aplica não só aos trabalhadores, mas aos indivíduos do público, relativamente à radiação ionizante. Sobre a Resolução CNEN n° 07, de 10.09.86, esclareceu:

Como o valor obtido pela CNEN para o limite autorizado de atividade no leite foi de 550 Bq/kg (pronto para consumo, isto é, em forma líquida, decidiu-se adotar o valor de 370 Bq/kg como limite autorizado, tendo em vista o consumo simultâneo de carne e leite, uma vez que seria mais restritivo. (fl. 831 - vol. III)

Sobre o índice informou:

Como pode ser observado no anexo 1, não foi feita nenhuma consideração sócio-econômica (análise risco/benefício) o que significa que o limite autorizado estipulado é apenas um valor que não pode ser ultrapassado, tendo em vista o consumo direto de carne e leite pelo indivíduo do público (grupo crítico-crianças). Além do que adoção deste procedimento justifica-se em situações temporárias e/ou excepcionais.

No entanto, cabe ressaltar que, no caso de extensão do período de importação e/ou aumento da diversidade de material importado, bem como de sua utilização, uma avaliação mais aprofundada torna-se necessária. Este fato é mencionado explicitamente no item 3 do primeiro laudo de exame pericial enviado ao Ministério da Agricultura, datado de 25 de agosto de 1986 (anexo II). Diz o item 3 do laudo: “levando-se em consideração que cada contribuição para exposição da população causada pela ação do homem deve ser justificada por seus benefícios, o limite para a irradiação de uma população como um todo deve ser claramente encarado

como sendo um somatório de contribuições mínimas necessárias, e não como um total permissível a ser alcançado (ICRP 26). Portanto, no caso de o Brasil continuar importando produtos alimentícios de várias origens, deve-se levar em consideração os níveis de atividade encontrados, para a liberação do produto, uma vez que não se pode prever a contribuição dos próximos alimentos a serem importados para a exposição total da população”. (destaques do original) - (fl. 831 - anexo III)

Sobre os danos às pessoas e aos animais, disse:

Os efeitos provocados pela exposição à radiação são dependentes da dose de radiação (equivalente de dose), qualquer que seja o elemento radioativo que emite radiação ou a forma pela qual o ser humano se expõe a essa radiação. Todos estes fatores já são considerados no cálculo da dose. Desta forma, a ingestão de leite contaminado com Cs-137 poderá ser mais ou menos danoso dependendo do valor da dose recebida pelo indivíduo.

No caso de baixas doses, os efeitos possíveis de ocorrer são os não determinísticos, como cancerização e/ou hereditários, denominados de “estocásticos” (probabilísticos). Contudo, a probabilidade de ocorrência desses efeitos em função da dose, foi avaliada através dos resultados, observados em grupos críticos (como sobreviventes de Hiroshima e Nagasaki, primeiros radiologistas, pintores de relógio com tinta radioativa). Como esses grupos críticos foram submetidos a altas doses de radiação, extrapolações tiveram que ser feitas para baixas doses. No caso de baixas doses adota-se a filosofia de que qualquer dose produz um efeito (modelo linear) sempre que se pretenda estabelecer limites em proteção Radiológica, objetivando ser o mais restritivo possível. No entanto, o modelo linear quadrático (apresentando uma probabilidade próxima de zero para baixas doses) é o mais adequado aos dados experimentais. Esta dúvida se deve ao fato de que é impossível, estatisticamente, demonstrar-se uma maior incidência de câncer numa população exposta a baixas doses de radiação em comparação com a incidência normal de cancerização.

Baseado no que foi exposto, pode-se dizer que a ingestão de leite contaminado com Cs-137 e Cs-134 apresenta uma probabilidade pequena, porém não nula, de incidência de cancerização na população. Contudo, os valores de dose são tão baixos que será impossível provar-se, um aumento da incidência de câncer nessa população (ver anexo IV). Cabe ressaltar que os animais são menos sensíveis à radiação que o ser humano. (fl. 832 - vol. III)

Sobre o edital de concorrência pública da COBAL para a importação de leite em pó, assentou:

Nos laudos técnicos emitidos pelo IRD-CNEN constam todos os resultados das análises realizadas, os quais se situaram abaixo dos níveis limites adotados quanto à tolerabilidade para o consumo humano, mas que encontraram-se acima dos limites fixados no Edital da COBAL. (fl. 833 - vol. III)

III.d.XV - CONSIDERAÇÕES SOBRE LEITE CONTAMINADO DO PROF. EDUARDO PENNA FRANÇA

Em trabalho datado de 16 de março de 1987, o Prof. Eduardo Penna França, do Instituto de Biofísica da UFRJ, intitulado “Considerações sobre o problema do leite contaminado com Césio radioativo”, apresenta várias informações sobre contaminação radioativa. Sobre os efeitos das doses menores pontuou:

Doses menores de radiação na faixa de 0,05 Sv (5 rem) a 1 Sv (100 rem), podem provocar dois tipos de efeitos graves no homem que aparecem após longos prazos:

Cancerização: o aumento da incidência de vários tipos de tumores malignos foi observado em estudos epidemiológicos nos sobreviventes das explosões atômicas de Hiroxima e Nagasaki e em vários grupos de operários ou de doentes, superexpostos à irradiação ocupacional (radônio, rádio etc) ou médica (raios X). (Tabela 1)

Efeitos genéticos: foram observados em experiências com animais mas aceita-se por inferência que possam ocorrer na descendência de indivíduos irradiados.

A exposição de populações à doses ainda menores de radiações ($< 0,05$ sv) como ocorre em instalações nucleares, em laboratórios que manipulam substâncias radioativas, no uso médico de raios-x e devido à própria radiação natural ambiental que a todos atinge, potencialmente pode induzir os mesmos efeitos que na faixa anterior (cancerização e efeito genético). não foi possível até hoje demonstrar praticamente estes efeitos em estudos epidemiológicos pelas seguintes >

- a frequência da incidência de câncer na população induzida por todas as causas, na maioria desconhecidas, é muito alta;

- o tempo de latência do aparecimento de câncer induzido por baixas doses de radiação é muito longo;

- a dose de radiação natural a que toda população do globo está exposta é relativamente alta (em média 1 mSv/ano nos países tropicais e 2 mSv/ano na Europa e América do Norte).

Esta dose, porém, varia muito de um lugar para outro, com a altitude, com o tipo de habitação, tipo de solo da região etc.. Como o acréscimo de cancerização que poderia ser provocado na população por radiações artificiais é muito pequeno em relação aos casos que ocorrem normalmente, todos os estudos epidemiológicos já realizados não deram resultados conclusivos. No entanto, os organismos internacionais de proteção radiológica, particularmente a Comissão Internacional de Proteção Radiológica (ICRP) e os de vários países, decidiram estimar estatisticamente a possível indução de cânceres por baixas doses de radiação. Para isto extrapolaram a curva de: *taxa de cancerização x dose de radiação* obtida por grupos expostos a doses mais elevadas (maior de que 0,05 Sv) até dose zero de radiação. Obtiveram então o que hoje se denomina de *taxa de risco de cancerização* que é segundo o ICRP uma estimativa estatística da máxima probabilidade de indução de câncer por irradiação com baixas doses e não uma certeza de efeito e se destina a planejar práticas de proteção radiológica visando reduzir o risco nos indivíduos expostos à radiações. O seu valor aceito atualmente é de: *1 caso de câncer em cada 100.000 pessoas expostas a 1 mSv*. Vários estudos estão em andamento sobre o assunto que levam a crer que esta faixa possa ser 2 a 10 vezes menores do que o estimado pelo ICRP. (destaques do original) - (fls. 1080/1081 - vol. IV)

Assinala o professor que, para efeitos de proteção radiológica, parte-se do princípio de que qualquer dose de radiação, por menor que seja, tem um certo risco de induzir cancerização ou efeito genético na população irradiada. Acerca dos critérios então considerados para a proteção radiológica, cita:

- 1 - A adoção da *filosofia de risco x benefício*, ou seja: os benefícios do uso ou exposição a qualquer tipo de radiação devem ser maiores do que os riscos correspondentes para a população.

- 2 - O estabelecimento de um *limite máximo* de risco para os indivíduos mais expostos da população que não deve ser excedido em nenhum caso. Todos os esforços devem ser feitos porém para que ele não seja atingido.

- 3 - O *risco total para população exposta deve ser tão baixo quanto realmente alcançável, levando-se em conta considerações econômicas e sociais*. Isto na prática significa que os riscos de irradiação devem ser cotejados com outros tipos de riscos que a população está regularmente exposta antes de decidir se eles são aceitáveis. (destaques do original) - (fl. 1082 - vol. IV)

Sobre a irradiação interna, o professor sustenta:

No caso de irradiação interna, ou seja, de radionuclídeos introduzidos no organismo por inalação ou ingestão, a dose de radiação produzida por cada tipo de radionuclídeo vai depender de sua natureza química, de como ele se distribui no organismo, de quanto tempo permanece assim por diante. Estes estudos foram realizados por várias instituições e hoje em dia estão disponíveis para a maioria dos radionuclídeos. Assim é possível por exemplo relacionar-se a quantidade de ^{137}Cs ingerida com a dose que ele vai provocar no organismo, e calcular o respectivo risco. Inversamente, estipulando-se o máximo risco aceitável para um país calcula-se para trás e obtém-se a máxima concentração de ^{137}Cs (em Bq/litro ou Bq/kg) que se permite no leite ou na carne, por exemplo. Estes valores se denominam limites derivados. (fls. 1083/1084 - vol. IV)

Sobre os critérios de proteção radiológica, assevera:

Segundo os critérios básicos de proteção radiológica o benefício da prática envolvendo irradiação dever ser maior do que o risco. Os economistas e membros do governo é que podem avaliar o benefício de importar leite com compra já contratada antes do acidente de Chernobyl, com a alternativa de cancelar a compra ou embargar a venda e diminuir a oferta de leite à população. (fl. 1087 - vol. IV)

Sobre a probabilidade de cancerização, disse:

Se um milhão de pessoas ingerisse leite com 10% de concentração máxima de cézio radioativo (370 Bq/kg pó) durante um ano inteiro, a dose de radiação individual seria de 0,5 mS e há um risco hipotético de indução de 5 casos de câncer nos próximos 50 anos nessa população. A incidência normal de câncer nesta população é de 2600 casos por cada ano, com uma variação provável de +/- 500 casos/ano. Comparando com o risco de câncer de pulmão para fumantes de cigarro o risco é equivalente ao de se fumar 5 cigarros durante um ano e então parar de fumar. A radioatividade ambiental natural pode variar apreciavelmente de uma casa para outra, mesmo na mesma cidade, e mais ainda quando se muda de uma cidade para outra. (fl. 1088 - vol. IV)

III.d.XVI - TESTEMUNHOS DE EPAMINONDAS SANSIGOLO DE BARROS FERRAZ, EMICO OKUNO, OTAVIANO AUGUSTO MARCONDES HELENE e GIAN MARIA AGOSTINO ÂNGELO SORDI (fls. 1751/1755 - vol. V)

De Epaminondas Sansigolo de Barros Ferraz destacam-se as seguintes declarações:

- a) inexistente consenso no tocante à fixação de um índice máximo de radiação nuclear em alimentos e, em especial, no leite;
- b) a fixação é variável atendendo mais a fatores econômicos e sociais do que nitidamente técnicos;
- c) à época do acidente nuclear, dirigiu-se à Organização Mundial de Saúde - OMS, que respondeu que a entidade não fixa grau máximo, deixando a critério de cada comunidade;
- d) a Comunidade Europeia fixou o índice de 370 Bq por causa do acidente para vigorar até fevereiro seguinte, sendo prorrogado posteriormente;
- e) desconhece os motivos que levaram a CNEN a fixar o índice de 3.700 Bq;
- f) a USP realizou pesquisa para aferição de radioatividade em partidas de leite em pó e, pessoalmente, o depoente as empreendeu encontrando índices após o acidente;

- g) os elementos Cs 137, Cs 134 e Estrôncio 90 foram encontrados após o acidente nuclear;
- h) o Césio 137, atualmente, em face das diversas experiências nucleares, é encontrado naturalmente em alimentos em quantidades pequenas;
- i) qualquer dose, por menor que seja, é nociva à saúde, segundo sua opinião não técnica;
- j) nas análises que fez constatou Césio 137 e Césio 134;
- k) em razão do Princípio Alara e dos efeitos estocásticos, entende não justificável, exceto numa situação de emergência extrema, a distribuição de qualquer elemento contaminado, porque qualquer dose é nociva;
- l) a radioatividade natural existe sem a fixação de qualquer índice, pois é naturalmente aceita;
- m) a radioatividade existente em determinados locais, em dosagem mais alta, sendo natural, não aparecerá no leite, nem tampouco será fixada no organismo humano;
- n) para eventual fixação de um índice entre 3.700 e 370 Bq, o risco só seria justificável se o benefício fosse maior e, considerando que qualquer dosagem, ainda que mínima, é nociva, injustificável a adoção de índices elevados;
- o) injustificável que as autoridades fixem índices, cujos riscos deveriam ser suportados pela população;
- p) das amostras que analisou a maioria teve seu índice abaixo de 200, não podendo fixar uma média, pois não teve acesso a amostras provenientes de todo o leite importado, ressaltando que algumas apresentaram índices de até 2.000 Bq;
- q) o Césio 137 se encontra, em dosagem pequena, incorporado à natureza, sendo considerado como radioatividade natural, porque esta é verificável tanto em produtos provenientes do Hemisfério Norte como do Hemisfério Sul, mesmo antes do acidente nuclear;
- r) os índices de 3 a 4 Bq podem ser considerados pequenos, desde que não haja opção, pois a radioatividade é natural, embora o desejável fosse que nenhuma radioatividade houvesse.

De Emico Okuno extraem-se os pontos arrolados:

- a) inexistente consenso para a fixação de um grau aceitável de radiação nuclear em alimentos, pois os resultados são variáveis, de pessoa a pessoa;
- b) as crianças apresentam riscos maiores;
- c) quanto ao índice da CNEN, qualquer radiação é nociva: quanto maior, maior o risco;
- d) existe a radiação natural no ambiente a que todos estão sujeitos;
- e) exposição interna é da ingestão de alimentos;
- f) em relação ao leite em pó, foi constatada a presença de Césio 137, Césio 134 e Estrôncio 90. Inexistente a probabilidade de dano imediato, só ocorrente quando a dosagem é muito elevada;
- g) a ingestão de doses pequenas mas constantes pode provocar efeitos tardios, ocasionando danos genéticos e somáticos;
- h) o leite é naturalmente radioativo, apresentando por litro 30 a 40 bequeréis;
- i) se o acidente tivesse ocorrido no Brasil, não teríamos alternativa, senão aceitar índices elevados;
- j) a radiação natural existente no leite é produzida pelo Potássio, que equivale ao Césio, no tocante à sua eliminação pelo organismo: 150 dias para o adulto e cerca de 40 dias para as crianças, para expelir metade do que foi ingerido;
- k) desconhece o laudo elaborado pela USP, fixando índices para o quilo de leite em pó;
- l) entende não haver possibilidade de fixar-se dose mínima, média ou máxima, porque qualquer dose é danosa, ressaltando seu aspecto probabilístico;
- m) em toda a Europa variou muito, de local para local, o índice de contaminação, dependendo da ocorrência ou não das chuvas após o acidente nuclear.

De Otaviano Augusto Marcondes Helene ressaltam-se as seguintes afirmações:

- a) não pode precisar um grau máximo aceitável de radiação nuclear em alimentos, pois tal fato depende de uma relação custo-benefício;
- b) para o leite importado, outros fatores existem como o problema da distribuição e alimentação da população e interesses econômicos;
- c) não foi vantajosa a importação desse leite, atentando-se ao custo-benefício;
- d) o índice adotado pela Comunidade Europeia deve ter atentado para a situação de emergência ocorrida após o acidente nuclear;
- e) o índice da resolução da CNEN de 5 REM seria superado se uma pessoa ingerisse diariamente o leite importado, considerando-se os demais elementos radioativos a que o organismo humano naturalmente está sujeito;
- f) a resolução foi elaborada em setembro de 1986, após a importação, quando não havia anteriormente nada disciplinando o assunto especificamente;
- g) o leite apresenta elemento radioativo natural, o Potássio 40;
- h) o Césio e o Potássio contêm propriedades químicas semelhantes;
- i) não tem condições de informar qual a média de Potássio 40 existente no leite;
- j) o limite máximo permissível estaria relacionado com o tempo de uso de determinado produto;
- k) participou de algumas análises efetuadas no leite em pó importado, bem como das feitas pelo CENA;
- l) constatou a presença de elementos radioativos provenientes do acidente nuclear, muito variável considerando-se o leite, a procedência e a marca do produto;
- m) havia dados anteriores a respeito da presença de Césio no leite europeu e o consequente aumento em decorrência do acidente nuclear foi cientificamente comprovado, tendo em vista que esses elementos se espalham por vários locais do continente europeu;
- n) a concentração de Césio anteriormente ao acidente era sensivelmente menor do que o constatado após o fato;
- o) os elementos Césio 137 e 134 são artificiais, todavia foram encontrados em razão de experiências nucleares ocorridas na década de 60, sendo que o Césio 134 tem meia-vida mais curta e o Césio 137 perdura cerca de 30 anos;
- p) o leite brasileiro não tem radioatividade artificial, pois as experiências nucleares no Hemisfério Norte raramente produziam efeitos no nosso hemisfério, não podendo precisar no que tange à radioatividade natural;
- q) inexistente significa abaixo dos limites de detecção existentes.

De Gian Maria Agostino Ângelo Sordi cita-se do depoimento:

- a) existe um limite aceitável de radiação nuclear nos alimentos, fixado pela OMS, pela FAO e pela Agência Internacional de Energia Atômica, em 500 Bq por quilo ou litro, desde que o consumo seja de até 750 litros ou quilos por pessoa ao ano;*
- b) no Brasil, foi fixado o limite de 370 Bq, aproximadamente, em novembro de 1986, de acordo com o índice da Comunidade Europeia;*
- c) a Comunidade Europeia não fixou esse índice em função do acidente de Chernobyl, mas simplesmente houve uma mudança de unidade;*
- d) a adoção desse sistema no Brasil foi para atender o sistema internacional;*
- e) não participou nem efetuou nenhuma pesquisa sobre radioatividade no leite em pó;*
- f) o dano para ser expressivo em sua significação deve ser em uma dosagem maior e não em pequenas doses, cujo risco é praticamente zero;*
- g) para o leite importado, ainda que contaminado pelo Césio 137, Césio 134 e Estrôncio 90, os benefícios seriam maiores do que os riscos assumidos, que, segundo cálculos da IRD, ha-*

veria um aumento de câncer por um milhão de habitantes, quando já morrem normalmente 200 mil; a dosagem pequena, de acordo com estudos científicos, produz mais benefícios do que malefícios;

h) integra a CNEN, o Princípio Alara é um dos princípios básicos dentro do sistema de limitação de doses;

i) na relação custo-benefício, a utilização do leite supera em benefício, de muito, o risco aí decorrente;

j) não participou da elaboração da Resolução nº 07 da CNEN;

k) a importação do leite do continente europeu não foi nociva à população;

l) não existe leite não contaminado, em decorrência das explosões nucleares, que determinam a presença de Césio 137, Estrôncio.

III.e - DA AVALIAÇÃO PROBATÓRIA

À vista do acidente nuclear de Chernobyl, em 26.04.1986, e da falta do produto em função de conjuntura econômica específica (Pano Cruzado), órgãos e instituições brasileiras (CINAB, SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS) promoveram a importação de leite e derivados. No tocante aos que viessem do Mercado Comum Europeu, a COBAL, no edital de concorrência pública, previu (fl. 156 - vol. I) que as propostas deveriam estar acompanhadas de atestado de que a mercadoria contivesse zero de contaminação radioativa e que a CNEN pudesse analisá-la nos portos de destino e vetar a descarga do navio.

Ainda que pelo impacto do que ocorria na Europa, considera-se sensata a medida, embora restrita geograficamente, já que a radiação nuclear deveria ser prevenida de maneira geral. Todavia, a CNEN editou a Resolução nº 07/86, em 11.09.1986, e fixou níveis máximos permitidos para produtos importados, que revelaram desconsideração para com a saúde da população e falta de embasamento em estudos interdisciplinares. Do documento (fl. 102 - vol. I) fica claro que a Comissão baseou-se inopinadamente em índices da CEE e adotou-os, para Cs 134 e 137, em valores maiores para o leite do que para demais produtos. Os interesses do Brasil a respeito não poderiam ser mais diversos dos da Europa, já que esta exportava algo sob risco, bem como não se concebe a incongruência de se fixarem tetos maiores justamente para alimentos cuja ingestão alcançaria, em princípio, crianças e gestantes.

Não fosse a ação do Ministério Público e a jurisdição prestada com presteza na concessão de liminar (fl. 366 - vol. II), o que foi importado seria consumido com consequências que a CNEN não se preocupou em impedir ou que poderia evitar com uma atitude mais responsável.

A prova colacionada nos autos só confirma o acerto da liminar e da sentença recorrida. Os vários laudos (do Instituto de Radioproteção e Dosimetria e do Instituto de Pesquisas Especiais) detectaram a presença de elementos radioativos artificiais em amostras dos produtos importados. São desconhecidos os critérios utilizados, as quantidades de amostras, mas todos levam em conta limites da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg) ou da “Food and Drug Administration” (5.500 Bq/kg). Não há estudos dos efeitos a longo prazo dos contaminantes radioativos, nem tampouco de curto prazo, não obstante, quanto ao último aspecto, as experiências de Hiroshima, Nagasaki e Three Mile Island.

Os vários órgãos consultados e especialistas ouvidos permitem algumas conclusões que se mantêm válidas até o presente, já que, ao longo de tantos anos, as partes não se desincumbiram de mostrar o contrário. No item anterior procurou-se narrar o que disseram o Prof. Celso Orsini, Coordenador do Grupo de Estudos de Radiocontaminação da USP, o Prof. Epaminondas S. B. Ferraz, da Seção de Radioisótopos da USP, Centro de Energia Nuclear na Agricultura - Campus Piracicaba, Dr. João Bosco Loureiro, Delegado Federal da Agricultura em São Paulo,

o Dr. Luís Carlos Raya, Secretário Municipal da Saúde de Ribeirão Preto/SP, a Dra. Verônica Rapp de Eston, Presidente da ABMM, o Dr. Anselmo S. Paschoa, do Departamento de Física da PUC do Rio de Janeiro, Dr. Ennio Candotti, Vice-Presidente da ABPC, do Prof. Otaviano A. M. Helene, Dr. Rex Nazaré Alves, da CNEN, Prof. Eduardo Penna França, do Instituto de Biofísica da USP, e os testemunhos prestados em juízo.

Chamam a atenção as considerações da Dra. Verônica Rapp de Eston, da Associação Brasileira de Mulheres Médicas. Ela enfatiza os efeitos da radiação ionizante sobre a estrutura celular do indivíduo, o longo tempo que leva para que o Cs-137 diminua significativamente no organismo, em razão de sua meia-vida de 30 (trinta) anos, o conjunto de males que se manifestam somente após longos anos ou gerações: danos nos órgãos formadores de sangue e gônada, câncer, leucemia, efeitos genéticos.

O Prof. Epaminondas S. B. Ferraz confirma, tanto no documento de fl. 615 - vol. III, como no depoimento em juízo, as preocupações da Dra. Verônica e salienta que qualquer dosagem de radioatividade artificial é nociva e só se justificaria numa situação de emergência extrema, no que foi secundado pela Dra. Emico Okuno e pelo Dr. Luís Carlos Raya.

A par da nocividade à saúde da ingestão de alimento contaminado por radioisótopos, persiste uma indefinição quanto a quais índices assegurariam que a população correria risco zero dos malefícios mencionados. Nesse sentido, destaca-se o ofício do Dr. Celso Orsini, que realça a falta de consenso a respeito e a ausência de pesquisas com brasileiros, assim como o ofício do Prof. Anselmo S. Paschoa e as conclusões da reunião realizada no Instituto de Radioproteção, em 22.11.1986, no Rio de Janeiro.

A propósito do Prof. Anselmo S. Paschoa, da PUC do Rio, reputo sábia a afirmação que faz, em 01.12.1986, ao ser consultado pelo Ministério Público Estadual:

É fundamental que o processo de decisão relativo à exposição de populações à radiação ionizante passe por um amplo e lúcido debate no Brasil, antes que se prossiga na adoção cega de limites adotados em outras partes do mundo. (fls. 806/808 - vol. III)

Assim, por envolver a população brasileira como um todo, afigura-se inconsequente que, sem pesquisas de campo específicas, que demandam tempo e dinheiro, se adote qualquer tipo de índice, já que não se duvida do risco envolvido na ingestão de alimentos contaminados artificialmente. As instituições e os especialistas divergem sobre os tetos de radiação e muitas vezes avançam quantitativos sem apoio em estudos de casos concretos.

A importação de leite e seus derivados pode atingir um grande contingente de pessoas. Muitos invocaram a relação custo-benefício. Sob tal aspecto seria extremamente grave deferir ao administrador público esse juízo, seja porque é difícil estabelecer uma situação concreta em que seria mais importante subordinar a saúde dos brasileiros a interesses de natureza econômica, seja porque estes últimos têm alcance imediato geralmente, ao passo que o comprometimento da vida e higidez física pode revelar-se anos à frente. Por isso, a contrariedade de especialistas à importação de leite europeu.

Por fim, o objeto desta ação circunscreve-se à importação. Não é razoável trazer produto que contenha qualquer índice de radiação artificial e correr qualquer tipo de risco à saúde da população que somente se verificará no futuro. Sem estudos consistentes não é possível afirmar, como fizeram alguns, que não há nocividade ou que qualquer leite tem algum grau de radiação artificial.

III.f - DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PRETENSÃO POSTA

O objeto desta ação é a importação de leite e de produto derivado contaminados radioativamente, bem como seu acesso à população, sob qualquer forma. O tema atinge o direito à vida e à saúde, à vista dos efeitos cancerígenos do consumo.

A Constituição Federal de 1967/E.C. nº 1/69 já os contemplava (arts. 8º, incisos XIV e XVII, “c”, e 153, *caput*). Na Constituição de 1988, relevante indicar o artigo 5º, *caput*, artigo 6º, *caput*, e toda a seção II do capítulo II do título VIII. Era e é dever do Estado proteger e promover a vida e a saúde dos seus cidadãos. É responsabilidade de que não se pode furtar, de caráter permanente. Envolve ações no presente e perspectiva de futuro. Para o cidadão são direitos fundamentais de natureza individual e social.

Ao Ministério Público, federal e estadual, o legislador constitucional deu funções institucionais que legitimam a presente ação civil pública: a) zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; b) promover a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, CF). Tal *munus* se concretiza, entre outros instrumentos, na Lei nº 7.347/85, art. 1º, inciso IV, e art. 5º, inciso I.

Sob o ângulo da jurisdição, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição estabelece a indeclinabilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito. Na espécie, o *Parquet* traduziu nesta ação civil pública o objetivo de tutelar a vida e a saúde dos cidadãos, sobretudo gestantes e crianças, dos efeitos deletérios do consumo de leite ou produto derivado, importados com contaminação radioativa, e o Judiciário deve cumprir sua missão constitucional.

Considerada a situação fática dos autos no âmbito da ação civil pública, qual seja, o leite importado da Europa, o acidente de Chernobyl, a detecção de elementos radioativos artificiais, o mal que a radiação causa à saúde humana, imediatamente ou a longo prazo, em qualquer circunstância, a falta de suporte dos índices adotados pela CNEN sem estudos científicos de natureza médica, a perspectiva de que a ingestão de alimentos, ainda que mínima, pode revelar danos à saúde anos à frente, já que é relevante a duração da meia-vida dos radionuclídeos, há fundamento constitucional para o Judiciário exercer a jurisdição, de modo a proteger os cidadãos, notadamente mulheres gestantes e crianças, contra o risco de câncer e outras doenças inerente ao consumo de produtos contaminados.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, entendeu que o Judiciário estava autorizado à adoção de provimentos jurisdicionais para a tutela e eficácia de direitos fundamentais como a vida e saúde, independentemente das competências próprias do Executivo e do Legislativo (AgRg no RE nº 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, AI nº 455.802/SP, rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 475.571/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 401.673/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 402.024/SP, rel. Min. Carlos Velloso). Da mesma forma e sentido julgado do Superior Tribunal de Justiça (Ag no REsp 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins). Em consequência, não se enxerga, *in casu*, qualquer afronta ao artigo 2º da Constituição Federal ou dispositivos que estabelecem competência a órgão do Executivo (CNEN ou outro) para regular assuntos relativos à política nacional de energia nuclear (Lei nº 4.118/62, Lei nº 6.189/74, art. 2º e demais).

A Primeira Turma do TRF da 4ª Região julgou caso semelhante, embora não na mesma extensão, concernente a carne importada da Europa (AC nº 89.04.01659-2/RS, rel. Des. Federal Cal Garcia, DOU de 29.11.89). Vale a pena destacar trechos do julgado:

Desse modo, não merece acolhida a argumentação dos apelos no sentido de inexistir con-

taminação por radioatividade. Ela existe e é decorrente de elementos artificiais. Os laudos oficiais em que se arrimam as apelantes, pelo fato de afirmarem que a carne é apropriada ao consumo humano, não escondem a contaminação, ao contrário, confirmam a tese da inicial, isto é, que ela existe, mas em níveis inferiores aos limites de tolerância.

De fato. Se os resultados são menores que os índices, eles são positivos, eles existem e somente por ficção se pode afirmar que tais índices abaixo de 60 Bq/kg devem ser considerados como Zero (Resolução CNEN 12/88).

Mas entre considerar, fictamente, como Zero um índice abaixo de 60 Bq/kg e afirmar a inexistência de radioatividade artificial, a distância é muito grande. A radioatividade, *in casu*, não desaparece através de Resolução, de Decreto, de Lei ou qualquer outra espécie normativa. (...).

Inclino-me, como fez a brilhante sentença apelada, pela existência desse risco, pela existência desse perigo.

Não importa que órgão governamental tenha considerado a contaminação radioativa abaixo de 60 Bq/kg equivalente a índice Zero.

Contaminação radioativa artificial, como de resto a natural, repita-se às escâncaras, não se tira, não se remove nem se ameniza por decreto, resolução ou outro qualquer tipo de ato ao alcance da burocracia estatal.

Importa, sim, estabelecer e precisar se, mesmo inferiores a tal marca, os índices de contaminação radioativa artificial têm condições de afetar a saúde.

Nos autos está provado que sim, em face do chamado efeito cumulativo das radiações no organismo humano. Vale dizer que não se pode admitir dose abaixo da qual haja segurança de que a radiação artificial não produza danos ao homem.

A sentença recorrida, com muita propriedade, demonstra que a matéria não está pacificada nos meios científicos e indaga, se existe tal controvérsia, como assumir o risco de optar pela adoção de dose limiar e assumir a responsabilidade de causar prejuízo à população (fls. 774). Nos autos constam opiniões de doutos que levam ao convencimento do dano à saúde do homem, qualquer que seja o índice de radioatividade artificial.

O Prof. Edmundo Kannan Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, depôs no Inquérito Civil nº 01/87 (fls. 44 a 47) e em Juízo (fls. 709 a 710v). Confirmou o que afirmou na apuração prévia, prevista no art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Ressalta-se dos depoimentos:

É sabido, desde 1927, que as radiações ionizantes causam alterações no patrimônio genético dos seres vivos. Essas alterações causam doenças genéticas que podem ser exemplificadas como atraso de desenvolvimento mental de crianças, morte prematura, defeitos congênitos. Sabe-se também que não existe dose limiar de radiação para causar esses efeitos, ou seja, dose abaixo da qual não ocorra efeito genético. Os limites legais de doses máximas permitidas são determinados para limitar a presença do ser humano junto a fontes de radiação, pois abaixo desses valores fica difícil, metodologicamente, distinguir o dano da radiação natural daquele provocado por uma fonte natural. (...) *biologicamente não existe dose limiar, ou seja, toda e qualquer radiação é prejudicial à saúde*. A radiação natural e a artificial são da mesma natureza. O que as distingue é a concentração no indivíduo que venha ingerir ou inalar e eventualmente concentrar isótopos radioativos. As radiações de origem artificial, diferentemente das de origem natural, são concentradas ou fabricadas pelo homem em quantidades muito superiores às que ocorrem naturalmente. (fls. 44 e 45) (grifei)

Sobre o efeito cumulativo da radiação, assim se pronunciou o douto mestre gaúcho:

Que confirma que os efeitos da radiação se acumulam no organismo, segundo pesquisas que vêm sendo feitas desde 1928 a partir de experiências de H. S. Miller naquele ano, vale dizer, não se somam as radiações, mas os respectivos efeitos vão se acumulando no organismo, produzindo danos genéticos (mutações), tanto em células reprodutoras (doenças como a hemofilia) e também não reprodutoras (efeitos somáticos como o câncer e a neocemia). (fl. 709)

No que pertine aos efeitos e à abrangência da contaminação, é enfático o ilustre cientista:

Salienta e insiste que qualquer radiação é prejudicial, sendo uma falácia dizer-se que a radiação artificial inferior aos limites máximos de tolerância não tem significação em termos de saúde pública e se equipara à radiação natural, muitas vezes intensa em alguns lugares, pela simples e evidente razão de que sempre a radioatividade artificial soma-se à radioatividade natural. Não há uma troca de uma pela outra, há sim uma adição, um somatório de radiação, e, portanto, seus danos no indivíduo e na população. A contaminação por radioatividade é danosa, sem dúvida, para qualquer indivíduo isoladamente considerado, mas cresce significativamente quando essa radioatividade, mesmo em doses baixas, é distribuída ou disseminada na população como um todo, já que nesse caso aumenta a probabilidade de que gens recessivos e deletérios venham a entrar em homozigose, isto é, casamentos dentro desta mesma população poderão gerar filhos doentes portadores de gens paternos e maternos. O depoente, com a autoridade de seus títulos, está convencido de que *a carne contaminada por radioatividade artificial, mesmo em doses inferiores aos limites oficiais, não deve absolutamente ser entregue ao consumo da população, pois, sendo altíssimo o risco, não há justificativas aceitáveis para a sua liberação. Uma morte que fosse causada pelo consumo dessa carne, e é certo que mortes seriam causadas, já seria preço muito alto e inaceitável a ser pago para tal forma de abastecimento.*

Basta uma ionização para alterar um gene que seja responsável por uma atividade vital do indivíduo, sendo que uma ionização é muitas vezes contida num só Bq, ou seja, num só Bq ocorrem muitas ionizações. (fls. 29 e 30) (grifei)

Isso foi confirmado em Juízo, *in verbis*:

Que há pessoas e tecidos mais sensíveis à radiação, mas não existem estudos a propósito de grupos de pessoas mais sensíveis, ou grupos de risco, pois os efeitos variam de pessoa a pessoa (...). *Que os níveis oficiais de tolerabilidade da radiação não oferecem segurança do ponto de vista genético, pois não há dose limiar abaixo da qual as radiações não produzam danos ao patrimônio genético (...).* Afirma que, do ponto de vista genético, não é correto afirmar que uma radiação inferior a 60 Bq/kg seja igual a zero, em face dos argumentos já expendidos. (...). Não concorda com a conclusão de que a carne é própria para o consumo humano do ponto de vista genético. (fls.709 e v.) (grifei)

De outra parte, o professor Flávio Lewgoy, também professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, além de confirmar a opinião científica do professor Edmundo Marques (fls. 62 a 63 e 707 a 708v.), enfatizou:

Essas radiações afetam a saúde individual e o patrimônio genético das pessoas (...). (fls. 62) O consenso geral na comunidade científica, pela esmagadora maioria de seus integrantes, é no sentido de que não existe dose limiar de radiação, ou seja, dose abaixo da qual a radiação é inofensiva. Isso por uma razão muito simples: porque os seres humanos respondem a agressões de toda espécie de forma individual a mais variada possível; existem indivíduos extremamente

resistentes e outros extremamente sensíveis, razão pela qual não se pode condenar à morte ou à doença aqueles segmentos sensíveis (grupos de alto risco), entre os quais as crianças e os fetos, esses bem mais sensíveis, porque estão nos primeiros estágios de suas formações. Por isso, insiste, não se pode falar em dose de radiação inofensiva. (fls. 62)
Esclarece que a mutação genética acaso produzida por radiação é praticamente irreversível (...). (fls. 707v.)

E aduz:

Na sua opinião a carne contaminada com radioatividade, mesmo em índices extremamente baixos, não deveria ser liberada ao consumo da população, porque as medições são feitas por amostragem, e o que se tem é uma média de milhares de toneladas. Assim, no meio dessa massa toda certamente deve haver parcelas muito mais radioativas, de modo que, sendo impossível determinar quem vai consumir qual parcela, não é ético submeter pessoas eventualmente mais sensíveis a tal risco. (fl. 63)

É relevante a opinião do professor Newton Freire Maia, especialista em genética humana, professor e pesquisador de renome internacional, que não discrepa do que já foi dito, conforme transcrito pela sentença monocrática:

Admite-se geralmente que qualquer dose de radiação é potencialmente capaz de provocar um aumento na taxa de mutação, havendo uma correlação positiva entre dose e efeito. A partir dessas duas premissas, e sabendo-se que as mutações são em geral deletérias, pode-se concluir que mesmo doses relativamente baixas não devem ser aplicadas sem um motivo razoável, pois até elas podem ser mutagênicas. Deve-se tomar como norma, também, que a exposição às radiações, mesmo justificadas, deve ser mantida sempre no mais baixo nível possível". (Efeitos genéticos das radiações no homem. São Paulo: Hucitec, 1982, p. 16)

E prossegue o eminente cientista Freire Maia:

O importante de fato é saber-se se, sendo exposta a 1 rad. ou qualquer outro nível de radiação, a população brasileira recebe algum benefício e que benefício é esse. Se não receber benefício algum, ou se receber benefício muito pequeno, então o risco poderá ser considerado como sendo, proporcionalmente, muito alto (ob. cit., p. 71)

Não bastassem os acidentes nucleares ocorridos (Three Mile Island, Chernobyl e Fukushima), que afetaram gravemente populações próximas pela ação direta e, em função das nuvens radioativas, as distantes, não é razoável que para o leite e produtos derivados importados do continente europeu (só na Alemanha havia, até 2005, 17 reatores nucleares) não se exija índice zero de contaminação radioativa artificial.

Aqui, para finalizar, cabe, à vista da incerteza dos reais efeitos para o futuro que elementos radioativos, que muitas vezes têm meia-vida extremamente longa, se socorrer da sabedoria do filósofo Hans Jonas (*O Princípio da Responsabilidade*, PUC Rio, 2007) sobre a responsabilidade dos seres humanos e, em especial, dos políticos ou políticas públicas de longo prazo em relação ao futuro:

Portanto, para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual

nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo. (p. 91/92)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação.*
É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003838-13.2006.4.03.6113
(2006.61.13.003838-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: REGINALDO RODRIGUES COSTA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1325794
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA. ART. 475, *CAPUT*, DO CPC. PSORÍASE EXTENSA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. *REMICADE 100MG*. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ. ESSENCIALIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO. DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. UNIÃO. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS E PROVOCAÇÃO DE INCIDENTE MANIFESTAMENTE INFUNDADO (ART. 17, II E VI, CPC). CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Tendo em vista o valor originalmente atribuído a cada uma das ampolas pleiteadas, R\$ 3.543,17 (três mil quinhentos e quarenta e três reais e dezessete centavos) e o pedido ter sido de fornecimento de 44 (quarenta e quatro) ampolas, afigura-se cabível o reexame necessário da sentença extintiva do processo, uma vez que a hipótese se subsume ao comando do art. 475, *caput*, do CPC.

2. Não assiste razão à União no que concerne à alegação de que, recebendo a parte autora o medicamento em duplicidade, deveria ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista que a questão restou decidida pelo r. Juízo de origem, que, após resposta do Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008, esclareceu que *uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida*.

3. Há de se focar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover o apelado com medicamento imprescindível à preservação de sua vida. Assim, a demanda em questão versa sobre o direito fundamental à vida e, pois, à saúde, cuja proteção é pressuposto do direito à vida. O direito à vida está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º, da *Lex Major*. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto político-jurídico desta Nação.

4. Sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o enten-

dimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mormente no que tange ao seu financiamento, tendo toda legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

5. Restando comprovada a essencialidade do medicamento pleiteado, conforme atestado em laudo apresentado pelo perito do Juízo, Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, à vida, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.

6. Em razão de serem o autor e os réus parcialmente vencedores e vencidos, de rigor a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, agindo bem o r. Juízo de origem ao reconhecer a sucumbência recíproca.

7. Embora a União insista que a parte autora recebeu a medicação em duplicidade, o próprio Secretário de Saúde do Município de Franca/SP, em resposta ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que, uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12/12/2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida.

8. Assim, tendo a União alterado a verdade dos fatos (art. 17, II, CPC) e provocado incidente (ainda em 1º grau) manifestamente infundado (art. 17, VI), merece a pecha de litigante de má-fé e a imposição de multa de 1% (um por cento) do valor da causa (art. 18).

9. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta e, por maioria, condenar a União em litigância de má-fé ao pagamento de multa de 1% do valor da causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelações e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Reginaldo Rodrigues Costa em face da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Franca/SP, com o objetivo de garantir à parte autora o fornecimento do medicamento REMICADE, ampola de 100mg, pelo tempo que o tratamento exigir, além de todo e qualquer medicamento de que venha a necessitar, alegando ser portador de psoríase extensa, com lesões no couro cabeludo, tronco e membros (CID L40.0), fundamentando o seu pedido nos direitos constitucionais à saúde e à vida.

Nomeado como perito judicial o Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, médico inscrito

no CREMESP sob o nº 99.964, que apresentou laudo às fls. 117/128.

Determinada também a realização de laudo socioeconômico da parte autora pela assistente social Marilene Alves dos Santos, inscrita no CREDD sob o nº 25.312, cujo laudo foi acostado às fls. 134/141.

O pedido de pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, para determinar o fornecimento, no prazo de 10 (dez) dias, do medicamento requerido pela parte autora (REMICADE 100mg), pela União, Estado de São Paulo e Município de Franca/SP, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A União opôs embargos de declaração, sob a alegação de obscuridade, os quais foram acolhidos para esclarecer ser a obrigação solidária, devendo ser cumprida pelo prazo de 1 (um) ano, ou até que haja pronunciamento contrário do Juízo.

O Município de Franca/SP interpôs neste E. Tribunal o agravo de instrumento nº 2007.03.00.036024-0 e a União Federal, o agravo de instrumento nº 2007.03.00.040222-2, pleiteando a concessão de efeito suspensivo, o quais foram indeferidos por decisões de minha relatoria (fls. 277/278 e 284/285).

O r. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para condenar a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de Franca/SP, de forma solidária, a fornecerem ao autor, pelo período de 1 (um) ano, o medicamento requerido (REMICADE 100mg), sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de atraso, no caso de não cumprimento da ordem, julgando improcedente o pedido de fornecimento de outros medicamentos que não os prescritos no início da lide pelo médico assistente do autor. Sucumbência recíproca. Honorários da perícia médica e socioeconômica fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais) para cada uma delas.

A União Federal apresentou petição (fls. 329/330), alegando que a parte autora retirou medicamento em duplicidade, razão pela qual requer a intimação desta a prestar esclarecimentos, sob pena de condenação em litigância de má-fé, além da devolução do montante despendido pela União.

Intimada, manifestou-se a parte autora às fls. 339/340.

Apelou o Estado de São Paulo, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando, em breve síntese, serem as normas constitucionais em questão meramente programáticas, cabendo ao Estado julgar a conveniência e a oportunidade de seus atos, a fim de não prejudicar o interesse coletivo, sob pena de violação do princípio da tripartição dos poderes, aduzindo, ainda, ser de responsabilidade municipal a prestação dos serviços de saúde, uma vez que há repasse de verbas para tanto.

Apelou também o Município de Franca/SP, alegando que o medicamento pleiteado é fornecido pela Secretaria Estadual da Saúde de São Paulo, bem como que os medicamentos de alto custo não são de sua responsabilidade, haja vista não receber recursos da União para tanto.

Apelou, por fim, a União Federal, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando, preliminarmente, ter a parte autora recebido o medicamento em duplicidade, devendo, portanto, ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista que a conduta caracterizaria litigância de má-fé, bem como ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, o que configuraria, consequentemente, a incompetência da Justiça Federal para o julgamento da demanda.

O r. Juízo de origem afastou a alegação de duplicidade no fornecimento de medicamento, nos termos da decisão de fl. 435.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Submetido o feito à revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Em um primeiro momento, reconheço a submissão da r. sentença à remessa oficial.

Com efeito, dispõe o art. 475, I, § 2º, do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei nº 10.352/01:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Grifei)

(...)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

À época da prolação da sentença, o salário-mínimo correspondia a R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), conforme disposto na Lei nº 11.498, de 28 de junho de 2007.

Portanto, tendo em vista o valor originalmente atribuído a cada uma das ampolas pleiteadas, R\$ 3.543,17 (três mil quinhentos e quarenta e três reais e dezessete centavos) e o pedido ter sido de fornecimento de 44 (quarenta e quatro) ampolas, afigura-se cabível o reexame necessário da sentença extintiva do processo, uma vez que a hipótese se subsume ao comando do art. 475, *caput*, do CPC.

As apelações e a remessa oficial, tida por interposta, não devem prosperar.

Primeiramente, não assiste razão à União no que concerne à alegação de que, recebendo a parte autora o medicamento em duplicidade, deveria ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista a configuração de litigância de má-fé.

Com efeito, a questão restou decidida pelo r. Juízo de origem (fl. 435) que, após resposta do Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que *uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida.*

Quanto às preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* arguidas pelas rés, entendo não devam estas prosperar.

Há de se focar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover a apelada com medicamento imprescindível à preservação de sua vida.

Assim, a demanda em questão versa sobre o direito fundamental à vida e, pois, à saúde, cuja proteção é pressuposto do direito à vida. O direito à vida está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º da *Lex Major*. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto

político-jurídico desta Nação.

Ademais, na forma do art. 196, da Constituição da República: *A saúde é direito de todos e dever do Estado*. Assim, sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o entendimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Desse modo, se, por um lado, o sistema único de saúde, SUS, é pautado pela descentralização das ações e serviços públicos de saúde, por outro lado, alcança todas as esferas de governo, mormente no que tange ao seu financiamento, que cabe, precipuamente, à União, na medida em que os recursos advêm também do orçamento da seguridade social, o qual também reside no âmbito da União, consoante reza o art. 198, § 1º, da Magna Carta.

Assim, o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer uma dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

A respeito do tema, trago à colação ementas dos seguintes julgados do E. STF e do E. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. NÃO GUARDA IDENTIDADE COM O RE 566.471-RG/RN.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento ao paciente. Desse modo, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. Precedentes.

(...)

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, ARE nº 812.631 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 25/06/2014, DJe-155 13/08/2014)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp nº 510.163/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. 10/06/2014, DJe 18/06/2014)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF.

1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o

Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõem os arts. 2º e 4º da Lei nº 8.080/1990.

2. A Constituição Federal é clara ao dispor sobre a obrigação do Estado em propiciar ao homem o direito fundamental à saúde, de modo que todos os entes federativos têm o dever solidário de fornecer gratuitamente medicamento ou congêneres às pessoas carentes.

3. Qualquer um dos entes federativos tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de saúde.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 489.421/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º DA LEI 10.259/2001. LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. EXEGESE DO ART. 6º, II, DA LEI 10.259/2001. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo irrelevante a natureza da controvérsia posta à apreciação. Por isso, quando presente um dos entes relacionados no art. 109, I, da CF, a competência será da Justiça Federal. Precedentes do STJ: CC 63245/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 03/08/2009; CC 86.632/PI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 10/11/2008; REsp 1065825/DF, SEGUNDA TURMA, DJ de 09/10/2008; REsp 994.166/RS, SEGUNDA TURMA, DJ de 21/08/2009; e AgRg no CC 100.390/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJ de 25/05/2009.

2. Os Juizados Especiais Federais ostentam competência para o julgamento das ações de fornecimento de medicamentos em que haja litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município, cujo valor da causa não exceda sessenta salários mínimo, a teor do que dispõem os arts. 3º e 6º da lei 10.259/2001, coadjuvada pela *ratio essendi* dos arts. 196 e 198, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STJ: CC 104544/RS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 28/08/2009; AgRg no CC 102919/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 11/05/2009; AgRg na Rcl 2991/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 07/04/2009; CC 97.273/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 08/10/2008 LEXSTJ vol. 232 p. 33).

3. É que a União, os Estados, o Distrito Federal; e os Municípios, são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, máxime porque o financiamento do sistema único de saúde se dá com recursos do orçamento da seguridade social e desses entes, *ratio essendi* dos arts. 196 e 198, da Constituição Federal de 1988.

4. Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CHAPECÓ - SJ/SC. grifei

(STJ, CC nº 107.369, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 19/11/2009)

Dessa maneira, sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos entes federativos no polo passivo da demanda.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Os direitos fundamentais do homem à vida e à saúde estão expressamente previstos no Texto Maior:

Art. 3º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Na mesma esteira, a Lei nº 8.080/90 assegurou o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência:

Art. 2 A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 7º As ações e serviços público de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Dessa maneira, é de rigor observar que compete aos gestores do SUS zelarem pela dignidade de seus usuários, sendo certo, *in casu*, que os Entes Políticos têm o dever de atender à pretensão da apelada, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

De fato, a lide em apreço traz em seu seio a discussão sobre a garantia de direito fundamental, vale dizer, o direito à vida, já que a manutenção da saúde do cidadão é natural pressuposto para se alcançar, *ultima ratio*, a preservação biológica do ente humano.

No presente caso, restou comprovada a essencialidade do medicamento pleiteado, sendo de rigor a análise das ilações a que se chegou o perito do Juízo, Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, médico inscrito no CREMESP sob o nº 99.964, cujo laudo acostado às fls. 117/128 fez um estudo pormenorizado das condições do autor, ora apelado, e cuja conclusão transcrevo, *in verbis*:

(...) O laudo médico de folhas 17 demonstra que o autor apresenta quadro de psoríase extensa, de vários anos de evolução, com pouca melhora do tratamento instituído (tratamento convencional). Este fato foi confirmado através do presente exame, que demonstrou generalização das lesões. Desta forma, foi indicado tratamento com a droga remicade (infliximab), considerada atualmente como droga de primeira escolha no tratamento de psoríase crônica não-responsiva a tratamentos convencionais (folhas 18) e também no tratamento de diversas patologias. Este fato pode ainda ser confirmado pela documentação fornecida pela Associação Brasileira de Estudos e Assistência às Pessoas com Psoríase (ABEAPP), anexa aos autos.

Assim, de acordo com o exame clínico e os documentos juntados aos autos, podemos concluir que o autor é portador de psoríase difusa, recorrente, não responsiva ao tratamento

*convencional, estando indicado o uso da infliximab para o controle da doença.
Vale ressaltar que o medicamento é o único do mercado, não havendo similares disponíveis.
(Grifei)*

Destarte, entendo que a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.

Esse também é o entendimento adotado pelo Pretório Excelso, bem como pelo E. STJ, conforme ementas a seguir colacionadas, *in verbis*:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANOÍDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente prote-

latório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

(STF, RE nº 393.175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007, p. 140)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA. - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ART. 461, § 5º, DO CPC - BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE.

1. Inexiste omissão capaz de ensejar a ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem examina, ainda que implicitamente, a questão dita omissa.

2. É vedada a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar suposta violação a dispositivos constitucionais.

3. Inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados no recurso especial, sendo inviável o conhecimento do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional.

4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

5. *Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.*

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(STJ, REsp nº 784.241/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 08/04/2008, DJe 23/04/2008) (Grifei)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DO APONTADO DISSENSO PRETORIANO. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO-PROVIDOS.

(...)

2. *Em situações reconhecidamente excepcionais, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do Ente Público.*

3. Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas.

4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas.

5. No caso, a autorização excepcional para o bloqueio de valores públicos objetivou o forne-

cimento de medicação, em caráter de urgência, à parte suplicante, sob pena de comprometimento da própria vida.

6. Embargos de divergência não-providos.

(STJ, EREsp nº 770.969/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Seção, j. 28/06/2006, DJ 21/08/2006, p. 224) (Grifei)

Não é outro o entendimento adotado por esta C. Sexta Turma:

DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (TERIPARATIDA, SUBSTÂNCIA DO MEDICAMENTO FORTEO), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS/RENAME, DESTINADO AO TRATAMENTO DE OSTEOPOROSE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM RATIFICAÇÃO DE TUTELA) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Agravo retido não conhecido por falta de reiteração nas razões de apelação, conforme determina o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art. 198 da Constituição (SUS). Diante disso, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.

3. “O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde” (STJ, AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012). Múltiplos precedentes.

4. Cidadã acometida de osteoporose, fazendo jus ao fornecimento do remédio (Fórteo) a despeito das alegações de que o mesmo não é padronizado pela Secretaria Municipal de Saúde e ser de elevado custo, já que o direito à vida, sobrepõe a toda burocracia e dotação orçamentária.

5. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, “d”, da Lei nº 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

6. Corretas a antecipação de tutela e a imposição de honorária (módica).

7. Agravo retido não conhecido. Matéria preliminar repelida. Recursos de apelação e remessa oficial desprovidos.

(TRF3, APELREEX nº 0003507-21.2007.4.03.6105, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 22/08/2013, e-DJF3 30/08/2013)

Em razão de serem o autor e os réus parcialmente vencedores e vencidos, de rigor a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, agindo bem o r. Juízo de origem ao reconhecer a sucumbência recíproca.

Em face de todo o exposto, *nego provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Trata-se de apelações e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por REGINALDO RODRIGUES COSTA em face da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Franca/SP, com o objetivo de garantir à parte autora o fornecimento do medicamento REMICADE, ampola de 100mg, pelo tempo que o tratamento exigir, além de todo e qualquer medicamento de que venha a necessitar, alegando ser portador de psoríase extensa, com lesões no couro cabeludo, tronco e membros (CID L40.0), fundamentando o seu pedido nos direitos constitucionais à saúde e à vida. A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para condenar a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de Franca/SP, de forma solidária, a fornecerem ao autor, pelo período de 1 (um) ano, o referido, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de atraso. Sucumbência recíproca. Honorários da perícia médica e socioeconômica fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais) para cada uma delas.

Em sessão de julgamento realizada em 24 de setembro de 2015, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do voto da Relatora, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Este Desembargador Federal e a Desembargadora Federal Diva Malerbi acompanharam a Relatora, porém condenaram a União em Litigância de má-fé e imposição de multa de 1% do valor da causa.

Apresento, agora, os fundamentos de meu voto.

Procede a União como litigante de má fé ao insistir - e pedir providencias contra a autora - que a parte recebeu a medicação em duplicidade.

Sucedem que o próprio Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida.

Com esse péssimo comportamento, a União alterou a verdade dos fatos (art. 17, II, CPC) e provocou incidente (ainda em 1º grau) manifestamente infundado (art. 17, VI). Merece a pecha de litigante de má fé e a imposição de multa de 1% do valor da causa (art. 18).

Pelo exposto, *acompanho a Relatora, mas acrescento essa apenação da União.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0046406-79.2008.4.03.0000

(2008.03.00.046406-2)

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Agravado: LUIZ CELSO SANTOS (espólio)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: AI 356239

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2015

EMENTA

DIREITOS CONSTITUCIONAL E CIVIL. DIREITO DE PASSAGEM FORÇADA. ENCRAVAMENTO DE IMÓVEL. DESLOCAMENTO DE ALDEIA INDÍGENA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

I - Agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - em face de particular, pretendendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que o Agravado venha a tolerar a passagem diuturna de indígenas, sobre sua propriedade rural, e de órgãos públicos e privados os quais, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham expressa autorização da FUNAI para acessar a Aldeia de Cerro Corá.

II - No caso vertente, uma parcela da população indígena, residente até então na Aldeia do Agüapeú, mudou-se para os fundos da Terra Indígena de mesmo nome, constituindo um novo aldeamento de nome Cerro Corá. Tal mudança deu-se por razões próprias da etnia Guarani, segundo seus costumes, crenças e tradições.

III - Quanto à possibilidade de utilização de transporte fluvial, a notícia que se tem é a de que a navegabilidade é variável, conforme menciona a União, existindo apenas dois barcos para atender a Comunidade em apreço. O primeiro barco, segundo consta, encontra-se sem motor e o segundo, embora em bom estado, demanda uso de gasolina, algo nem sempre possível de ser comprado pela comunidade. A navegabilidade é restrita, pois depende das estações do ano, sendo que o rio sobe em épocas de chuvas e os galhos de árvores e a correnteza quase sempre impedem a passagem do barco. Vê-se, por outro prisma, que determinadas pessoas têm acesso sobre a propriedade do Agravado, como os comodatários da Fazenda residentes em áreas próximas à Aldeia Cerro Corá, mas outras não têm a mesma *benesse*.

IV - No tocante ao confinamento (voluntariamente ou não) a que se sujeitaram os indígenas dessa nova aldeia Cerro Corá, responde o Agravado sob o argumento de que, por serem índios, “nada mais natural que se emaranhem na mata”. O que se tem em vista no presente caso não é a inexistência absoluta de passagem dos indígenas daquela aldeia ao centro urbano mais próximo, ou seja, de Mongaguá, mas sim a visível dificuldade para acessá-lo. Perquire-se, isso sim, se o encravamento deve ser absoluto (e não parcial) e involuntário (e não por moto próprio), para que façam jus, ou não, à determinação judicial de acesso, prevista no art. 1.285 do Código Civil.

V - O Enunciado 88 do CEJ (Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal) dispõe que “O direito à passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código

Civil, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica”. O Enunciado proporcionou uma leitura mais alargada socialmente do conceito de “encravamento de imóvel”, fugindo à regra hermética e encrustada de que encravamento pressupõe isolamento total e intransponível.

VI - Tal conceito possui intersecção direta com a noção de função social da propriedade, direcionada da Constituição Federal para o art. 1.228, § 1º, do Código Civil. Assim, se determinada propriedade impede o adequado acesso de outra à via pública, colocando-se em risco de vida da população que nesta se fixou, de alguma maneira falta o elemento jurídico da função social em relação à primeira.

VII - O obstáculo ao acesso à educação e à saúde da Comunidade indígena vizinha, da forma como se depreende nestes autos, é algo que não pode ser tolerado com a argumentação oposta do mero direito de propriedade. Não se está a discutir a posse ou o uso da propriedade alheia, mas sim o mero direito de passagem, de transposição.

VIII - A transposição, no presente caso, é requisito mínimo para a dignidade humana dos integrantes da aldeia indígena em questão, sob pena de se conceber uma comunidade fadada ao confinamento, com crescente deterioração social por força do abandono e isolamento forçado. Aceitar e incentivar o isolamento social como algo intrínseco à natureza indígena é refutar as regras elementares de convívio trazidas pela Constituição Federal, e enterrar aquelas outras regras relativas à dignidade da pessoa humana.

IX - No caso vertente, a única passagem fluvial (a qual supera o tempo de 1 hora de viagem) é inadequada e insuficiente para a consecução dos fins de transporte e coloca em risco a integridade da população daquela Comunidade. Deve ser tida, pois, como suplementar. Sendo assim, determino que seja permitido o acesso dos integrantes da Comunidade Indígena *Cerro Corá* através da propriedade lindeira do Agravado, sem necessidade de prévia autorização deste ou de qualquer subordinado, como condição para a passagem dos moradores da aldeia à via pública. Da mesma forma ficam autorizados a transpor a referida propriedade os órgãos públicos acima mencionados, que tenham vinculação com a assistência aos membros da Comunidade em apreço. Todas as medidas de cuidado, preservação e proteção à propriedade alheia, assim como o cadastramento dos moradores da Comunidade indígena *Cerro Corá* e órgãos públicos poderão ser levadas a cabo entre as partes, consensualmente, para a melhor execução da presente determinação.

X - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de outubro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *agravo de instrumento* interposto pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI em face de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara de Santos - SP que indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado nos autos de Ação Civil Pública proposta em face do Espólio de Luiz Celso Santos, para que a ré “tolere a passagem diuturna de indígenas e de órgãos públicos e privados que, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham autorização da FUNAI para acessar a Aldeia Cerro Corá, sob pena de multa diária em valor não inferior a R\$ 10.000,00 e, se necessário, arrombamento da porteira” (fls. 124/127).

Em suas razões, a parte *Agravante* pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, uma vez que a demora na desobstrução da via terrestre já vem causando e certamente causará danos aos índios da Aldeia de Cerro Corá. Aduz que o perigo da demora evidencia-se das inúmeras restrições às quais os índios daquele aldeamento estão sendo submetidos e que a verossimilhança consiste no direito de passagem decorrente do encravamento da aldeia.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 132/134).

O Juízo de origem prestou informações às fls. 141/146.

Contraminuta às fls. 152/169.

O parecer da Procuradoria Regional da República é pelo provimento do recurso (fls. 181/191).

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - em face do Espólio de *Luiz Celso Santos*, pretendendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que o Agravado *venha a tolerar* a passagem diuturna de indígenas, sobre sua propriedade rural, e de órgãos públicos e privados os quais, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham expressa autorização da FUNAI para acessar a *Aldeia de Cerro Corá*.

O Agravado - Espólio de *Luiz Celso Santos* - responde ao presente recurso forte no argumento de que a passagem forçada - prevista no art. 1.285, do Código Civil - pressupõe que o imóvel encravado deva ser *naturalmente* impedido de contato com a via pública, e não de forma voluntária, ou seja, se o proprietário vem a forçar o mencionado encravamento, não restará direito à passagem pela propriedade vizinha.

Segundo o Agravado, pois, não há direito à passagem forçada se o encravamento resultar de ato do *próprio* proprietário do imóvel que se alega encravado.

No caso vertente, em Setembro de 2006, uma parcela da população indígena, residente até então na Aldeia do *Agüapeú*, mudou-se para os fundos da Terra Indígena de mesmo nome, constituindo um novo aldeamento de nome *Cerro Corá*. Tal mudança deu-se por razões próprias da etnia *Guarani*, segundo seus costumes, crenças e tradições.

Neste particular, o Agravado aduz que há alternativa de passagem, que não a terrestre,

ou seja, há no imóvel outra via alternativa de acesso à cidade de Mongaguá, por via fluvial.

Quanto ao transporte fluvial mencionado nos autos, a notícia que se tem é a de que a navegabilidade em tela é variável, conforme menciona a União, existindo apenas dois barcos para atender a Comunidade em apreço (fls. 12). O primeiro barco, segundo consta, encontra-se sem motor e o segundo, embora em bom estado, demanda uso de *gasolina*, algo nem sempre possível de ser comprado pela comunidade.

A navegabilidade é restrita, ainda como informa a União, pois que depende das estações do ano, sendo que o rio sobe em épocas de chuvas e os galhos de árvores e a correnteza quase sempre impedem a passagem do barco.

Vê-se, por outro prisma, que determinadas pessoas têm acesso sobre a propriedade do Agravado, como os comodatários da Fazenda residentes em áreas próximas à *Aldeia Cerro Corá*, mas outras não têm a mesma *benesse*.

Efetivamente, há dificuldades de acesso também a órgãos públicos, como a FUNASA - Fundação Nacional de Saúde, a Secretaria Municipal do Município de Mongaguá, a FUNAI e outras entidades, como relata a peça inicial, impedindo, até mesmo, de se atender a uma eventual urgência médica naquela Comunidade indígena.

No tocante ao confinamento (voluntariamente ou não) a que se sujeitaram os indígenas dessa nova aldeia *Cerro Corá*, responde o Agravado sob o argumento de que, por serem índios, “nada mais natural que se emaranhem na mata” (fls. 154).

Bem, o que se tem em vista no presente caso não é a inexistência absoluta de passagem dos indígenas daquela aldeia ao centro urbano mais próximo, ou seja, de Mongaguá, mas sim a visível dificuldade para acessá-lo. Perquire-se, isso sim, se o encravamento deve ser absoluto (e não parcial) e involuntário (e não por moto próprio), para que façam jus, ou não, à determinação judicial de acesso, prevista no art. 1.285 do Código Civil.

Por conta da reflexão acima, é de se destacar o conteúdo do *Enunciado 88 do CEJ* (Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal):

O direito à passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código Civil, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública *for insuficiente ou inadequado*, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica.

O Enunciado acima proporcionou uma leitura mais alargada socialmente do conceito de “encravamento de imóvel”, fugindo à regra hermética e encrustada de que encravamento pressupõe isolamento total e intransponível.

Vejo, pois, que tal conceito possui intersecção direta com a noção de função social da propriedade, direcionada da Constituição Federal para o art. 1.228, § 1º, do Código Civil.

Assim, se determinada propriedade impede o adequado acesso de outra à via pública, colocando-se em risco de vida da população que nesta se fixou, de alguma maneira falta o elemento jurídico da função social em relação à primeira.

O obstáculo ao acesso à educação e à saúde da Comunidade indígena vizinha, da forma como se depreende nestes autos, é algo que não pode ser tolerado com a argumentação oposta do mero direito de propriedade.

Não se está a discutir a posse ou o uso da propriedade alheia, mas sim o mero direito de passagem, de transposição.

A transposição ora tratada, de acordo com as provas existentes, é requisito mínimo para a dignidade humana dos integrantes da aldeia indígena em questão, sob pena de se conceber uma comunidade fadada ao confinamento, com crescente deterioração social por força do abandono e isolamento forçado.

Aceitar e incentivar o isolamento social como algo intrínseco à natureza indígena é refutar as regras elementares de convívio trazidas pela Constituição Federal, e enterrar aquelas outras regras relativas à dignidade da pessoa humana.

No caso vertente, vejo que a única passagem fluvial (a qual supera o tempo de 1 hora de viagem) é inadequada e insuficiente para a consecução dos fins de transporte e coloca em risco a integridade da população daquela Comunidade. Deve ser tida, pois, como suplementar.

Sendo assim, determino que seja permitido o acesso dos integrantes da Comunidade Indígena *Cerro Corá* através da propriedade lindeira do Agravado, sem necessidade de prévia autorização deste ou de qualquer subordinado, como condição para a passagem dos moradores da aldeia à via pública.

Da mesma forma ficam autorizados a transpor a referida propriedade os órgãos públicos acima mencionados, que tenham vinculação com a assistência aos membros da Comunidade em apreço.

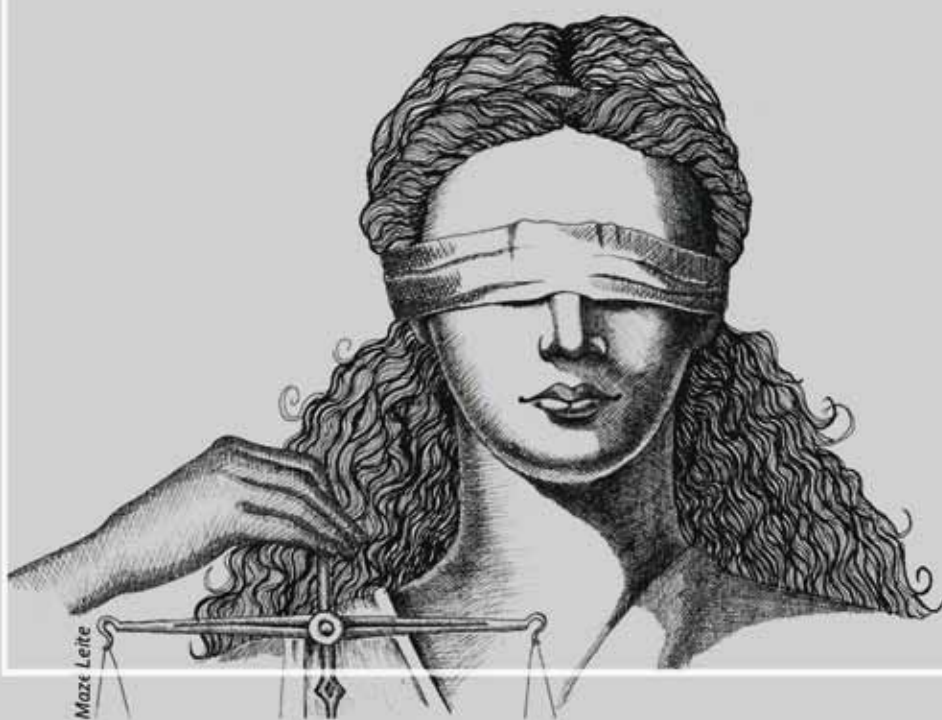
Todas as medidas de cuidado, preservação e proteção à propriedade alheia, assim como o cadastramento dos moradores da Comunidade indígena *Cerro Corá* e órgãos públicos poderão ser levadas a cabo entre as partes, consensualmente, para a melhor execução da presente determinação.

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso, para o fim de determinar o direito de passagem requerido pela Agravante em relação à propriedade do Agravado - espólio de Luiz Celso Santos - nos termos acima explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0000574-72.2003.4.03.6119

(2003.61.19.000574-0)

Apelante: JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: ACr 42185

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/01/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. SIGILO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA DO ADVOGADO. RELATIVIZAÇÃO. IMPUNIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA. CONTEÚDO DOS DEPOIMENTOS. MÉRITO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Violação de prerrogativa profissional não verificada. Objetivo do legislador ao prever o sigilo profissional do advogado foi resguardar o interesse do cliente, com o fim de garantir a plenitude do direito de defesa.

2. Prerrogativas de advogados relativizadas. Garantia não acoberta o cometimento de crime. Preliminar rejeitada.

3. Ilicitude da prova não verificada. Depoimento da testemunha válido. Ausência de ratificação do depoimento da vítima em juízo. Questão de mérito.

4. Garantia de defesa respeitada. Não apontado pela defesa qual o efetivo prejuízo sofrido. Nulidade não verificada. Cerceamento de defesa inexistente. Preliminar rejeitada.

5. Materialidade e autoria comprovadas.

6. A defesa não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Prova testemunhal produzida em sede policial corroborada em sede judicial. Condenação mantida.

7. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por maioria, negar provimento ao recurso da defesa para manter a sentença condenatória em todos os seus termos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO, contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 332, parágrafo único, com as agravantes do artigo 61, II, “g” e “i”, todos do Código Penal, à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 174 dias multa, no valor unitário de 1/4 do salário mínimo vigente na data do fato.

Consta na denúncia (fls. 02/04), em síntese, que o denunciado foi preso em flagrante em 12.02.2003, na delegacia especializada do Aeroporto Internacional de Guarulhos, por ter solicitado de Maria Elaine quantia em dinheiro, alegando que seria destinada aos policiais federais, com o objetivo de evitar que a mesma, recém deportada dos Estados Unidos, fosse presa pelo crime de uso de documento público adulterado.

A denúncia foi recebida em 09.05.2003 (fl. 57).

Apresentada defesa prévia (fls. 103/104), com rol de testemunhas.

Durante a instrução, foram ouvidas 3 testemunhas de acusação (fls. 133/134, 135/137, 168/170), 2 testemunhas de defesa (fls. 247, 248/249) e interrogado o réu (fls. 95/101).

Laudo de exame em aparelho telefônico juntado a fls. 111/113.

Alegações finais do MPF (fls. 263/272) e da defesa (fls. 286/321), juntando os documentos de fls. 322/327.

O julgamento foi convertido em diligência (fl. 328) para que o réu fosse reinterrogado (fls. 335/337).

O MPF reiterou as alegações finais já apresentadas (fl. 339).

Diante da inércia da defesa, conforme certificado a fl. 362, foi determinada a intimação pessoal do réu para constituir novo defensor (fl. 363).

Intimado o réu (fls. 370/371), decorreu novamente o prazo sem manifestação, conforme certificado a fl. 373, de modo que nomeada a Defensoria Pública da União para que atuasse em defesa do réu e apresentasse as alegações finais (fl. 374).

Os advogados do réu apresentaram reiteração das alegações finais (fls. 375/377) e declaração do réu deliberando por sua permanência na defesa (fl. 378).

A DPU apresentou alegações finais a fls. 387/392.

O julgamento foi novamente convertido em diligência para intimar a defesa constituída a apresentar alegações finais (fl. 393).

Veio aos autos alegações finais de fls. 395/397 subscrita por advogado constituído pela OAB-SP (fl. 398).

Certificado o decurso de prazo para manifestação da defesa constituída (fl. 399).

Foi proferida a sentença condenatória em 02.03.2010 (fls. 403/409), publicada na mesma data (fl. 410).

Apelação da defesa (fls. 430/446) alega, preliminarmente, que houve violação de prerrogativa profissional, argumentando que o depoimento da testemunha Douglas não pode ser considerado pois se tratava de terceiro ouvindo conversa entre cliente e advogado.

Aduz a necessidade de aplicação do princípio *tempus regit actum*, argumentando que a suposta vítima não compareceu em juízo para repetir o que teria dito em sede inquisitiva, de

modo que a condenação não pode ser embasada naquele depoimento.

Também alega cerceamento de defesa por irregularidades na comunicação de atos e intimações aos defensores, sustentando que um dos advogados faleceu no curso do processo, que deve ser anulado desde a substituição do patrono, bem como todos os atos posteriores de que não participaram seus defensores devem ser refeitos.

No mérito, busca a absolvição, sob alegação de que não há prova do que foi dito pela testemunha Douglas, cujo depoimento ficou isolado. Ainda, alega contradições nos demais depoimentos das testemunhas de acusação. Assim, pede a absolvição com base no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Contrarrrazões da acusação (fls. 449/463).

O Ministério Público Federal, representado pela Exma. Procuradora Regional da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 466/477).

É O RELATÓRIO.

À revisão.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Preliminares.

Violação de prerrogativa profissional - prova ilícita.

A defesa alega que houve violação de prerrogativa profissional, pois a testemunha Douglas teria ouvido conversa entre cliente e advogado, acobertada por sigilo profissional. Assim, sustenta que o depoimento daquela testemunha se trata de prova ilícita e não poderia ser considerado para qualquer fim.

O artigo 7º, III, do Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906/94 traz a previsão acerca dos direitos dos advogados nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

Há que se observar, em primeiro lugar, que o legislador, ao prever o sigilo profissional do advogado, teve por objetivo resguardar o interesse do cliente, com o fim de garantir a plenitude do direito de defesa.

Deste modo, conforme bem avaliado na sentença, não há que se dar crédito à alegação da defesa, já que ensejaria salvaguarda ao cometimento de crime em que uma das vítimas seria a própria cliente do réu.

Pois bem, a Corte Suprema, ao avaliar situações correlatas, isto é, acerca de violação de prerrogativas de advogados, já esposou entendimento no sentido de que a garantia não acoberta o cometimento de crime, tampouco se aplica o sigilo quando não envolvido o interesse do cliente, que é o que se busca resguardar com a previsão legal. Transcrevo os precedentes:

1. COMPETÊNCIA. (...)

(...)

8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. *Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.* (...) - Grifei.

(STF - Inq 2424/RJ - Tribunal Pleno - rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010)

AÇÃO PENAL. SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM. OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. QUALIDADE DE ADVOGADO. PRERROGATIVA DE RECUSAR-SE A DEPOR. INAPLICABILIDADE. SIGILO PROFISSIONAL. FATOS NÃO ALCANÇADOS. DEPOIMENTO COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL. LEGITIMIDADE DE SUA SUBMISSÃO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. PEDIDO DE DISPENSA INDEFERIDO. TESTEMUNHA MANTIDA.

1. O advogado arrolado como testemunha de acusação na presente ação penal defendeu os interesses do Partido dos Trabalhadores no denominado “Caso Santo André”.

2. Não se aplica a prerrogativa prevista no art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), tendo em vista que nem o antigo cliente da testemunha - o Partido dos Trabalhadores - nem os fatos investigados na presente ação penal guardam relação com o homicídio do então Prefeito do Município de Santo André.

3. *A proibição de depor diz respeito ao conteúdo da confidência de que o advogado teve conhecimento para exercer o múnus para o qual foi contratado, não sendo este o caso dos autos.*

4. Os fatos que interessam à presente ação penal já foram objeto de ampla investigação, e a própria testemunha - que ora recusa-se a depor - já prestou esclarecimentos sobre os mesmos na fase inquisitorial, perante a autoridade policial. Assim, os fatos não estão protegidos pelo segredo profissional.

5. Ausente a proibição de depor prevista no art. 207 do Código de Processo Penal e inaplicável a prerrogativa prevista no art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94, a testemunha tem o dever de depor.

6. Questão de ordem resolvida no sentido de indeferir o pedido de dispensa e manter a necessidade do depoimento da testemunha arrolada pela acusação, cuja oitiva deve ser desde logo designada pelo juízo delegatário competente. - Grifei.

(STF - AP 470 QO-QO/MG - Tribunal Pleno - rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22/10/2008, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009)

No mesmo sentido o entendimento da Corte Superior, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. BUSCA E APREENSÃO. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. SIGILO PROFISSIONAL. RELATIVIZAÇÃO. IMPUNIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE CONDICIONANTE À CONSUMAÇÃO OU À PERSECUÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A busca e apreensão procedida devidamente fundamentada não padece de nulidade, ainda que em local de trabalho de advogado.

2. *O ordenamento jurídico tutela o sigilo profissional do advogado, que, como detentor de função essencial à Justiça, goza de prerrogativa para o adequado exercício profissional. Entretanto, referida prerrogativa não pode servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas.*

3. O crime de falsificação de documento público não demanda o esgotamento da via administrativa, seja para a consumação do delito ou para a persecução penal.

4. É vedada a análise profunda dos elementos probatórios em sede de *habeas corpus*, que permite apenas exame superficial para constatar atipicidade, extinção da punibilidade ou evidente ausência de justa causa.

5. Não há falar em trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução penal.

6. A consumação do crime do art. 342 do CP ocorre no momento em que é feita a afirmação falsa, nada impedimento, portanto, o oferecimento da denúncia antes mesmo da sentença definitiva do processo principal, que obsta somente a conclusão do processo em que se apura o crime de falso testemunho diante da possibilidade de retratação, nos termos do art. 342, § 2º, do CP.

7. Recurso não provido.

(STJ - RHC 22200/SP - 5ª Turma - rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 09/03/2010, v.u., DJe 05/04/2010)

No caso, constata-se que a aplicação do princípio, nos moldes em que pleiteados pelo apelante, culminaria por violar justamente o interesse que se procura garantir com aquele dispositivo legal, por se tratar de delito, em tese, cometido por advogado contra o próprio cliente.

Deste modo, o acolhimento da preliminar arguida no recurso representaria ofensa aos próprios princípios instituídos na Constituição, dentre os quais, e especialmente, o princípio da moralidade.

Rejeito, pois, a preliminar de violação de sigilo profissional.

No que se refere à valoração do conteúdo do depoimento, trata-se de questão relativa ao mérito, e será posteriormente avaliado, cabendo nesta avaliação preliminar apenas anotar que não se trata, em princípio, de prova ilícita.

Nulidade - cerceamento de defesa.

A defesa também alega que houve cerceamento de defesa, sob o seguinte argumento:

Ora, como dizer que ocorreu mera irregularidade quando ocorreu a troca dos nomes do Advogado Constituído, por outro desconhecido se não demonstrou-se como foi publicado no Diário Oficial?

Por qual razão não foi convertido o Julgamento em Diligência para que a Secretaria pudesse certificar o que naquele Jornal saiu publicado?

Também, conforme foi dito nas alegações finais, as substituições dos patronos não foi comunicada ao Juízo Deprecado o que impossibilitou a plena defesa do ora Apelante.

Uma leitura das folhas 119, 162, 187, 188 poderá dar melhor segurança a Vossas Excelências do que ora reitera-se, fato que não foi devidamente apreciado nas alegações finais.

Da mesma forma, foi intimado Advogado falecido, sendo que o Apelante ficou indefeso, pois o morto não tinha como atender ao chamado do Juízo.

Conforme foi dito e não acatado, uma testemunha de defesa não foi ouvida e muito menos desistida e, mesmo assim, foi encerrada a instrução (folhas 104 e 213/215). Por qual motivo? O Morto que foi intimado.

Portanto está claro o cerceamento de defesa do ora Apelante devendo-se, portanto, ser anulado o processo desde a substituição do Patrono do Recorrente (Dr. Hélio) e aqueles atos posteriores

que não participaram o Advogado - Dr. Fernando (quando vivo) - para que tais atos possam ser, novamente, efetuados, agora com base do contraditório. - fls. 441/442

Constata-se que o apelante alega, em síntese, problemas em publicações e que a substituição de seus patronos não teria sido comunicada ao Juízo Deprecado, impossibilitando sua plena defesa.

A alegação não procede. Nenhuma nulidade está a eivar o processo, uma vez que o réu não esteve indefeso durante a instrução.

De fato, verifica-se que o réu foi assistido por representante da OAB e por advogado em sua oitiva perante a autoridade policial, ao ser preso em flagrante, conforme se constata a fl. 13.

Durante o curso da instrução, diversamente de sua alegação, também teve sua garantia de defesa respeitada.

Na oitiva de testemunha de acusação ouvida através de carta precatória, que o réu alega prejuízo, foi nomeada defensora *ad hoc*, que efetivamente atuou em sua defesa, tendo, inclusive, formulado perguntas (fls. 168/171).

Ainda, o réu não aponta qual o efetivo prejuízo sofrido por não ter sido acompanhada a audiência por seu defensor constituído.

Por fim, o próprio réu tinha ciência da expedição daquela carta precatória, de modo que poderia ter acompanhado pessoalmente a prova.

Não se pode desconsiderar que o acusado é advogado, atuando na seara criminal, sendo também professor universitário, de direito penal, conforme por ele mesmo declarado (fls. 28/30 e 337).

Assim, em primeiro lugar destaco que o réu tem conhecimento da necessidade de comunicação ao juízo de fatos relevantes, como os relativos à representação processual. E é nesse sentido que destaco o longo período decorrido desde o óbito do defensor, Dr. Fernando, em 01.04.2006, e a comunicação do fato ao juízo - petição protocolizada em 20.01.2009 (fl. 275), já que transcorridos quase três anos até que o juízo fosse comunicado da alteração da representação processual.

Ainda, se somente neste momento teve ciência do óbito do defensor constituído, o que não foi esclarecido, há que se destacar que o anterior defensor, Dr. Hédio, já o acompanhara por mais de uma vez durante a instrução, como se constata dos termos de audiências realizadas em 17.06.2008 (fl. 246) e em 19.08.2008 (fl. 253).

Há outros fatos a considerar em detrimento da alegação do apelante, no sentido de ter havido cerceamento de defesa.

Ao comunicar a constituição de novo defensor - Dr. Fernando, buscou o adiamento da audiência designada para oitiva de testemunha, pedido que restou indeferido. Ocorre que o pedido foi apresentado na data da audiência, em 13.03.2006, conforme se verifica de fls. 129/132, e mencionando que o anterior defensor constituído estava impedido de atuar no feito desde 13.05.2005, ou seja, já decorrido quase um ano.

Também deve ser considerado que o defensor - Dr. Hédio, era sócio do réu desde a data dos fatos, conforme declarado pelo acusado em seu interrogatório (fls. 335/337), e também se constata de petição acostada a fl. 254, subscrita pelo defensor.

Assim, o decurso de prazo até a alteração de defensor desde o impedimento (quase um ano), só o fazendo na data da audiência e com o objetivo de cancelamento da mesma, bem

como a comunicação do óbito do advogado após quase 3 anos e, ainda, após atuação do defensor em mais de uma audiência, são fatos que denotam a intenção de tumultuar o feito. E aqui deve ser ressaltado que eventual prejuízo já esbarraria em óbice intransponível, relativo a princípio geral de direito, aplicável também na seara criminal, que veda que a parte se beneficie da própria torpeza.

Por fim, destaco que, a respeito da testemunha de defesa que não teria sido ouvida, não esclarece o apelante qual a relevância de sua oitiva.

Ressalto que foi designada audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, em 17.06.2008, tendo comparecido somente duas, que foram ouvidas naquela ocasião (fls. 247 e 248/249). Em relação às duas testemunhas ausentes, a defesa desistiu da oitiva de uma delas, esclarecendo que encartaria declaração da mesma nos autos - o que não se verificou, e insistiu na oitiva da outra, pleiteando sua condução coercitiva (fl. 246). Na nova data designada para audiência, em 19.08.2008, novamente não tendo comparecido a testemunha, foi reiterado o pedido de condução coercitiva (fl. 253), para, em seguida, a defesa desistir de sua oitiva (fl. 254).

Destaco que, em nenhuma das oportunidades a defesa se manifestou acerca da outra testemunha arrolada e não ouvida, apesar de já constar nos autos o decurso do prazo para manifestação acerca do interesse em sua oitiva (fl. 219).

Deste modo, incabível a alegação de nulidade se sequer foi alegado eventual prejuízo, tampouco demonstrado qual seria esse prejuízo, aplicando-se o disposto no artigo 565 do Código de Processo Penal que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, vale lembrar, ainda, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da ineficácia da defesa técnica do réu em processos criminais:

Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Como no caso é possível constatar o pleno exercício da defesa, inexistindo prejuízo, rejeito a preliminar.

Ausência de ratificação do depoimento da vítima.

Alega a defesa que o depoimento da vítima, Maria Elaine, não foi ratificado em juízo e sob o crivo do contraditório, de modo que não pode embasar a condenação, pois violaria o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

A questão se confunde com o mérito, pois necessário avaliar todo o conjunto probatório, a fim de analisar a suficiência de provas para a condenação.

Assim, rejeito a matéria preliminar e passo ao exame do mérito.

Mérito.

Ao avaliar a prova produzida no feito, concluo que a mesma é insuficiente para embasar um decreto condenatório.

Em primeiro lugar, cabe destacar que a versão da defesa, no sentido de que o valor recebido em dólares se referia a pagamento de honorários, é factível, apesar de não ter restado demonstrada.

Por outro lado, o depoimento da testemunha Douglas, ao ser ouvido em juízo, corrobora o quanto constou da denúncia. Contudo, seu relato dá conta de que, apesar ter estado no mesmo ambiente, não ouviu todo o teor da conversa, o réu já estava conversando com a cliente quando adentrou o recinto, efetuou telefonema enquanto lá esteve, e deixou o local durante o

diálogo do réu com Maria Elaine. Assim, somente a própria Maria Elaine poderia esclarecer se o diálogo se referiu a honorários ou a suborno - entrega de dinheiro destinado a pagar o delegado para que não ficasse presa.

Os demais depoimentos são de pessoas que não presenciaram a conversa do réu com Maria Elaine e, ademais, a questão dos telefonemas efetuados pelo réu e pela cliente durante aquele período, e mesmo o telefonema para parente de Maria Elaine ao ser ouvida pelo delegado, não restaram efetivamente esclarecidos, não sendo possível corroborar a afirmação da defesa, no sentido de que não existiram, tampouco a versão da acusação, de que a própria vítima e sua parente, por telefone, teriam confirmado a exigência dos valores para livrá-la de ser presa.

Assim, revela-se imprescindível a oitiva de Maria Elaine para esclarecer a questão e, não tendo sido ouvida em juízo, cabe somente concluir pela insuficiência de provas, aplicando ao caso o princípio *in dubio pro reo*, para absolver o réu.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento ao recurso da defesa para absolver JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelação interposta por *José Laércio Araújo* em face de sentença que o condenou ao cumprimento pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 174 (cento e setenta e quatro) dias-multa, cada um arbitrado em 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito previsto no artigo 332, parágrafo único, do Código Penal.

Denegado o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à suspensão condicional da penal e reconhecido o direito de o réu apelar em liberdade (fls. 403/409v.).

Em razões de apelação (fls. 432/446), a defesa pleiteia, preliminarmente: a) a declaração da ilicitude da prova e sua exclusão do processo por violação da prerrogativa profissional de advogado; b) a necessidade de aplicação do princípio do *tempus regit actum*, ao argumento de que Maria Elaine Queiroga Silva não foi ouvida pelo Juízo, razão pela qual a condenação a condenação não pode ser fundamentada no depoimento de Douglas Antônio Chaves de Melo; c) a decretação da nulidade processual por cerceamento de defesa, desde a substituição de patrono do recorrente, tendo em vista a falta de comunicação dos atos processuais.

No mérito, a defesa requer a absolvição do acusado por ausência de provas e por não ter o apelante concorrido para a infração penal, tendo em vista que o depoimento extrajudicial de Douglas não foi corroborado em sede judicial e que a prova testemunhal é contraditória.

O Relator Desembargador Federal Paulo Fontes rejeitou as preliminares e, no mérito, deu provimento ao recurso da defesa para absolver *José Laércio Araújo*, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 489 e 494/497).

Dirijo do Relator para negar provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que *José Laércio Araújo*, no dia 12/02/2003, foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, porque solicitou de Maria Elaine

Queiroga Silva, recém deportada dos Estados Unidos, quantidade em dinheiro, ao argumento de que tal numerário seria entregue a policiais federais para evitar que ela fosse presa pelo crime de uso de documento público adulterado.

Foi apurado que Douglas Antônio Chaves de Melo, funcionário da empresa “Datasist” que presta serviços à Polícia Federal, ouviu a conversa entre o apelante e Maria Elaine Queiroga Silva e levou tal fato ao conhecimento do Agente de Polícia Federal, Jorge Alberto do Nascimento, o qual, por sua vez, informou o ocorrido ao Delegado de Polícia Federal, Roberto C. Troncon Filho.

Decorre da denúncia que Maria Elaine Queiroga Silva, ouvida em sede policial, declarou que entregou ao recorrente somente US\$900.00 (novecentos dólares) dos US\$2.500.00 (dois mil e quinhentos dólares) solicitados inicialmente.

Na Polícia, *José Laércio Araújo* confirmou ter recebido a quantia de US\$900.00 (novecentos dólares) de Maria Elaine Queiroga Silva; contudo, aduziu que o valor foi pago a título de honorários advocatícios.

O apelante, então, foi denunciado pela prática de tráfico de violência qualificado, nos termos do artigo 332, parágrafo único, do Código Penal (fls. 2/4).

Antes de adentrar no mérito, afasto todas as questões preliminares suscitadas pela defesa, de modo que, neste ponto, acompanho o Relator.

Quanto ao mérito, a manutenção da condenação é medida de rigor.

Materialidade.

A materialidade do crime foi demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 6/17) e pelo auto de conferência e devolução das cédulas em um total de US\$900.00 (novecentos dólares) (fl. 24).

Autoria.

A autoria também é inconteste.

A despeito de o apelante ter negado a prática do delito tanto na Polícia (fls. 13/16) quanto em Juízo (fls. 95/101 e 335/337), ao relatar que os valores foram recebidos a título de honorários advocatícios, restou comprovado que *José Laércio Araújo* praticou a conduta delitiva.

Os depoimentos policial (fls. 8/9) e judicial (fls. 135/137) da testemunha Douglas Antônio Chaves de Melo são coesos no sentido de que o apelante solicitou de Maria Elaine Queiroga Silva vantagem em dinheiro a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício de sua função.

De fato, Douglas Antônio Chaves de Melo informou que ouviu *José Laércio Araújo* dizer a Maria Elaine Queiroga Silva que, se ela não pagasse certa quantia em dinheiro aos policiais federais, seria presa. Seu testemunho corrobora, em Juízo, as provas produzidas na fase policial.

As demais testemunhas confirmaram a tese da acusação.

A testemunha Maria Elaine Queiroga Silva, ouvida pela Autoridade Policial, descreveu os fatos tal como consta na peça inicial (fls. 9/12).

A testemunha Jorge Alberto do Nascimento, Agente de Polícia Federal para quem o funcionário da empresa terceirizada Douglas foi reportar a conversa que ouvira entre o apelante e Maria Elaine Queiroga Silva, informou que a deportada lhe disse que foi exigida uma quantia em dólares para que não fosse presa (fls. 6/8 e 133/134);

A testemunha Roberto Ciciliati Troncon Filho, Delegado de Polícia Federal, relatou que, ao entrevistar Maria Elaine Queiroga Silva, esta lhe disse que o dinheiro entregue ao apelante

seria para evitar que ela fosse presa e não constituía honorários advocatícios (fls. 168/170).

O depoimento da testemunha de defesa Sérgio Paulo Rios de Abreu nada acrescentou para a elucidação dos fatos (fl. 247).

A testemunha de defesa Maria Aparecida Costa Martins declarou que uma pessoa chamada Ednaldo contratou os serviços advocatícios do acusado pelo valor de US\$500 (quinhentos dólares) ou US\$1.000.00 (um mil dólares) para uma cliente deportada dos Estados Unidos (fls. 248/249).

As teses defensivas de que o depoimento extrajudicial de Douglas Antônio Chaves de Melo não foi corroborado em sede judicial e de que a prova testemunhal é contraditória não se sustentam diante do conjunto probatório.

Infere-se da prova testemunhal que o apelante solicitou de Maria Aparecida Costa Martins quantia em dinheiro a pretexto de que esta, recém deportada dos Estados Unidos, não fosse presa por policiais federais.

A versão de que o numerário recebido constituía pagamento dos honorários advocatícios é inconsistente, inverossímil e denota a tentativa do apelante de eximir-se de sua responsabilidade penal.

Conclui-se que a defesa do acusado não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal; pelo contrário, a prova produzida revela que *José Laércio Araújo* solicitou para si vantagem econômica a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício de sua função, insinuando que o dinheiro seria destinado ao servidor público.

Dosimetria.

Na primeira fase da dosimetria, o Magistrado de primeiro grau, ao considerar de forma negativa as consequências do crime, fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na segunda fase, reconheceu a incidência das circunstâncias agravantes prevista no artigo 61, II, “g”, do Código Penal (crime cometido no exercício de sua profissão e com violação a seus deveres inerentes de advogado) e no artigo 61, II, “i”, do Código Penal (conduta praticada contra vítima sob a imediata proteção de autoridade) e exasperou a pena para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição.

Aplicou a causa de aumento estabelecida no parágrafo único do artigo 332 do Código Penal, relativa à insinuação de que a vantagem seria destinada ao funcionário público, na fração de 1/2 (metade), do que resultou a pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Fixou a pena de 174 (cento e setenta e quatro) dias-multa, por meio da utilização dos mesmos critérios da aplicação da pena corporal, cada um arbitrado em 1/4 (um quarto) do valor do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Estabeleceu regime inicial semiaberto.

Denegou o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e à suspensão condicional da pena.

Concedeu o direito de o apelante recorrer em liberdade.

Não houve recurso quanto à dosimetria da pena, a qual resta mantida.

Ante o exposto, rejeito as preliminares (acompanho o Relator) e, no mérito, *nego provimento* ao recurso da defesa (divirjo do Relator) e mantenho a sentença condenatória em todos os seus termos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator para o Acórdão

AÇÃO PENAL

0002751-06.2007.4.03.6107

(2007.61.07.002751-8)

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: RICARDO JORGE E SUELI NAVARRO JORGE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: APn 483

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2015

EMENTA

PENA - PROCESSO PENAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA CONTINUADA - ARTIGO 168-A, § 1º, I, C/C ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - EMPRESA DEVIDAMENTE CONSTITUÍDA, PORÉM NÃO ATIVADA - EXISTÊNCIA DE FUNCIONÁRIOS REGISTRADOS - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA AFASTADA - RISCO DO EMPRESÁRIO - AÇÃO PROCEDENTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

I - Punível a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do poder público (art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal).

II - Materialidade delitiva fartamente comprovada no bojo dos autos. O procedimento administrativo nº 35372.000121/2002-88 deixa incontroverso a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas aos cofres do INSS no período de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005, no valor total consolidado de R\$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) - NFLD 35.888.639-2 de 07.07.2006.

III - Autoria incontroversa. Conquanto no contrato social conste apenas Ricardo como gerente da sociedade empresária, nos interrogatórios ficou claro que Sueli também participava da administração, notadamente na ausência de seu esposo.

IV - O fato de a empresa estar em fase de implantação e não ter gerado receitas não desnatura o tipo penal, haja vista a existência de empregados registrados em seu nome, trabalhando e recebendo pagamento. O crime de apropriação indébita previdenciária, por sua natureza omissiva, exige apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias ao INSS.

V - Inaplicabilidade da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. A atividade empresarial é de responsabilidade do empresário, não podendo os ônus assumidos para a implantação e operação de sua empresa serem repassados a terceiros, sejam eles funcionários, seja o Poder Público.

VI - Ação penal procedente. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena-base, de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, para cada um dos réus, majorada em função da continuidade delitiva (art. 71 do CP) em 2/6 (dois sextos), totalizando a pena definitiva de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

VII - Presentes requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade

pela restritiva de direitos (art. 44 do CP): a) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação para cada um dos réus; b) prestação pecuniária, em dinheiro, a ser paga ao órgão estatal vitimado, à razão de 20 (vinte) salários mínimos para cada um dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, condenar os réus Ricardo Jorge e Sueli Navarro Jorge como incurso no artigo 168-A, § 1º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, fixando a pena-base de cada um em seu mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade estabelecida aos réus pela restritiva de direitos, devendo ser cumprida em regime aberto, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, JOHONSOM DI SALVO, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO (com ressalvas), SÉRGIO NASCIMENTO, HÉLIO NOGUEIRA (convocado para compor quórum), PAULO DOMINGUES (convocado para compor quórum) e NEWTON DE LUCCA.

Vencidos os Desembargadores Federais COTRIM GUIMARÃES, ANTÔNIO CEDENHO e PEIXOTO JÚNIOR, que absolviam os réus pela atipicidade material.

Vencido, ainda, o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, que absolveia o réu Ricardo Jorge, pela atipicidade material, e a ré Sueli Navarro Jorge, por insuficiência de provas.

Fará declaração de voto o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, THEREZINHA CAZERTA e LUIZ STEFANINI.

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de ação penal movida contra RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE destinada a apurar a prática de crime de apropriação indébita previdenciária, capitulado no artigo 168-A, § 1º, inciso I, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

A peça acusatória e seu aditamento narram que a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social, na Representação Fiscal nº 35372.000770/2006-11, concluiu que a empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda., por meio de seus sócios gerentes RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE, não efetuaram o recolhimento, no prazo legal, ao Instituto Previdenciário, das importâncias descontadas de seus empregados relativas às contribuições para a Previdência Social no período *de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005*, no valor total de R\$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos).

Os acusados ofereceram a defesa prévia de fls. 204/214, na qual aduziram, preliminarmente, a adesão a programa de parcelamento, cuja prova seria carreada aos autos oportunamente. No mérito sustentaram que não justifica a persecução penal, pois não teriam dolo em

suas condutas, mas simples inadimplência. Dizem que não houve dolo específico, mormente o desejo de se apropriar de coisa alheia, mas por ausência de fundos para fazer frente ao recolhimento da contribuição deixaram de recolhê-la por não existir outra conduta possível. Dissertaram a respeito da impossibilidade de incriminação pela inadimplência e pugnaram pela extinção deste feito ou a sua suspensão até a quitação do débito e, ainda, pela improcedência da ação com a absolvição dos acusados.

Este feito foi redistribuído nesta Corte Regional em 12/07/2012, por força de decisão exarada pelo E. Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Araçatuba/SP (fl. 249), que acolheu manifestação do Ministério Público Federal (fls. 246/247) para o fim de declinar da competência para processar e julgar a presente Ação Penal em virtude da acusada SUELI NAVARRO JORGE exercer o cargo de Prefeita do Município de Avanhandava/SP.

Cientificado da remessa dos autos a este Tribunal, manifestou-se o Ministério Público Federal no sentido do prosseguimento desta ação, pleiteando a expedição de ofício à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Seccional Araçatuba, para averiguar se houve adesão ao programa de parcelamento da dívida, nos moldes da Lei nº 11.941/09, porquanto a última consulta, que restou negativa, havia sido realizada há mais de um ano.

Em resposta ao ofício, informou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em Araçatuba a inexistência de registro de parcelamento da dívida, ensejando a manifestação do *Parquet* Federal às fls. 340/341 pelo prosseguimento deste feito.

A fls. 357 e verso declarei a incompetência absoluta do juízo monocrático para o recebimento da denúncia porque à época a acusada SUELI NAVARRO JORGE exercia o cargo de Prefeita do Município de Avanhandava/SP, cargo que ocupa até os dias de hoje. Determinei, ainda, o retorno dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação sobre a denúncia e o aditamento oferecidos.

O Representante do *Parquet* ratificou a denúncia e o aditamento contra os acusados RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE (fls. 359/360v).

Os acusados foram notificados a fls. 367 e quedaram-se inertes.

Oficiado à Defensoria Pública da União, pugnou a defensora pela nova intimação dos acusados e de seu defensor constituído (fls. 378).

Intimados, os acusados apresentaram defesa prévia a fls. 389/395 argumentando, preliminarmente, que a apresentação de razões fora do prazo constitui mera irregularidade, comportando conhecimento. No mérito reiteram a defesa anteriormente apresentada, acrescentando que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental nº 2537-2, em decisão plenária unânime, adotou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária configura crime material, sendo indispensável a ocorrência de inversão da posse dos valores apropriados. Sustentam que o depoimento do contador mostrou que a empresa não estava em operação e, deste modo, não possuía receita, além de ter havido desconto meramente contábil das contribuições previdenciárias.

A denúncia e o seu aditamento foram recebidos pelo Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal na sessão realizada em 25 de setembro de 2013 (fls. 412/414v).

Citados, os réus ofereceram defesa conjunta reiterando a inocência e pugnando pela juntada oportuna das provas necessárias à absolvição (fls. 426/428).

Testemunhas de acusação ouvidas por meio de cartas de ordem consoante fls. 453, 484/488.

A fls. 508/510 os réus peticionaram alegando terem aderido ao programa de parcelamen-

to instituído pela Lei nº 12.996/2014 (*Refis da Crise*) e pleiteando a suspensão do processo. Juntaram documentos.

O Ministério Público Federal se manifestou a fls. 521/524 pelo prosseguimento do feito.

Oficiado à Procuradoria da Fazenda Nacional para informar sobre a adesão ao parcelamento, sobreveio o ofício de fl. 531 noticiando a existência de pedido pendente de consolidação e a falta de pagamentos regulares, à exceção do primeiro.

Indeferida a suspensão do feito (fl. 536) os réus foram interrogados (fls. 549/550).

Na fase do artigo 10 da Lei nº 8.038/90 nenhuma diligência foi requerida.

Alegações finais do Ministério Público Federal a fls. 566/572 pugnando pela procedência do pedido.

Alegações finais dos réus a fls. 575/581 reiterando o pleito de improcedência da ação porque não se apropriaram do numerário.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

O Ministério Público Federal acusa RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE, ambos sócios-proprietários da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda., pela prática do crime capitulado no art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, que tipifica a seguinte conduta:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

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

(...)

A materialidade delitiva é inconteste e se encontra fartamente demonstrada no bojo dos autos. O procedimento administrativo nº 35372.000121/2002-88 - autos em apenso - deixa incontroverso a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas aos cofres do INSS no período de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005, no valor total consolidado de R\$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) - NFLD 35.888.639-2 de 07.07.2006.

O contador Paulo Márcio Vieira Camelo, ouvido como testemunha comum (fls. 484/488), afirmou que prestava serviço para a empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. de escrituração contábil e folha de pagamento. Disse que no holerite dos funcionários vinha descontada a contribuição destinada à previdência, cujo pagamento era de responsabilidade da empresa. Sobre a efetivação do pagamento, afirmou:

MP: Não tem conhecimento de que efetivamente pagavam a guia?

D.: Não, a guia era devolvida pelo próprio escritório de contabilização, este era o procedimento, mandava a guia e o holerite e depois a empresa lá, o departamento financeiro fazia o

pagamento, eles que pagavam e retornavam pra empresa.

MP: Eles que controlavam o pagamento?

D.: sim.

MP: E pagou ou não a previdência?

D.: Parte sim e parte não. A parte dos funcionários geralmente pagava e a parte patronal não.

MP: Geralmente era “às vezes sim ou não”?

D.: Sim, aleatório não era constante.

MP: Quem era o contato do senhor na empresa, assim, administrativo da empresa?

D.: Teve uma época que foi o Pedro, depois saiu o Pedro, entrou e saiu, e do que tenho conhecimento a última que entrou é a Sueli.

MP: Navarro?

D.: Sim.

MP: E o Ricardo também administrava, tinha contato com o senhor?

D.: Sim, também tinha contato, administrava sim.

A autoria também é incontrovertida.

Os réus RICARDO e SUELI são sócios-administradores da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. Conquanto pelo Instrumento Particular de Constituição de Pessoa Jurídica de Responsabilidade Limitada de fls. 38/40 do Apenso I do Inquérito Policial conste apenas o primeiro como gerente da sociedade empresária, em seu interrogatório na fase inquisitiva (fls. 35/36) a corré SUELI reconheceu ser sócia-gerente da empresa há aproximadamente 6 anos.

Em juízo, embora tenha alterado um pouco a versão, ao responder à pergunta se havia chegado a gerenciar ou ajudar na administração, SUELI afirmou que “em alguma época ajudei sim, inclusive até o meu filho, às vezes que eu não podia, me substituiu, e em algumas vezes que o Ricardo não podia estar presente, que eu gerenciei” - CD de mídia de fl. 550, aos 3’10”.

Essa assertiva também é corroborada pelo interrogatório de seu esposo, o corréu RICARDO, que ao ser ouvido em juízo afirmou gerenciar a empresa, com a ajuda, em parte do período, de sua esposa SUELI - CD de mídia de fl. 550, aos 9’20”.

Portanto, resta claro que ambos os réus exerceram a administração da sociedade empresária.

A alegação de que a empresa estava em fase de implantação e que nunca gerou receitas não afasta a tipificação da conduta.

Com efeito, exige-se para a consumação da infração penal, em face de sua natureza omissiva, apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias ao INSS. Não se exige que a empresa aufera lucro ou receita.

E não há dúvidas de que a Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. possuía empregados registrados que recebiam pagamento pelo trabalho realizado. Neste sentido observam-se nos autos os holerites juntados e o interrogatório de RICARDO, que responde da seguinte forma à indagação do *Parquet*:

MP: O pessoal trabalhou então lá, tava trabalhando, de fato estavam trabalhando?

D.: De fato, esse pessoal, que faz parte desta ação, trabalhou um período, mas mão de obra registrada comigo, na Barbosa Álcool e Aguardente, mas nunca fez um litro de álcool, nunca fez um faturamento. - CD de mídia de fl. 550, aos 8’50”.

Cabe ressaltar não ser caso de aplicação da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a atividade empresarial é de total responsabilidade do

empresário. Assim, os ônus assumidos para a implantação e operação da Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. não podem ser repassados a terceiros, sejam eles funcionários ou o Poder Público.

Ademais, tratando-se de contribuições destinadas à Previdência Social e descontadas dos empregados, os valores sequer pertencem ao empresário, não havendo razoabilidade em permitir a aplicação da excludente em tela porque os recursos não lhe pertencem.

Assim, restando demonstrada a materialidade e a autoria delitiva, CONDENO os réus RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE como incurso no artigo 168-A, § 1º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal o juiz deverá, ao estabelecer a pena-base, observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

A culpabilidade de RICARDO e SUELI é normal à espécie, não comportando maiores digressões.

Ambos são primários e não ostentam antecedentes criminais, vez que os apontamentos de fl. 05 dos autos em apenso não podem ser valorados negativamente (súmula nº 444 do STJ).

A conduta social também não se mostra desabonadora, dentro do contexto de sua vida em sociedade.

Quanto à personalidade, os réus não são pessoas violentas e nem portadores de desvio moral. Ao reverso, mostram-se pessoas cientes de suas obrigações e geradoras de empregos junto à sociedade local.

Os motivos do crime são os inerentes ao tipo penal, a vontade livre e consciente de não repassar as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados à autarquia competente.

As circunstâncias e as consequências do crime não ensejam maior rigor na reprimenda, devendo ser valoradas favoravelmente aos réus em face do tempo do delito, época em que a empresa ainda estava sendo implantada, necessitando de altos investimentos e, proporcionalmente, causando pouco prejuízo à coletividade em face do montante suprimido.

Irrelevante o comportamento da vítima.

Diante das circunstâncias judiciais totalmente favoráveis aos réus, fixo a *pena-base* de cada um em seu *mínimo legal*, *2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*. Em face da capacidade econômica dos mesmos (RICARDO é empresário e SUELI prefeita municipal), estabeleço o dia-multa em meio salário mínimo, nos termos do artigo 49, § 1º, do CP.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes dos artigos 61 e 65 do Diploma Repressivo.

Não há causas de diminuição de pena. Há, porém, causa de aumento, consistente na continuidade delitiva (art. 71 do CP), uma vez que a contribuição destinada aos cofres públicos foi suprimida ao longo do tempo, precisamente no período de janeiro/2002 a junho/2003, abril/2004 e de setembro/2004 a outubro/2005, totalizando 33 (trinta e três) meses, ou, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de apropriação indevida. Tratando-se de período razoável entendendo que a fração do aumento deve se afastar do mínimo, motivo pelo qual majoro a reprimenda de cada um dos réus em 2/6 (dois sextos), fixando-a em definitivo em *02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa*.

Considerando as circunstâncias judiciais favoráveis e o disposto no artigo 33, § 2º, c, do

CP, a pena deverá ser cumprida em *regime aberto*.

Presentes os requisitos do artigo 44 do CP *substituo a pena privativa de liberdade* estabelecida aos réus pela restritiva de direitos, nos seguintes termos (art. 44, § 2º, *in fine*, CP):

a) *prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação para cada um dos réus;*

b) *prestação pecuniária, em dinheiro, a ser paga ao órgão estatal vitimado, à razão de 20 (vinte) salários mínimos para cada um dos réus.*

Condeno-os, ainda, no pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do CPP.

Os réus recorrerão em liberdade.

Transitado em julgado o *decisum*, lance-se os nomes dos réus no “rol dos culpados”, devendo a zelosa serventia cartorária expedir ofícios aos órgãos competentes para cuidar da estatística e antecedentes criminais.

Oficie-se ao C. Tribunal Regional Eleitoral, com jurisdição sobre o domicílio dos réus, para os fins do artigo 15, III, da Constituição Federal.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

Trata-se de ação penal em que Ricardo Jorge e Sueli Navarro Jorge foram denunciados pela prática de crime de apropriação indébita previdenciária, com fundamento no Art. 168-A, § 1º, I c.c. Art. 71, ambos do Código Penal.

Preliminarmente, entendo que o caso concreto deve ser analisado sob a luz do princípio da intervenção mínima do Estado segundo o qual a criminalização de comportamentos deve ser feita somente nos casos em que os outros ramos do Direito se revelarem incapazes de proteger o bem jurídico tutelado, tendo em vista a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, inciso II do Art. 1º da CF/88, e o direito fundamental à liberdade insculpido no Art. 5º do Texto Constitucional.

Isto porque no caso concreto a dívida com os cofres previdenciários foi estimada em R\$ 15.145,00 e, portanto, poderia ser solucionada com a penhora de bens da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. Basta dizer que o custo de um alambique seguramente ultrapassa o valor de R\$ 100.000,00.

Ainda que assim não fosse o inciso II, do Art. 1º da Portaria nº 75 de 22.03.2012 do Ministério da Fazenda determinou o não ajuizamento de execução fiscal de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00, bem como o requerimento de arquivamento das execuções sem garantia do juízo abaixo deste montante.

Nestes termos, tendo em vista que, no caso concreto, não haveria sequer interesse no ajuizamento de execução fiscal, o Direito Penal passa a ser o único ramo do Direito a preocupar-se com o débito previdenciário em questão quando, ao contrário, deveria ser a *ultima ratio*.

Sobre a ré Sueli Navarro Jorge observo que se trata de sócia cotista, portanto, sem responsabilidade legal pelo recolhimento das contribuições sociais patronais e dos empregados

da empresa.

Deixo de considerar o depoimento da ré, prestado em sede de inquérito policial (fls. 35/36 do IP 2003.61.07.003553-4), uma vez que não foi confirmado em juízo.

Entendo, pois, que não há justa causa para condenação fundada em prova produzida exclusivamente na fase inquisitiva ante a violação do princípio do contraditório. Na mesma linha os precedentes do e. STF, a exemplo:

EMENTA: I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver “justa causa” para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. *Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial.* II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação.

(RE 287658, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00408)

Outrossim, no interrogatório (CD de mídia de fl. 550) a referida ré esclarece que ajudou na administração do negócio em algumas oportunidades juntamente com seu filho, por se tratar de empresa familiar, bem como que o negócio não prosperou a ponto da empresa atingir a sua atividade fim de produção e comercialização.

Contudo, não há nos autos prova de que o não recolhimento das contribuições se deu em razão da sua atuação e nem sequer que a chamada “administração de fato” é contemporânea aos períodos de janeiro/02 a junho/03, abril/04 e setembro/04 a outubro/05 em que não houve recolhimento de contribuição social, razão pela qual entendo que a ré Sueli deve ser absolvida por insuficiência de provas, nos termos do Art. 386, VI do CPC.

Passo ao julgamento do sócio gerente Ricardo Jorge.

Ressalvo meu entendimento de que o princípio da insignificância deve ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso concreto e não mediante a estipulação de um montante padrão, que é valorado à margem do conjunto probatório e, ainda, sujeito à corrosão inflacionária.

Todavia, não se desconhece que há divergência sobre o tal “valor insignificante” para o delito, pois o e. STJ entende que seria R\$ 10.000,00 (STJ - AgRg no REsp 1348074) ao passo que a Suprema Corte fixou o valor de R\$ 20.000,00 (STF - HC 126746 AgR/PR), ou seja, o valor de R\$ 15.145,00 do caso concreto seria penalmente relevante para o STJ, porém insignificante para o STF.

Entretanto, deve-se considerar que as competências objeto de cobrança foram alcançadas pela prescrição, exceto aquela de outubro/2005, de modo que, sob o prisma da exigibilidade do tributo, é patente a caracterização da insignificância do valor da dívida em que se funda a apropriação indébita.

Nestes termos, com relação ao sócio gerente Ricardo Jorge, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Diante do exposto, voto pela absolvição da ré Sueli Navarro Jorge por insuficiência de provas e pela absolvição do réu Ricardo Jorge pela atipicidade material de sua conduta.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0008011-28.2007.4.03.6119

(2007.61.19.008011-1)

Embargante: WARTON RAMIREZ PEREZ (réu preso)

Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: EIfNu 35638

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO: APLICABILIDADE. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou, na dosimetria da pena do embargante, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, a circunstância atenuante da confissão (art. 65, II, “d”, do CP) e a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

2. A jurisprudência firmou-se no sentido de ser reconhecida a referida atenuante, mesmo diante de casos de prisão em flagrante delito. Ainda que o réu tente desvencilhar-se da acusação, por meio de arguição de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, certo é que confessando o fato, acaba contribuindo com a Justiça na busca da verdade real e na correta apuração dos fatos.

3. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 concedido pelo legislador deve ficar restrito - quando presentes todos os requisitos legais - *a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a traficantes internacionais de expressiva quantidade de cocaína* - como é a hipótese dos autos, em que o réu sujeitou-se a realizar o transporte de *aproximadamente quatro quilogramas de cocaína*, oculta nas hastes e rodinhas das quatro malas que compunham sua bagagem, em voo proveniente de Lima/Peru. Precedente.

4. Pela quantidade e natureza de substância entorpecente apreendida (3.927 g. de cocaína); a forma como estava acondicionada, de forma a dissimular a natureza do produto transportado e burlar a fiscalização; a circunstância de o réu não possuir condições financeiras para custear a viagem internacional empreendida (conforme declarou em seu interrogatório); por ter aceitado transportar droga mediante a promessa de recebimento da quantia de US\$ 1.000,00; ter sido contratado em seu país de origem para o transporte de droga ao Brasil, tudo está a denotar seu enredamento

com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arrestando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

5. Embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do voto do Des. Fed. Hélio Nogueira (Revisor), acompanhado pelo Des. Fed. Peixoto Junior e pela Des. Fed. Cecilia Marcondes (Pres. da Seção). Vencidos parcialmente o Des. Fed. Luiz Stefanini (Relator) e a Juíza Fed. Convocada Denise Avelar, que davam provimento aos embargos.

São Paulo, 06 de agosto de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Revisor

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por Warton Ramirez Perez, em face do V. Acórdão de fls. 438/439, complementado pelo Acórdão de fls. 468 e verso, em que a E. Primeira Turma desta Corte decidiu, por unanimidade, não conhecer da apelação do réu; de ofício, por maioria, reduzir a pena-base e; por maioria, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da circunstância atenuante da confissão e da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva de 08 anos e 02 meses de reclusão e 816 dias-multa, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto do Juiz Federal Convocado Paulo Domingues, vencido o Desembargador Federal José Lunardelli, que negava provimento à apelação do M.P.F e não reduzia, de ofício, a pena-base, determinando-se ainda, por unanimidade, a comunicação ao Juízo das Execuções Penais e ao Ministério da Justiça.

Em razões de fls. 473/483, a defesa requer prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli, a fim de que, na parte divergente, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Alega, para tanto, que o réu confessou os fatos, tendo essa circunstância sido sopesada para a sua condenação, o que basta ao reconhecimento desta atenuante, independentemente de o acusado ter arguido excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.

Quanto à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aduz a defesa que o embargante deve ser considerado “traficante eventual”, tratando-se de fato isolado em sua vida, não podendo o simples fato de ter sido contratado por uma organização criminosa, ou mesmo a quantidade de droga carregada, conduzir à presunção de ser ele integrante de referida organização, tampouco que tivesse dedicação a atividades criminosas.

Argumenta, ademais, que a quantidade de droga foi sopesada tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, conduzindo a manifesto *bis in idem*.

Requer, pois, o provimento dos embargos, a fim de que prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli.

Contrarrazões ministeriais às fls. 488/495, pelo parcial provimento dos embargos, a fim de que seja reconhecido o cabimento da atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Os embargos devem ser providos.

Consta da denúncia, *verbis*:

No dia 29 de setembro de 2007, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, WARTON RAMIREZ PEREZ foi preso em flagrante delito, logo após desembarcar do voo TACA 28, proveniente de Lima/Peru, trazendo consigo, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, 3.927,5g (três mil novecentos e vinte e sete gramas e cinco decigramas - peso líquido) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, o Agente de Proteção ELIAS VASCONCELOS PEREIRA encontrava-se realizando fiscalização de rotina na Alfândega do mencionado aeroporto quando, ao submeter a bagagem do denunciado ao aparelho de raio-x, verificou a presença de substância estranha e densa no interior da armação metálica das 4 malas por ele trazidas.

Diante da constatação, o Agente de Polícia Federal ACYR DOS SANTOS PAES foi chamado e procedeu à abertura da haste de uma das malas, logrando encontrar uma substância branca envolvida em plástico.

Ato contínuo, o denunciado e as testemunhas encaminharam-se à delegacia onde, após revista de toda a bagagem, foi encontrada idêntica substância branca em todas as hastes e nas rodinhas das malas, a qual foi submetida ao exame químico preliminar que resultou positivo para cocaína (fls. 08/09). Após, foi dada voz de prisão em flagrante delito....

Em seu voto, o eminente Relator, Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, afastou a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

[...] *Na segunda fase* da dosimetria da pena, quanto à circunstância atenuante da confissão espontânea, observo que não incide nos casos em que o réu, embora admitindo como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, alega a ocorrência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, posto que, ao assim agir, não está confessando a autoria de crime algum. [...] Assim, no caso concreto é de dado provimento ao recurso do MPF quanto ao ponto, para se afastar a aplicação da atenuante.

[...]

Quanto à causa de diminuição de pena do traficante ocasional, observo que dispõe o artigo 34º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica

na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

Não me parece que o citado §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como “mula” desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na “associação criminosa”, muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização.

Acresce-se que não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal. E, ainda que se entenda que o traficante que atue como “mula” não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam à atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, despense vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena. *No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.*

A expressiva quantidade da droga apreendida (3.927,05 gramas de cocaína); o fato de haver declarado que tinha sido contratado para transportar a droga do Peru para o Brasil; o fato de haver combinado o recebimento de 1.000 dólares americanos pelo transporte da droga; o fato de ter ficado hospedado no Brasil às custas e sob as ordens do traficante contratante, conforme relato em interrogatório judicial (fls. 150/151), referido na r. sentença apelada (fls. 225 e 226).

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 - grifo nosso.

Por sua vez, o eminente Desembargador Federal José Lunardelli, em seu voto vencido, assim dispôs:

[...] Na segunda fase, também nos termos da sentença recorrida, deve ser mantida a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Isso porque extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 225).

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos,

autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

O fato de o acusado somente ter confessado, após ser preso em flagrante, transportando substância entorpecente, não tem o condão de afastar o reconhecimento da atenuante, direito subjetivo do réu que confessa os fatos, uma vez que havia alternativas disponíveis ao acusado, como o direito constitucional de permanecer calado, podendo, inclusive, “inventar” qualquer estória para justificar a alegação de ignorância a respeito da existência da droga, como fazem certos acusados, mesmo quando presos em flagrante delito. Contudo, optou por dizer a verdade, colaborando com a Justiça. Essa conduta é incentivada e premiada pelo legislador ao considerá-la como fator atenuante na individualização da sanção penal.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Esclareça-se, ainda, que o fato de a defesa alegar uma excludente de ilicitude, no caso, o estado de necessidade, não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA. (...)”

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea ‘d’, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ* parcialmente concedido” (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07).

Assim, deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, alínea “d” do Código Penal, já admitida na sentença apelada, reduzindo-se a pena para 7 (sete) anos de reclusão.

Quanto à aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o Desembargador Federal José Lunardelli assim decidiu:

[...] Ainda na terceira fase, o e. relator deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, que, entretanto, entendo deva ser aplicada.

Isso porque o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, prevê a redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo foi criado a fim de facultar ao julgador ajustar a aplicação e a individualização da pena às múltiplas condutas envolvidas no tráfico de drogas, notadamente o internacional, porquanto não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as “mulas”, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais responsáveis pela organização criminosa que atuam na prática deste ilícito penal.

Dos elementos coligidos nos autos, constata-se que a conduta do acusado se enquadra no que se convencionou denominar no jargão do tráfico internacional de droga de “mula”, isto é, pessoa que funciona como agente ocasional no transporte de drogas, pois não se subordina de modo permanente às organizações criminosas nem integra seus quadros. Trata-se, em regra, de mão-de-obra avulsa, esporádica, de pessoas que são cooptadas para empreitada criminosa sem ter qualquer poder decisório sobre o modo e o próprio roteiro do transporte, cabendo apenas obediência às ordens recebidas. Pouco ou nada sabem a respeito da organização criminosa.

[...]

Em suma, do fato puro e simples de determinada pessoa servir como “mula” para o transporte de droga não é possível, por si só, inferir a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.342/2006, por supostamente integrar organização criminosa.

Warton Ramirez Perez é primário, não ostenta maus antecedentes e não há prova nos autos de que se dedica a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregada do transporte da droga. Certamente, estava transportando a droga para bando criminoso internacional, o que não significa, porém, que fosse integrante dele.

Sendo assim, faz jus à aplicação da causa de redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no percentual mínimo de 1/2 (metade), devido às circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, em que o acusado, peruano, foi preso em flagrante logo após desembarcar de voo proveniente de Lima/Peru, trazendo consigo quase quatro quilos de cocaína, ocultos no interior da armação metálica das quatro malas por ele trazidas, razão pela qual, resta a pena definitiva fixada em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 408 (quatrocentos) e oito dias-multa, nos termos da sentença apelada - grifo nosso.

Pois bem, sopesados os votos supra transcritos, entendo que deve prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli.

Isso porque, quanto à atenuante da confissão espontânea, esta E. Primeira Seção, ainda que por maioria, vem decidindo que mesmo em casos de prisão em flagrante delito deve referida atenuante ser reconhecida, bastando que o réu tenha admitido o fato delituoso, mesmo que arguindo excludentes.

Com efeito, como bem esposado no voto vencido, ainda que o réu tente desvencilhar-se da acusação, por meio de arguição de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, certo é que confessando o fato, acaba contribuindo com a Justiça na busca da verdade real e na correta apuração dos fatos.

Assim, a circunstância de alegar excludentes, por si só, não retira o valor de sua confissão, já que tais teses defensivas serão valoradas com todo o conjunto probatório carreado, de maneira que, sendo rechaçadas, a confissão evidentemente torna-se elemento probatório importante à condenação, desde que em harmonia com as demais provas realizadas, tanto em inquérito quanto em juízo.

Destarte, nos exatos termos do voto vencido, entendo que esta atenuante deve ser mantida, tal como aplicada em primeiro grau.

Da mesma forma, quanto à aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, a acusação não trouxe aos autos quaisquer provas, nem mesmo indiciárias, que pudessem revelar estivesse o acusado envolvido com organização criminosa ou que já vinha se dedicando a atividades criminosas, não sendo lícito ao julgador fazer essa espécie de presunção, sob pena de odiosa responsabilização objetiva.

Com a devida vênia ao eminente Relator, as circunstâncias descritas por sua Excelência em seu voto, quais sejam, a de *ser expressiva a quantidade de droga apreendida (3.927,05 gramas de cocaína); o fato de haver declarado que tinha sido contratado para transportar a droga do Peru para o Brasil; o fato de haver combinado o recebimento de 1.000 dólares americanos pelo transporte da droga; o fato de ter ficado hospedado no Brasil às custas e sob as ordens do traficante contratante*, são todas inerentes a todo e qualquer tipo de tráfico internacional de drogas praticado pelos denominados “mulas” do tráfico, pois, do contrário, por óbvio não teriam como realizar o transporte da droga e atingir o objetivo da organização que os aliciou, mas disso, evidentemente, não se pode presumir que o traficante eventual ou “mula” esteja, necessariamente, envolvido com aquela organização, com estabilidade e permanência.

Aliás, sobre o tema, a recente Lei nº 12.850, de 02.08.2013, definiu o conceito de organização criminosa, *verbis*:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Apesar de referido conceito não existir ainda à época do fato objeto destes autos, entendo que esta norma, por beneficiar o acusado, deve retroagir em seu favor (art. 5º, XL, CF/88), de forma a não se poder presumir que ele integre organização criminosa, pois nem mesmo é sabido em quais circunstâncias lhe foi entregue a droga, tampouco quantas pessoas efetivamente estariam envolvidas no tráfico em questão, se mais ou menos de quatro agentes, vedada qualquer presunção nesse sentido, posto que em desfavor do réu.

Ressalto que o conceito de organização criminosa não se confunde com o de associação criminosa, prevista no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, a qual requer o mínimo de dois agentes e estabilidade e permanência para fins de tráfico, liame associativo este que não está demonstrado nos autos, pois, do contrário, a denúncia também deveria imputar este crime ao réu, o que não foi feito pelo “Parquet” Federal.

Dessa forma, visto que o acusado é primário, possui bons antecedentes, não há provas nos autos de dedicação a atividades criminosas, nem tampouco que ele integre organização criminosa - conceito legal acima aludido -, entendo que, *in casu*, deve incidir aquela causa de diminuição de pena, nos exatos termos dos fundamentos expostos pelo voto vencido do Desembargador Federal José Lunardelli.

Ante todo o exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli, devendo, assim, ser aplicada a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Revisor):

Trata-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por *Warton Ramirez Perez*, em face do v. Acórdão de fls. 438/439, complementado pelo Acórdão de fls. 468 e verso, em que a E. Primeira Turma desta Corte decidiu, por unanimidade, não conhecer da apelação do réu; de ofício, por maioria, reduzir a pena-base e; por maioria, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da circunstância atenuante da confissão e da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva de 08 anos e 02 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido no sentido de ser reconhecida a circunstância atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

O Exmo. Relator, Desembargador Federal Luiz Stefanini, apresentou voto provendo os embargos, de modo a prevalecer o voto vencido.

Com a devida *venia* do E. Relator, divirjo para dar parcial provimento aos embargos, de modo a prevalecer o voto vencido somente no ponto concernente à incidência da atenuante da

confissão espontânea, mantendo, contudo, o afastamento da aplicação da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

No que tange à circunstância atenuante da confissão, art. 65, inc. II, “d”, do Código Penal, acompanho o Relator.

Com efeito, a jurisprudência firmou-se no sentido de ser reconhecida a referida atenuante, mesmo diante de casos de prisão em flagrante delito.

Por seu turno, em relação à causa de redução prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entendo inaplicável à espécie.

Neste ponto, curial deixar anotado que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - *a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a traficantes internacionais de expressiva quantidade de cocaína* - como é a hipótese dos autos, em que o réu sujeitou-se a realizar o transporte de aproximadamente quatro quilogramas de cocaína, oculta nas hastes e rodinhas das quatro malas que compunham sua bagagem, em voo proveniente de Lima/Peru, (neste sentido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR 27998 - Proc. nº 2006.61.19.005166-0 - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. Hélio Nogueira - j. 14.04.08 - D.E. 06.05.08).

Aqui vale registrar os seguintes arestos desta Primeira Seção:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou, na dosimetria da pena do embargante, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

2. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção “nem”, deduz-se que há diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas criminosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas.

3. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de “mula” de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.

4. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(EIN 2010.61.19.010264-6/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 04.09.2014, DJe 11.09.2014)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL ABERTO OU SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, para ambos os réus, fixou o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena ao corréu Sebastião Silva, e fixou o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao corréu Tomas Lopes Alcala.

2. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção “nem”, deduz-se que há diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas criminosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas.

3. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de “mula” de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.

4. Para determinar o regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado deve se valer, além do quantum de pena imposta (art. 33, §2º, CP), dos critérios previstos no artigo 59, do Código Penal, conforme exegese do artigo 33, §3º, do mesmo codex. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base incluem, ainda, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.

5. No caso concreto, a fixação de regime semiaberto ou aberto para o início do cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para a prevenção e a repressão do crime, em razão da natureza (cocaína) e da quantidade da droga (mais de três quilos).

6. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao corréu Tomas Lopes Alcala. Apesar de estar presente o requisito objetivo (quantidade da pena), há que se considerar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de drogas. No caso, as particularidades não recomendariam a substituição, tendo em vista que o réu transportava significativa quantidade de cocaína, que é altamente maléfica ao organismo.

7. Embargos infringentes aos quais se nega provimento.

(EIN 2010.61.19.003125-1, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 20.02.2014, DJe 19.03.2014)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. ESTADO DE NECESSIDADE. PENA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. - Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual. - A figura do estado de necessidade requisita a exposição do agente a perigo atual, como tal não se entendendo situação que não se vincula direta e imediatamente à oportunidade de prática de qualquer delito em particular mas à possibilidade genérica de obtenção de recursos teoricamente necessários com violações à ordem jurídico-penal. - Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal. - Aplicação da atenuante da confissão espontânea, reconhecida na sentença, afastada com a redução da pena-base ao mínimo legal, uma vez que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, prejudicada a questão no âmbito do recurso da acusação. - Transnacionalidade do tráfico provada pelas evidências de destinação do entorpecente ao exterior e percentual

reduzido ao mínimo previsto. - *Causa de diminuição do artigo 33, §4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lóbrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão “não se dedique às atividades criminosas”. Lei que é de combate ao tráfico , a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico , impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinqüência ocasional.* - Recursos parcialmente providos (ACR 32479 - Rel. Desembargador Federal Peixoto Júnior - DJF3 20.08.09, p. 302) (g.n.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades. 2. A sentença afastou a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento do paciente em organização criminosa. 3. A elevada quantidade de droga apreendida, a saber, quase um quilo de cocaína, distribuída em 83 cápsulas, ingeridas pelo paciente, o qual estava prestes a embarcar para a Holanda, é circunstância que impede o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. 4. De se ver, que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 5. Ordem denegada. (HC 189.979/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Extraí-se, pois, dos autos, pela quantidade e natureza de substância entorpecente apreendida (3.927 g. de cocaína); a forma como estava acondicionada, de forma a dissimular a natureza do produto transportado e burlar a fiscalização; a circunstância de o réu não possuir condições financeiras para custear a viagem internacional empreendida (conforme declarou em seu interrogatório); por ter aceitado transportar droga mediante a promessa de recebimento da quantia de US\$ 1.000,00; ter sido contratado em seu país de origem para o transporte de droga ao Brasil, tudo está a denotar seu enredamento com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arredando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Desta feita, tendo sido a pena-base reduzida no julgamento da apelação para 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, sobre a qual incide a atenuante da confissão, em 01 ano, nos termos do voto vencido, passando para 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, na qual incide a causa de aumento da internacionalidade, em 1/6, resta definitiva a pena *de 07 anos de reclusão e o pagamento de 700 dias-multa*.

Portanto, pedindo *venia* ao E. Relator, *dou parcial provimento aos Embargos Infringentes e de Nulidade* para fazer prevalecer o voto vencido no ponto relativo à incidência da atenuante da confissão, tornando a pena definitiva em 07 anos de reclusão, além do pagamento de 700 dias-multa, mantendo o afastamento da minorante estabelecida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Revisor

APELAÇÃO CRIMINAL

0017319-62.2008.4.03.6181

(2008.61.81.017319-0)

Apelantes: NORMA BEATRIZ MAMANI LLANQUECHOQUE E ISAAC FLORES VARGAS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO TONIASO

Classe do Processo: ACr 50806

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E INTRODUÇÃO E OCULTAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. Materialidade e autoria do crime de condição análoga a de escravo suficientemente demonstradas pelo vasto conjunto probatório.
2. Crime de introdução e ocultação de estrangeiro em situação irregular também comprovado.
3. Os réus mantinham as vítimas, estrangeiras, trabalhando sem qualquer registro, evitando o alcance dos órgãos de fiscalização estatais, cerceando a liberdade de locomoção das duas, já que a ré fazia ameaças para impedi-las de sair de casa, alegando que poderiam ser detidas pela polícia, ter de pagar multas com as quais não seria responsável.
4. Penas de ambos os crimes fixadas no mínimo legal.
5. Mantida as penas restritivas de direitos.
6. Apelação da defesa desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de novembro de 2015.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Norma Beatriz Mamani Llanquechoque*

e *Isaac Flores Vargas* contra a sentença de fls. 473/475 que julgou procedente a ação penal para condenar os réus, cada qual, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 149, *caput*, do Código Penal e 01 (um) ano de detenção pela prática do delito tipificado no art. 125, da Lei nº 6.815/80, em regime inicial semiaberto.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas penas restritivas de direitos, sendo uma prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana.

Consta da denúncia que a partir de uma notícia apresentada pela estrangeira Lourdes Quisbert Zambrana, na Delegacia da Polícia Federal em Corumbá/MS, a qual informava que sua filha Jeniffer Karen Castaneta Quisbert estaria sendo submetida a trabalho em condições análogas à escravidão em São Paulo/SP, foram realizadas diligências para averiguação dos fatos e, no dia 10/12/2008, na Travessa Candida Augusta, nº 9, Vila Guilherme, São Paulo/SP, policiais federais localizaram a adolescente Jeniffer sob a guarda de *Norma Beatriz Mamaní Llanquechoque e Isaac Flores Vargas* os quais a mantinham submetida a trabalho em condições sub-humanas.

A denúncia foi recebida em 09/01/2009 (fls. 79/80) e a sentença publicada em 20/03/2012 (fls. 476).

A defesa, em suas razões de apelo (fls. 479/483) pleiteia a absolvição dos réus ao argumento de que as afirmações das vítimas e das testemunhas são contraditórias e frágeis, não sendo aptas a embasar a condenação. Sustenta, ainda, a nulidade do feito, tendo em vista que a vítima Lourdes foi auxiliada no interrogatório policial por tradutor não juramentado. Subsidiariamente, requer que a conversão das penas restritivas de direitos cominadas na sentença por penas pecuniárias, porque aquelas iriam prejudicar o trabalho dos réus.

Com as contrarrazões, às fls. 490/494, subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, a e. Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desproviamento do recurso da defesa (fls. 504/510).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Materialidade

Do crime de redução a condição análoga à de escravo.

A materialidade restou comprovada pelos contratos de trabalho firmados entre os réus e as vítimas (fls. 54/55), pelo documento de identidade de Jeniffer encontrado na bolsa da apelante Norma Beatriz (fls. 56), bem como pelos equipamentos e materiais destinados à costura encontrados na residência dos réus constatados pelos policiais que efetuaram o flagrante (fls. 02/05 e 64/67).

Autoria.

Por sua vez, a autoria também restou demonstrada tendo em vista que os réus foram flagrados mantendo Jennifer na casa em que moravam, sem dar qualquer explicação convincente acerca da permanência da menor no local.

Os depoimentos das vítimas são convincentes e claros quanto à condição delas análoga à de escravas. Em juízo, a menor Jennifer relatou às fls. 407/411:

(...) Trabalhávamos das seis da manhã até às oito da noite porque tínhamos que entregar o trabalho; chegavam 350 peças de roupa e tínhamos que entregar o trabalho no dia; às vezes ficávamos até a meia-noite ou uma da madrugada para aprontar o pedido. Minha mãe trabalhava desde as seis da manhã até as oito da noite e às vezes até as dez ajudando na costura. Havia pausa para as refeições, por exemplo, almoço era das 13 às 14 horas e no café da manhã tínhamos meia hora. Às vezes tínhamos repouso semanal aos domingos (quando não tínhamos trabalho e saíamos com a patroa) e minha mãe trabalhava mas não nos pagavam por esse dia.; aos sábados se trabalhava e aos domingos às vezes, e não tínhamos direito a férias. (...) morávamos no local do trabalho num quarto com duas camas; eu levei comigo dois cobertores e era o que tínhamos; o quarto era limpo porque nós limpávamos e ninguém mais entrava nele; era um quarto vazio que só tinha duas camas mas não pagávamos nada por ele. Tínhamos direito a ir ao banheiro quando fosse necessário mas só podíamos usar o chuveiro uma vez por semana, além do que era frio e eu não gostava nada. Não tínhamos seguro médico nem odontológico. (...) Depois que minha mãe partiu, em 10 de dezembro, a patroa me disse que mensalmente guardaria meu salário porque talvez eu o gastasse; depois que minha mãe partiu, no primeiro, segundo mês não me pagou, eu também não lhe disse nada porque tinha medo; depois que minha patroa não me pagou nada, somente me deu 10 reais e eu tinha só o que me restava do meu salário, nada mais.

Já a mãe da adolescente Jeniffer, Lourdes Quisbert, em seu depoimento, em Juízo (fls. 401/406), relatou:

Em parte, eles não cumpriram o prometido. Ao chegarmos lá, dissera-nos que o salário seria de 30 centavos por peça de roupa; tínhamos que aprontar umas quinhentas peças de roupa para que nos pagassem, mas não me pagaram, somente à minha filha; ela recebia uns 350 reais. (...) Meu trabalho consistia em costurar roupas, como blusas, parcas, calças e recebia encima disso; no princípio o trabalho tinha horário, já que inicialmente nos foi dito que trabalharíamos das 07h da manhã às 22h, mas, depois que chegamos, trabalhávamos das 06h às 23h, até mais tarde inclusive, de segunda-feira a sábado; (...) Uma vez por semana podíamos usar o banheiro para tomar banho e assear-nos, mas para fazer as necessidades era permitido usar quantas vezes fosse necessário. (...) quando fui, estava grávida e disse à patroa que queria ser examinada; ela me disse que eu iria mas nunca fui, dizia-me: “se você sair, a polícia irá detê-la e isso será um problema para vocês e não para mim; serão detidas e terão que pagar uma multa, e eu não terei nada que ver com isso”; por essa razão as vezes não podíamos sair. (...) Desde o princípio eles retiveram minha cédula de identidade, a carteira de vacinação e o contrato que assinamos e pelo qual nos foram cobrados 150 bolivianos, esses mesmos documentos da minha filha também foram retidos.

(...) No dia em que eu decidi voltar, não devia nada à patroa; um dia antes de sair minha mãe me telefonou dizendo que meu filho estava mal e eu falei à patroa que iria lhe mandar dinheiro e não viajaria, mas ela não quis me emprestar porque talvez eu não lhe pagasse logo; como ela não quis me emprestar eu me armei de coragem e disse a ela que viajaria porque não queria que nada acontecesse, uma vez que minha mãe é que estava tomando conta de meu filho; teimei e então ela me disse que eu poderia viajar mas não junto com minha filha. Eu não lhe devia mais nada porque fizemos o acerto de contas do meu salário, da costura e da cozinha, e não lhe devia nenhum centavo, paguei tudo. O dinheiro da passagem de volta era proveniente do salário da minha filha, mas só deu pra chegar até a fronteira, e da fronteira eu teria que dar um jeito para retornar para a Bolívia. A patroa me disse que para eu não prejudicar minha filha, ela teria que trabalhar até o final do contrato e não poderia retornar comigo; disse-me

para eu ir que ela própria retornaria com minha filha em dezembro. (...) No ônibus de retorno eu conheci o Sr. Juan e a Dona Adela e eles me ajudaram a regressar a La Paz.

O policial federal Erlon Alves de Souza, responsável pela diligência na residência dos acusados que culminou na prisão em flagrante destes, relatou em Juízo (mídia fls. 200) que chegou a ver Jeniffer na garagem da casa onde tinham máquinas de costura e uma mesa de corte e costura quando realizava diligência preliminar. No dia do flagrante, o depoente ressaltou que a menor exalava um odor terrível em decorrência de falta de banho, a ponto de não ser possível permanecer em uma sala em sua companhia e que o odor chamou a atenção de todos da Delegacia e no Conselho Tutelar. Também ressaltou que as demais pessoas da casa aparentavam adequadas condições de higiene em contraste com a menina. Afirmou que o documento de identidade de Jeniffer e os contratos de trabalho estavam em poder de Norma.

O outro policial federal, João Guilherme Elias, também presente no momento do flagrante, em seu depoimento em Juízo (mídia fls. 200) corroborou as informações de Erlon Alves de Souza, confirmando o forte odor exalado por Jeniffer e acrescentou que no momento em que os policiais estavam na casa, o réu Isaac chegou ao local, mas tentou evadir-se com seu carro, sendo contido pelo declarante.

A apelante Norma, em Juízo (mídia fls. 427), afirmou que conheceu as vítimas em uma festa de bolivianos em São Paulo e que Lourdes lhe pediu emprego. Afirmou que Lourdes e Jeniffer trabalharam em sua casa, mas que Lourdes trabalhou por pouco tempo porque estava grávida. Admitiu que emprestou dinheiro para Lourdes retornar para a Bolívia ver seu filho doente e, como parte do acordo, Jeniffer deveria ficar trabalhando em sua casa até o dia 25 de dezembro. Admitiu que pagava salário abaixo do mínimo e que proibia a menor de tomar banhos.

O réu Isaac, em Juízo (mídia fls. 427), afirmou que acolheu Lourdes e Jeniffer e que não exerciam qualquer trabalho. Depois declarou ter notado que Lourdes aparentava estar grávida afirmando que, nessa condição, ela não poderia trabalhar. Alegou que somente ele e sua esposa Norma trabalhavam com costura, não sabendo esclarecer o motivo de possuir quatro máquinas de costura. Disse ter pago R\$400,00 (quatrocentos reais) à Lourdes a título de “verbas rescisórias” e que esta deixou sua filha na residência do casal porque não tinha dinheiro para levá-la para a Bolívia, mas não explicou porque faltava dinheiro à Lourdes se ela havia recebido dele a referida quantia. Também negou que proibia as vítimas de tomarem banho.

Com efeito, restou comprovada a restrição à liberdade de locomoção da vítima Jeniffer, tendo em vista que seu documento de identidade encontrava-se em poder da ré Norma como garantia da permanência a vítima no Brasil.

Não há como acatar o argumento dos réus de que estariam hospedando as vítimas por bondade, uma vez que não foram apresentadas quaisquer provas desse comportamento, muito pelo contrário, restou comprovado que as vítimas eram mantidas com a única finalidade de trabalhar quase que gratuitamente, em condições degradantes e sem liberdade de locomoção.

Com efeito, as versões apresentadas pelos acusados são contraditórias e se distanciam das provas coligidas aos autos e a situação acima descrita caracteriza as condutas previstas no artigo 149, do Código Penal.

Assim, diante do extenso conjunto probatório apresentado que se mostrou totalmente desfavorável aos réus, mister a manutenção da r. sentença.

Do crime tipificado no art. 125, da Lei nº 6.815/80.

A materialidade e autoria do delito são comprovadas no momento que Norma Beatriz trouxe de forma clandestina Jeniffer e Lourdes para trabalhar no Brasil desprovidas de documentos que indicassem situação de introdução e permanência regular no país. Isaac, companheiro de Norma Beatriz, concorreu para a ocultação de Jeniffer e de sua mãe Lourdes, praticando, desta forma, o crime apontado na modalidade ocultação.

Conforme depoimento de Lourdes, confirmado por sua filha Jeniffer, em agosto de 2008, Lourdes e sua filha conheceram Norma Beatriz por meio de anúncio de emprego em uma agência especializada em *El Alto*, na Bolívia, que oferecia emprego no Brasil. A oferta promovida pela ré indicava que o pagamento do serviço seria realizado em euros, a proposta foi aceita e as despesas da viagem foram pagas por Norma Beatriz.

Os relatos das testemunhas podem ser confirmados através dos contratos de trabalho (fls. 54/55) celebrados com as vítimas, assinados em 31/07/2008, redigidos em espanhol e mencionam como local da contratação a cidade de *El Alto*, o que afasta por completo a declaração dada pela ré Norma que disse ter conhecido as vítimas já no Brasil, em uma festa de bolivianos em São Paulo, em 16/08/2008.

Também restou comprovado que os réus mantinham as vítimas, estrangeiras, trabalhando sem qualquer registro, evitando o alcance dos órgãos de fiscalização estatais, cerceando a liberdade de locomoção das duas, já que Norma fazia ameaças para impedi-las de sair de casa, alegando que poderiam ser detidas pela polícia, ter de pagar multas pelas quais não seria responsável.

Desse modo, restaram bem delineadas a materialidade e autoria delitiva do crime do art. 125, inc. XII, da Lei nº 6.815/80.

Presente conjunto probatório coeso e harmônico, não prosperando a pretensão defensiva pela absolvição.

Pleiteia a defesa o reconhecimento da nulidade processual, vez que Lourdes, ao prestar as primeiras informações à Polícia, contou com o auxílio de Juan Pareja Rios para comunicar-se com os policiais, não sendo ele tradutor juramentado.

Não há como acolher a tese da defesa porque a tradução juramentada não é necessária em sede inquisitorial, posto que meramente informativa e não sujeita a contraditório, não tendo o condão de gerar nulidade na ação penal, além disso, a lei processual penal exige intérprete nomeado somente a depoimentos prestados no curso do processo judicial.

Assim, diante do extenso conjunto probatório apresentado que se mostrou totalmente desfavorável aos réus, mister a manutenção da r. sentença.

Dosimetria das penas.

Não houve insurgência da defesa no tocante às penas privativas de liberdade que foram fixadas para ambos os réus e crimes no seu mínimo legal.

Requer a defesa a modificação das penas restritivas de direito que consistem em uma prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana, por apenas penas pecuniárias.

Não assiste razão a defesa. De acordo com o descrito nos autos, verifica-se que os réus não possuem boa condição econômica, o que pode acarretar prejuízo ao sustento deles e de sua família, razão pela qual deve ser mantida a pena a eles imposta.

Diante do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao apelo da defesa.

É como voto.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0001997-58.2012.4.03.6117
(2012.61.17.001997-7)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: ALCEDIR RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 63692
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ARTIGO 19 DA LEI 7.492/86. CRIME FORMAL. INAPLICABILIDADE PRINCÍPIO DA INSGNIFICANCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESE. SENTENÇA REFORMADA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA RATIFICADO. APELO PROVIDO.

1. O delito de obter empréstimo em instituição financeira utilizando-se de meio ou expediente fraudulento configura crime formal, que independe de prejuízo ou lesão efetiva à vítima direta para sua configuração, bastando que se perfaça o nexo entre o texto abstrato do tipo e a circunstância concreta apurada em um processo criminal. Precedente do C. STJ. Doutrina.

2. O tipo contido no art. 19 da Lei 7.492/86 tutela na esfera penal não somente a solidez do sistema financeiro, mas também sua credibilidade e suas condições de operação, que são afetadas por tentativas ou operações como as descritas na denúncia de fls. 107/108. Não se protegem, pois, apenas os recursos do sistema financeiro como um todo, ou da instituição financeira especificamente vitimada pelo delito concreto, mas a higidez do sistema em sentido amplo, que pode ser traduzida como todas as condições de credibilidade e proteção não apenas das instituições financeiras, mas, principalmente, de todo o sistema econômico que as utiliza, em especial os pequenos clientes e consumidores que são indiretamente afetados pelos crimes contra o sistema financeiro, por terem que arcar (mediante pagamento das “taxas bancárias” e demais cobranças para fundos efetivadas para fins de cobertura das fraudes que alguns perpetram), ao fim e ao cabo, com os custos gerados às próprias instituições financeiras por fraudes de toda espécie. Esse fenômeno constitui verdadeira translação econômica dos impactos de práticas delitivas contra o sistema financeiro, e deve ser avaliado como consequência dos crimes praticados contra este.

3. Trata-se, em suma, de delito pluriofensivo, instituído em defesa de diversos bens jurídicos, e que, nesses termos, independe de uma mensuração exata e concreta de lesão para sua configuração, mormente se tal mensuração de potenciais ou efetivos prejuízos for feita tomando por base apenas o poderio econômico de uma instituição do porte da suposta vítima direta da prática apurada nestes autos (o Banco Itaú S.A.).

4. O valor exato do financiamento não possui relação com a configuração concreta do tipo penal constante do art. 19 da Lei 7.492/86. O elemento essencial é que se obtenha

financiamento de qualquer valor, utilizando-se, para tanto, de *expediente fraudulento apto a, ao menos de início, conseguir operar o resultado* (ainda que a ação eficiente dos mecanismos de controle da própria instituição ou do aparato estatal impeça a consumação final do delito, ou ainda, seu exaurimento). Tal fato constitui, por si, o delito, afetando os bens jurídicos afetados pelo enunciado normativo em comento.

5. O princípio da insignificância não poderia ser aplicado à espécie, ainda que se entenda que o tipo constante do art. 19 da Lei 7.492/86 constitui crime material (de resultado). A significância da lesão (nos termos do que descreveu a preambular acusatória) é clara, e, embora não pudesse causar abalo grave no patrimônio da vítima (banco de grande porte), afeta tanto os seus recursos (ainda que em pequena escala) quanto, e em maior medida, a credibilidade do sistema financeiro e da própria eficácia social das normas penais, no seu aspecto preventivo geral, ou seja, do próprio sentimento social generalizado de ausência de efetividade da norma que pune condutas consideradas pelo ordenamento como penalmente ilícitas.

6. Inocorrentes *in concreto* as hipóteses para absolvição sumária, deve o recebimento da denúncia ser ratificado, com o regular seguimento do feito no juízo de origem.

7. Apelo ministerial provido.

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, conhecer do recurso de apelação e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reformando integralmente a decisão que decretou a absolvição sumária do réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque, ratificar o recebimento parcial da denúncia de fls. 107/108 (nos termos da decisão de fls. 109/110v), e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem, para regular seguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 169/170v, que absolveu sumariamente o réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque quanto à imputação de prática do delito tipificado no art. 19 da Lei 7.492/86, nos autos de ação penal pública incondicionada em face do referido réu movida pelo *Parquet* federal.

Narrou a denúncia (fls. 107/108) que, no dia 02 de maio de 2011, o acusado Alcedir Rodrigues de Albuquerque adquiriu, pelo valor de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais) um veículo GM/Astra, ano 2009, na concessionária “Avenida Veículos”, localizada na cidade de Jaú/SP; para tanto, financiou a compra junto ao Banco Itaú. Após tal prática, teria sido a seguinte a sequência de fatos, segundo a exordial acusatória (fl. 107):

Posteriormente, restou apurado que, para a referida transação, o denunciado se utilizou de documentos falsos titularizados, na verdade, pela pessoa de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS,

cujos dados qualificativos estavam incorretos, não sendo sua a fotografia do RG apresentado. Uma vez constatada a irregularidade, o veículo foi, em tempo, recolhido pelo dono da concessionária Avenida Veículos, SÉRGIO VALTER ARONI, retornando ao estabelecimento, tendo sido desfeito o negócio. A documentação original de OLÍMPIO nunca foi apresentada pelo denunciado, que, na verdade, era ex-enteado de OLÍMPIO.

Inconformado, o denunciado ALCENIR tentou, ainda, adquirir novo veículo na cidade de Lencóis Paulista, SP, fazendo novamente uso de documentos falsos em nome de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS.

A materialidade do crime se encontra comprovada pela cópia dos documentos de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS, juntada aos autos, cópia do comprovante e do contrato de financiamento correspondente.

Segundo depoimento de OLÍMPIO, em sede policial, ALCENIR teria tido acesso aos seus documentos, ao tempo em que aquele conviveu com sua mãe, falsificando-os, colocando nele (sic) fotografia diversa da sua e outros dados qualificativos. Desta forma, tentou financiar o referido veículo, não alcançando, porém, obtê-lo.

Igualmente o funcionário do Banco Itaú, JULIO CESAR BASSAN, ao intermediar o financiamento do mesmo veículo, comparecendo pessoalmente na concessionária, constatou que os documentos apresentados pelo denunciado eram cópias fraudulentas, sendo, então, cancelada a concessão de crédito, já que Alcenir estaria passando-se por OLÍMPIO.

Ao cabo, requereu o órgão ministerial o recebimento da denúncia, e, ao fim do processo, a condenação do réu pela prática, por duas vezes, da conduta prevista no art. 19 da Lei 7.492/86, c/c art. 14 do Código Penal.

Denúncia recebida parcialmente (“somente quanto ao financiamento realizado na cidade de Jaú/SP, relativo ao veículo GM/Astra, ano 2009”) em 23 de julho de 2013 (fls. 109/110v).

O Ministério Público Federal apresentou proposta de suspensão condicional do processo (fls. 117/118).

A proposta de suspensão condicional foi retirada, ante a informação (contida na fl. 144) de que o réu se encontrava preso por outro delito (fls. 150/150v).

Após apresentação de resposta à acusação (fls. 166/167), sobreveio sentença de absolvição sumária (fls. 169/170v). Entendeu o MM. Magistrado *a quo* que, “se o ilícito de que se tem notícia não embute o risco de abalar as finanças do banco, inexistente a potencialidade de lesão ao Sistema Financeiro Nacional. Não se vislumbra, pois, lesão jurídica à capitulação do artigo 19, da Lei nº 7492/86” (fl. 169v). No dispositivo, absolveu sumariamente o réu, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal, e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual, para apuração de eventuais crimes cujo julgamento se inseriria em sua competência.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fl. 174). Razões de apelação (fls. 175/182), no bojo das quais o órgão ministerial argumenta, em síntese, não haver necessidade de a prática delitiva causar abalo ao Sistema Financeiro Nacional, mas sim causar comprometimento em sua credibilidade, bem como influírem ou impactarem, em alguma medida, nos próprios custos de manutenção e concessão do capital. Ademais, que não foram atendidos os requisitos para aplicação do princípio da insignificância no caso concreto. Ao fim, requer o *Parquet* a reforma da sentença, para que se ratifique o recebimento da denúncia, e dê-se prosseguimento ao feito.

Contrarrazões do réu (representado pela Defensoria Pública da União), pugnando pela manutenção da sentença (fls. 185/186).

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 190/192v), opinando pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo ao exame de mérito.

O apelo ministerial deve ser provido.

O Magistrado sentenciante assim expôs as razões para absolver sumariamente o réu, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal (fls. 169v/170):

Note-se que a norma penal cabe ser aplicada na estrita proteção do bem jurídico a que tutela. No caso, a higidez do Sistema Financeiro Nacional. Conforme lições de MANOEL PEDRO PIMENTEL e RODOLGO TIGRE MAIA. Para o primeiro o objeto jurídico do tipo penal é a “execução da política econômica do Governo, ofendida com a conduta fraudulenta do agente” (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Editora Revista dos Tribunais/SP, 1987, p. 49). Para o segundo, a “a objetividade jurídica imediata é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do SFN e, por extensão, de seus investidores, poupadores, acionistas, etc.” (Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 144-145). Se o ilícito de que se tem notícia não embute o risco de abalar as finanças do banco, inexistente a potencialidade de lesão ao Sistema Financeiro Nacional. Não se vislumbra, pois, lesão jurídica à capitulação do artigo 19, da Lei nº 7.492/86.

É preciso considerar que o Direito é uma ciência eminentemente axiológica, não cabendo a positividade penal ser aplicada como um “prius”. Exige-se para a condenação a presença de todas as forças, objetivas e subjetivas, que formam o delito. Por isso, no Estado Democrático de Direito, impõe-se a apreciação judicial que garanta aos acusados a valoração do “substantive process”, em cumprimento ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

(...)

Não é despropósito pensar-se o artigo 19 como norma penal em branco, com a necessidade de complementação administrativa.

Enfim, o fato não alcançou proporções que pudessem colocar em risco o Sistema Financeiro Nacional, sendo esta circunstância cardeal para o deslinde do processo.

Destarte, reconheço na espécie a situação jurídica prevista no artigo 397, III, do Código de Processo Penal, não restando presente a adequação típica da conduta à previsão do artigo 19 da 7.492/86.

A fundamentação parece remeter ao princípio da insignificância. Isso porque não contestou o nexo de tipicidade formal entre a conduta narrada na denúncia e o delito previsto no art. 19 da Lei 7.492/86. A absolvição sumária ocorreu porque, ainda que ao final se comprovasse haver tal nexo formal de tipicidade, não haveria risco de lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pelo texto normativo em comento.

Anoto, por primeiro, que o crime de obter empréstimo em instituição financeira utilizando-se de meio ou expediente fraudulento configura crime formal, que independe de resultado naturalístico para sua configuração, bastando que se perfaça o nexo entre o texto abstrato do tipo e a circunstância concreta apurada em um processo criminal. Tal fato constitui uma grande diferença entre este tipo específico e o estelionato genérico (Código Penal, art. 171), em

cujá dicção consta expressamente a previsão de efetivo prejuízo da vítima para configuração do nexó típico. No mesmo sentido quanto à classificação do crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86, trago precedente do C. STJ, também citado no parecer da d. Procuradoria Regional da República:

RECURSO ESPECIAL. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, NA MODALIDADE LEASING FINANCEIRO. FATO QUE SE ENQUADRA NO TIPO PENAL DO ARTIGO 19 DA LEI 7.492/86. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO QUANTO À QUESTÃO SUBSIDIÁRIA SUSCITADA NO RECURSO ESPECIAL: SÚMULA/STF Nº 282. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, EM PARTE, E NESTA PARTE, NÃO PROVIDO. 1. No presente recurso especial, os recorrentes alegam, inicialmente, que o contrato de arrendamento mercantil, na modalidade leasing financeiro, não se identifica com o contrato de financiamento propriamente dito, e, portanto, ainda que efetivado mediante fraude, não configura o delito previsto no artigo 19 da Lei 7.492/86, o que seria imprescindível para atrair a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (artigo 109, inciso VI, da Constituição da República, combinado com o artigo 26 da Lei 7.492/86). 2. Não se nega que, realmente, a operação de arrendamento mercantil, na modalidade leasing financeiro, constitui um negócio autônomo, com características próprias que o diferenciam do financiamento propriamente: basta ver que, no financiamento, o objeto financiado passa a ser, desde logo, do mutuário, o que não ocorre com o leasing. 3. Ocorre que o fato de o leasing financeiro não constituir financiamento não afasta, por si só, a configuração do delito previsto no artigo 19 da Lei 7.492/86: embora não seja um financiamento, este constitui o núcleo ou elemento preponderante dessa modalidade de arrendamento mercantil (v.g., RE 547.245, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 02/12/2009, DJe 04/03/2010). Logo, ao se fazer um leasing financeiro, se obtém, invariavelmente, um financiamento, e o tipo penal em análise - artigo 19 da Lei 7.492/86 - se refere, exatamente, à obtenção de financiamento mediante fraude, sem exigir que isto ocorra num contrato de financiamento propriamente dito. 4. Quanto à tese subsidiária suscitada pelos recorrentes, no sentido de que as condutas a eles imputadas, de qualquer modo, não configurariam o delito do artigo 19 da Lei 7.492/86, já que “o leasing obtido pelos acusados foi deferido pelo Banco Santander Noroeste Leasing Arrendamento Mercantil S/A”, e, “portanto, sem recursos do estado ou com recursos por ele administrados”, o que, segundo defendem, seria imprescindível para a configuração do delito em questão (fls. 620), o recurso não pode se conhecido, tendo em vista a ausência, nessa parte, do indispensável prequestionamento (Súmula/STF nº 282). 5. Ressalte-se, ademais, que, ainda que ultrapassado este óbice, o recurso, no ponto, seria igualmente inviável: para a configuração do delito, basta a obtenção, mediante fraude, de financiamento “em instituição financeira”, e a própria Lei 7.492/86, em seu artigo 1º, define o que, para os seus efeitos, deve se considerar instituição financeira, definição que não leva em consideração se há, ou não, a utilização de recursos advindos do Estado ou por este administrados, e que, além disso, abrange perfeitamente a instituição financeira com a qual, na espécie, os recorrentes teriam firmado o negócio jurídico. A única diferenciação que se faz é que, em tese, se o crime for praticado em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento, incide, ainda, a causa de aumento da pena prevista no parágrafo único do artigo 19 da Lei 7.492/86. Cuida-se, por outro lado, de delito formal, que tem como sujeito passivo principal o Estado e não a instituição financeira eventualmente lesada, até porque a norma penal objetiva assegurar, em última análise, a própria credibilidade do mercado financeiro e a proteção do investidor, o que não se cumpriria a contento, acaso o seu âmbito de incidência não abarcasse todas as instituições financeiras, quer se utilizem, ou não, de recursos advindos ou administrados pelo Estado. 6. Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa parte, não provido. ..EMEN:(RESP 200401693680, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/08/2010 ..DTPB:.)

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona ser o referido delito de natureza formal, porquanto “não depende da ocorrência de efetivo prejuízo para a instituição ou para o mercado financeiro” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 662). Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, conquanto classifiquem tal delito como material (em virtude da efetivação de fraude para a configuração concreta do delito), também asseveram que o crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86 resta configurado sem que haja necessidade de prejuízo efetivo da instituição financeira (cf. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 227-229). A desnecessidade de comprovação de efetivo prejuízo para a instituição financeira que concede o financiamento (ou quase concede, mas por seus mecanismos de controle ou por ação externa consegue impedir a tempo a consumação do delito) decorre do próprio texto normativo do art. 19 da Lei 7.492/86, o qual claramente não exige a ocorrência de resultado naturalístico consistente em prejuízo da vítima direta (a instituição financeira). Cito a dicção do tipo:

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

O dispositivo em exame tutela na esfera penal não somente a solidez do sistema financeiro, mas também sua credibilidade e suas condições de operação, que são afetadas por tentativas ou operações como as descritas na denúncia de fls. 107/108. Não se protegem, pois, apenas os recursos do sistema financeiro como um todo, ou da instituição financeira especificamente vitimada pelo delito concreto, mas a higidez do sistema em sentido amplo, que pode ser traduzida como todas as condições de credibilidade e proteção não apenas das instituições financeiras, mas, principalmente, de todo o sistema econômico que as utiliza, em especial os pequenos clientes e consumidores que são indiretamente afetados pelos crimes contra o sistema financeiro, por terem que arcar (mediante pagamento das “taxas bancárias” e demais cobranças para fundos efetivadas para fins de cobertura das fraudes que alguns perpetram), ao fim e ao cabo, com os custos gerados às próprias instituições financeiras por fraudes de toda espécie. Esse fenômeno constitui verdadeira translação econômica dos impactos de práticas delitivas contra o sistema financeiro, e deve ser avaliado como consequência dos crimes praticados contra este.

Trata-se, em suma, de delito pluriofensivo, instituído em defesa de diversos bens jurídicos, e que, nesses termos, de lesão para sua configuração, mormente se tal mensuração de potenciais ou efeitos prejuízos for feita tomando por base apenas o poderio econômico de uma instituição do porte da suposta vítima direta da prática apurada nestes autos (o Banco Itaú S.A.).

Interpretação outra, além de escapar aos limites semânticos de disposição legal que não possui em si qualquer vício de inconstitucionalidade, faria puníveis pela Lei 7.492/86 apenas crimes de escala gigantesca. No caso do artigo 19 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seria a escala suficiente do financiamento para abalar a solidez do sistema como um todo? A própria história recente de problemas de ordem bilionária em instituições financeiras (inclusive levando algumas à bancarrota) mostra que estes não afetaram o sistema como um todo, se isso for entendido como sinônimo de risco real de quebra das grandes instituições, corrida de saques ou queda desabalada nas ações comercializadas por bancos em bolsas de valores.

Poder-se-ia, então, dizer que fraudes da ordem das centenas de milhões de reais não configuram sob o prisma material condutas típicas para fins de aplicação da Lei 7.492/86? Considero não ser tal interpretação consentânea seja com a referida Lei, seja com o ordenamento em seu todo, e a consequente vinculação dos órgãos jurisdicionais aos comandos (válidos, por óbvio) que emanam das normas superiores do sistema. Pelo que expus até aqui, concluo que o valor exato do empréstimo não possui relação com a configuração concreta do tipo penal constante do art. 19 da Lei 7.492/86. O elemento essencial é que se obtenha financiamento de qualquer valor, utilizando-se, para tanto, de *expediente fraudulento apto a, ao menos de início, conseguir operar o resultado* (ainda que a ação eficiente dos mecanismos de controle da própria instituição ou do aparato estatal impeça a consumação final do delito, ou ainda, seu exaurimento). Tal fato constitui, por si, o delito, afetando os bens jurídicos afetados pelo enunciado normativo em comento.

Em segundo lugar, o princípio da insignificância não poderia ser aplicado, ainda que se entenda que o tipo constante do art. 19 da Lei 7.492/86 constitui crime material (de resultado). Isso porque, para que se configure situação enquadrada no conceito penal de “insignificância” ou “bagatela”, o fato deve preencher vários requisitos ligados ao grau mínimo de ofensividade (em sentido amplo) da conduta, a tornar injustificável, em especial do ponto de vista dos direitos fundamentais, a incidência de norma penal. Tais requisitos são bem sintetizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostram os precedentes abaixo:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 95, “D”, DA LEI N 8.212/91, ATUALMENTE PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS AUSENTES. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. DELITO QUE TUTELA A SUBSISTÊNCIA FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, BEM JURÍDICO DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; HC 97036/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; HC 93021/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009. 2. *In casu*, os pacientes foram denunciados pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias no valor de R\$ 3.110,71 (três mil, cento e dez reais e setenta e um centavos). 3. Deveras, o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a “subsistência financeira à Previdência Social”, conforme assentado por esta Corte no julgamento do HC 76.978/RS, rel. Min. Maurício Corrêa ou, como leciona Luiz Regis Prado, “o patrimônio da seguridade social e, reflexamente, as prestações públicas no âmbito social” (Comentários ao Código Penal, 4. ed. - São Paulo: RT, 2007, p. 606). 4. Consectariamente, não há como afirmar-se que a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente é de grau reduzido, porquanto narra a denúncia que este teria descontado contribuições dos empregados e não repassado os valores aos cofres do INSS, em prejuízo à arrecadação já deficitária da Previdência Social, configurando nítida lesão a bem jurídico supraindividual. O reconhecimento da atipicidade material *in casu* implicaria ignorar esse preocupante quadro. Precedente: HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada. (STF, HC 102.550, PRIMEIRA TURMA, REL. MIN. LUIZ FUX, j. em 20.09.2011.)

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE DENUNCIADO POR FURTO QUALIFICADO TENTA-

DO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DA COISA FURTADA QUE REPRESENTAVA QUASE 30% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. TENTATIVA REALIZADA MEDIANTE ESCALADA, DURANTE O REPOUSO NOTURNO. FURTO INSIGNIFICANTE. FURTO PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II - Não se pode considerar irrelevante a tentativa de furto de um aparelho celular avaliado em R\$ 130,00, valor que, à época dos fatos, representava quase 30% do salário mínimo então vigente. III - O acusado tentou praticar o delito mediante escalada, durante a madrugada, comportamento que, ante a significativa ofensividade e reprovabilidade, não pode ser considerado insignificante e demonstra a necessidade da tutela penal. IV - Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V - Convém distinguir, ainda, a figura do furto insignificante daquele de pequeno valor. O primeiro, como é cediço, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta, ante a aplicação do princípio da insignificância. Já no que tange à coisa de pequeno valor, criou o legislador a causa de diminuição referente ao furto privilegiado, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal. VI - Ordem denegada. (STF, HC 109.081, SEGUNDA TURMA, RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 13.09.2011.)

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. 4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que em outros dois processos já teve reconhecida a atipicidade de sua conduta em face do pequeno valor dos bens subtraídos, além de responder a três ações penais pela prática de crimes da mesma espécie. 5. Ordem denegada. (STF, HC 114.462, SEGUNDA TURMA, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, j. em 11.03.2014.)

Portanto, os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do C. STF para que se configure situação de insignificância da conduta para fins penais são assim sintetizados: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A conduta descrita na denúncia não se enquadra nos requisitos acima descritos. Com efeito, utilizar de documentos de ex-marido da mãe, em tese fraudando elementos de tais documentos, para, deles se utilizando, buscar efetivar empréstimo para a compra de automóvel, é conduta que, em tese, possui ao menos razoável grau de reprovabilidade (muito além do grau mínimo exigido para que se a entenda como “insignificante” para fins jurídico-penais). Além disso, a lesão jurídica que seria causada em caso de efetivação da conduta seria de quase quarenta mil reais, o que em muito foge aos limites de aplicação da insignificância até mesmo das lesões econômicas ao ente de maior poder econômico existente no país, qual seja, a União Federal.

A significância da lesão (nos termos do que descreveu a preambular acusatória) é a meu ver evidente, e, embora não pudesse causar abalo grave no patrimônio da vítima direta (banco de grande porte), afeta tanto os seus recursos (ainda que em pequena escala) quanto, e em maior medida, a credibilidade do sistema financeiro e da própria eficácia social das normas penais no seu aspecto preventivo geral, ou seja, do próprio sentimento social generalizado de ausência de efetividade da norma. Destaco não ser, a toda evidência, esse o intuito dos Magistrados que, ao procederem à aplicação do ordenamento em sede penal, fazem interpretações mais abrangentes quanto à extensão do princípio da insignificância. No entanto, é dever de todos os órgãos jurisdicionais, especialmente em sede recursal, atentar-se para todos os aspectos empíricos e normativos complexos que envolvem a noção de “insignificância penal” como manifestação do próprio sistema jurídico e limitação decorrente do respeito aos direitos fundamentais de todos os submetidos ao ordenamento brasileiro, em especial, o direito de liberdade. Isso significa, de um lado, ter em tela a possibilidade de aplicação de tal princípio; de outro, porém, examinar com cuidado seus limites, para que situações de efetiva lesão (real ou potencial), puníveis nos termos da legislação penal, sejam consideradas atípicas indevidamente.

Com essas considerações, também sob o prisma dos requisitos para incidência do princípio da insignificância a conduta imputada ao réu, em tese e nessa etapa de análise, não pode ser considerada como atípica.

Por derradeiro, consigno que não se está aqui de forma alguma a dizer que as condutas narradas na denúncia foram provadas. Para os fins de julgamento do pleito trazido no apelo ministerial, cumpre apenas avaliar se as condutas, na forma narrada na denúncia, são em tese típicas, e se há elementos mínimos a sustentar a *opinio delicti*.

Presentes tais requisitos, e ausentes outras causas de absolvição sumária, deve a decisão recorrida ser reformada, prosseguindo-se o feito nos termos da legislação processual penal, para fins de apuração concreta dos fatos narrados na inicial acusatória.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, no mérito, dou-lhe provimento, para, reformando integralmente a decisão que decretou a absolvição sumária do réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque, ratificar o recebimento parcial da denúncia de fls. 107/108 (nos termos da decisão de fls. 109/110v), e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem, para regular seguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000060-12.2013.4.03.6106
(2013.61.06.000060-7)

Apelante: LUCIANO MARCOS CREMONE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSE DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe de Processo: ACr 63047
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

EMENTA

PENAL. CRIMES DO ART. 29, § 1º, III E § 4º, I, DA LEI Nº 9.605/98 E DO ART. 296, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME CONTINUADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Foram identificadas anilhas violadas, com corte longitudinal a indicar que não pertenciam originariamente às aves que as carregavam, fato que era possível constatar mediante inspeção ocular, ainda que para a identificação de irregularidades em outras anilhas fosse preciso a utilização de um aparelho específico, o paquímetro.
2. O dolo das condutas exsurge das circunstâncias fáticas e da sua condição de criador de aves autorizado pelo IBAMA.
3. As condutas atingiram o meio ambiente e a fé pública, cuja relevância é penalmente protegida pelo Estado. Protege-se todo o ecossistema, gravemente atingido quando aves adultas são retiradas do seu *habitat* e criadas em cativeiro sem autorização.
4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação tão somente para afastar o aumento de pena referente à continuidade delitiva do crime do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Luciano Marcos contra a sentença que julgou procedente o pedido e o condenou a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial aberto, e a 15 (quinze) dias-multa no valor mínimo legal pelo delito do art. 29, § 1º, III e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 e 296, § 1º, I, e art. 70, ambos do Código Penal. a pena privativa

de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos (fls. 162/166 e 175).

A defesa apela com as seguintes razões:

- a) nada há de relevante nos depoimentos das testemunhas ouvidas durante a instrução processual;
- b) não há prova segura de que o réu tenha concorrido para a prática da infração penal;
- c) a conduta praticada pelo réu, de uso indevido de selo público (anilha), bem como de manter em cativeiro espécimes da fauna silvestre sem a devida autorização da autoridade competente, embora formalmente típica, não é dotada de antinormatividade numa concepção material da tipicidade penal;
- d) o acusado é pessoa simples, trabalhadora e com bons antecedentes;
- e) a fixação da pena é extremamente rigorosa e deve ser revista;
- f) requer a absolvição dada a falta de relevância penal da conduta (fls. 189/191).

Contrarrazões às fls. 210/213.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para que seja afastada a causa de aumento pela continuidade delitiva (fls. 219/227).

Feito sujeito à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Denúncia. Luciano Marcos Cremone foi denunciado pelo delito do art. 29, § 1º, III e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 e do art. 296, § 1º, I, do Código Penal, porque em 27.12.11, por volta das 10h30, recebeu policiais militares em sua residência, sendo constatado que mantinha em cativeiro diversos pássaros pertencentes à fauna silvestre nativa, sendo 3 (três) Canários da terra, 1 (uma) graúna, 3 (três) Trinca ferro, 1 (um) Tempera viola e 1 (um) Azulão, todos anilhados, além de dois canários sem anilhas de identificação.

Pela medição das anilhas, contactou-se que 8 (oito) dos 9 (nove) anilhamentos apresentavam irregularidades, sendo que o laudo pericial constatou que duas anilhas eram falsas e seis autênticas porém violadas ou adulteradas.

A espécie *Cyanocompsa* (vulgo Azulão) encontra-se na lista oficial de espécies ameaçadas de extinção, conforme laudo de fl. 48.

O acusado fez uso indevido de selo público (anilha), bem como manteve em cativeiro espécimes da fauna silvestre nativa sem a devida autorização da autoridade competente (fls. 74/76).

Materialidade. A materialidade restou provada com base no boletim de ocorrência e laudo de constatação (fls. 5/6), pelo auto de apreensão de oito anilhas (fl. 8) e pelo laudo pericial de fls. 30/35, conclusivo de que três anilhas eram autênticas, com vestígios de adulteração mecânica, duas anilhas eram autênticas mas foram violadas, duas anilhas eram falsas com vestígios de gravação manual e violadas e, por fim, que uma anilha era autêntica, com vestígios de adulteração mecânica, que também foi violada.

Autoria. A autoria restou provada.

Luciano Marcos Cremone foi condenado pelo delito do art. 29, § 1º, III e §4º, I, da Lei nº 9.605/98 e art. 296, § 1º, I, do Código Penal, c. c. o art. 70 do mesmo diploma legal, porque tinha em cativeiro espécimes da fauna silvestre, entre elas uma ave ameaçada de extinção, sem a devida autorização da autoridade competente, bem como porque fez uso de selo ou sinal público falsificado, tendo em vista as anilhas falsas apreendidas em sua residência e que marcavam os pássaros que criava.

Luciano disse na fase policial ser criador amador com registro no IBAMA havia cerca de três anos. Mencionou que tinha autorização para criar pássaros. Confirmou que os policiais lograram encontrar em sua casa oito pássaros que usavam anilhas adulteradas, sendo que um filhote estava sem anilha. Alegou que tentou várias vezes entrar no sistema SISPASS para adquirir anilha para o filhote, porém o sistema estava sempre fora do ar. Admitiu ser o proprietário das aves e alegou desconhecer a adulteração das peças, já que nunca pegara as aves com as mãos, tendo-as adquirido de diversas pessoas, cujos nomes não mais se lembrava. Assim, não sabia que as anilhas estavam violadas (fls. 58).

O réu não compareceu à audiência de instrução para ser interrogado, sendo decretada a revelia (fls. 137/140).

Os policiais militares ambientais que participaram da diligência prestaram depoimentos às fls. 138, 139.

O laudo pericial é esclarecedor acerca das características das anilhas, da forma e momento de sua colocação, bem como das violações encontradas nas 8 (oito) anilhas apreendidas.

As anilhas fornecidas pelo IBAMA apresentam inscrições alfanuméricas que identificam aves da fauna silvestre nascidas em cativeiro e mantidas em plantéis regularizados no Cadastro de Criadores de Passeriformes (SISPASS), o que permite ao IBAMA fiscalizar a criação, posse e comercialização dessas aves. As anilhas são colocadas na perna (tarso) dos filhotes entre 5 e 8 dias de vida (existe um diâmetro de anilha adequado para cada espécie de ave), não sendo mais possível colocá-las ou retirá-las após este tempo, sob o risco de causar lesões nos animais. Por se tratar de sinais identificadores públicos, a fabricação destas anilhas está sujeita a normas que determinam suas especificações como dimensões, limites de tolerância e qualidade das inscrições, sendo então possível identificar, por comparação, eventuais adulterações e falsificações.

(...)

As anilhas 4, 5, 6, 7 e 8 foram recebidas violadas, ou seja, com cortes longitudinais que permitiam sua abertura e fechamento. O Perito esclarece que as anilhas “IBAMA” são invioláveis, ou seja, sem cortes.

(...)

Foi constatado que as anilhas questionadas descritas nos itens 1, 2, 3, 5, 6 e 8 da tabela I apresentavam medidas divergentes, em especial as medidas do diâmetro interno. A tolerância máxima desta medida, informada pelo fabricante das anilhas oficiais, é de 0,10 mm. Por estar danificada, não foi possível realizar a medição dos diâmetros da anilha 7.

(...)

Na comparação entre as anilhas questionadas com a inscrição “IBAMA” e os padrões, constatou-se que a qualidade e o aspecto geral das inscrições estampadas nas anilhas questionadas descritas nos itens 5 e 6 não eram compatíveis, apresentando vestígios de gravação manual dos caracteres. As demais anilhas apresentaram aspecto geral das inscrições gravadas compatíveis com o padrão. (fls. 30/35)

Concluiu-se que as anilhas 1, 2 e 3 eram autênticas, com vestígios de adulteração mecânica de diâmetro, a anilha 4 era autêntica e violada, a anilha 5 era falsa, com vestígios de gravação

manual dos caracteres e violada, a anilha 6 era falsa, com vestígios de gravação manual dos caracteres e violada, a anilha 7 era autêntica e violada e a anilha 8 era autêntica, com vestígios de adulteração mecânica de diâmetro e violada (fl. 34).

A defesa não logrou fazer prova da alegação do réu de que desconhecia a adulteração da anilhas. Veja-se que Luciano admitiu ter aves em cativeiro havia três anos, autorizado pelo IBAMA, de modo que se presume que tenha acesso aos regulamentos administrativos básicos para a criação de aves da fauna silvestre, dentre deles o devido cadastro das aves por meio de suas anilhas.

Não é crível, ademais, que o réu tivesse adquirido aves sem saber de sua procedência e da regularidade de seus cadastros no IBAMA.

Consta do laudo que foram identificadas quatro anilhas violadas, vale dizer, com corte longitudinal a indicar que não pertenciam originariamente às aves que as carregavam, fato que era possível constatar mediante inspeção ocular, ainda que para a identificação de irregularidades em outras anilhas fosse necessária a utilização de um aparelho específico, o paquímetro.

Nesse sentido é o depoimento do Policial Militar Ambiental Jair Cirqueira, segundo o qual as adulterações podiam ser observadas a olho nu, principalmente por um criador de aves.

O dolo das condutas do réu exsurge das circunstâncias fáticas e da alegada condição de criador de aves autorizado pelo IBAMA.

Cabe acrescentar que foram encontradas duas aves sem a fixação de anilhas para sua identificação, cuja necessidade deve ser de conhecimento de um criado regulamentado a manter aves silvestres em cativeiro.

Não prospera a alegação da defesa a respeito da mínima ofensividade das condutas praticadas pelo réu, na medida em que atingiram o meio ambiente e a fé pública, cuja relevância é penalmente protegida pelo Estado. Não é razoável argumentar a falta de lesão das condutas tão somente pelo número de espécimes mantidas irregularmente em cativeiro. Protege-se em verdade todo o ecossistema, gravemente atingido quando aves adultas são retiradas do seu *habitat* natural e criadas em cativeiro, limitando a reprodução da espécie.

Assim, provadas a materialidade e a autoria delitiva, a manutenção da condenação é de rigor.

Dosimetria. Art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98.

O Juízo *a quo* considerou as circunstâncias judiciais favoráveis e fixou a pena no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção.

Reconheceu-se a causa de aumento do § 4º do art. 29 da Lei nº 9.605/98 (apreensão de uma ave cuja espécie é ameaçada de extinção) e majorou-se a pena em ½ (metade), para 9 (nove) meses de detenção.

Reconhecida a continuidade delitiva, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto) (prática de duas condutas), e totalizada em 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

A pena de multa foi fixada em 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal e fixado o regime aberto de cumprimento de pena.

Art. 296, § 1º, do Código Penal. O Juízo *a quo* considerou as circunstâncias judiciais favoráveis e fixou a pena no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, tornada definitiva à míngua de atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena.

Reconhecido o concurso formal de delitos, a pena deste, mais grave, foi majorada em 1/6 (um sexto), tornada definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A pena de multa foi proporcionalmente fixada em 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, no regime aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, bem como pela proibição de exercer a atividade de criador de passeriformes pelo tempo de cumprimento da sentença.

A defesa apela da dosimetria da pena e pleiteia sua fixação no mínimo legal, ao argumento de que é excessiva.

Assiste razão em parte.

As penas-base foram fixadas no mínimo legal e os demais aumentos de pena mostram-se razoáveis e devidamente fundamentados, à exceção da continuidade delitiva. Nesse particular, a sentença carece de fundamentação e tal reconhecimento deve ser afastado quanto ao primeiro delito, à razão de que não há elementos nos autos para se aferir o momento de suas práticas. Não se apresentam, assim, os requisitos legais para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Assim, fixo a pena do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 em 9 (nove) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa, que torno definitiva.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação tão somente para afastar o aumento de pena referente à continuidade delitiva do crime do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98. Mantenho, no mais, a respeitável sentença

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009460-19.2014.4.03.6105
(2014.61.05.009460-9)

Apelantes: RAFAEL FERREIRA DUARTE E DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 63400
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS MAJORADOS. ART. 157, *CAPUT* E § 2º, I E II DO CP. CONCURSO FORMAL. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, LEI Nº 10.826/2003. EMPREGO DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. INOCORRÊNCIA DE CRIME AUTÔNOMO. CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA. SÚMULA 444 DO STJ. ATENUANTE DA MENORIDADE PENAL. CONFISSÃO. SÚMULA 231 DO STJ. AFASTADA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DE DANOS (ART. 387, IV, CPP). AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Inicialmente, deixo de conhecer do recurso de apelação de RAFAEL, na parte tocante aos benefícios da justiça gratuita, eis que a benesse já fora deferida nos autos.
2. Ao contrário do quanto sustentado pela defesa do réu DIEGO, a ação penal mencionada não versa sobre os fatos apurados nesta ação penal, como está devidamente esclarecido na denúncia ofertada naqueles autos, a qual expressamente reconhece a existência deste processo, estando afastado, portanto, o alegado risco de *bis in idem*. A reunião dos processos não é imprescindível para o reconhecimento do crime continuado, sendo que a aplicação deste instituto deverá ser requerida ao Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno para sua análise, finda a instrução de ambos os feitos. Precedentes do STJ.
3. As materialidades dos crimes de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada são incontestes e restaram devidamente demonstradas nos autos.
4. O reconhecimento realizado pela testemunha foi bastante seguro, e a certeza absoluta apenas não foi exarada em razão do nervosismo no momento do assalto. No entanto, há que se considerar que a testemunha foi capaz de, ao ser confrontada com fotografias de dois indivíduos com características semelhantes, identificar o verdadeiro assaltante.
5. O reconhecimento realizado pelo funcionário dos Correios é corroborado pelas imagens da câmera de vigilância da agência onde ocorreu o assalto, principalmente em relação ao vestuário dos assaltantes e as roupas apreendidas em poder de DIEGO. Também milita contra RAFAEL o fato de que ele e DIEGO confraternizavam em um bar, juntamente com outros indivíduos, quando foram abordados pela Polícia Federal,

e que foi retirada de rede social uma fotografia na qual os dois estão juntos, indicando o vínculo de amizade.

6. Tendo a arma sido apreendida no mesmo contexto fático do crime de roubo, reputo que o crime do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, crime-meio, restou absorvido pelo crime de roubo majorado, crime-fim. Precedentes do STJ.

7. A valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.

8. Excluo, de ofício, a condenação dos acusados ao pagamento de quantia referente à reparação de danos. Não houve pedido da União, nem do Ministério Público Federal, bem como não foi oportunizado aos apelantes o direito de manifestarem-se acerca do tema, violando, assim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

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, conhecer em parte do recurso de RAFAEL FERREIRA DUARTE e, na parte conhecida, dar parcial provimento, para reduzir a pena-base imposta, perfazendo a pena definitiva de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 (quinze) dias-multa, e negar provimento ao recurso de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES. Afastada, de ofício, a condenação dos corréus pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Readequada, de ofício, a pena de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, para afastar violação ao Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena definitivamente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 13 (treze) dias-multa. Finalmente, afastada também de ofício a condenação dos coacusados à reparação de danos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. No mais, mantém-se a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de APELAÇÕES CRIMINAIS interpostas por RAFAEL FERREIRA DUARTE e DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES em face da sentença de fls. 416/423, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva veiculada na denúncia, para condenar os acusados como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, c/c o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 70 do Código Penal.

RAFAEL FERREIRA DUARTE foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 92 (noventa e dois) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES foi condenado à pena de 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 110 (cento e dez) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Observando o disposto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, o MM. Magistrado sentenciante fixou a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) como valor mínimo para a reparação dos danos causados à Caixa Econômica Federal.

Em suas razões de apelação, requer a defesa de RAFAEL FERREIRA DUARTE o que segue (fls. 439/447):

a) a absolvição do acusado, em razão da fragilidade das provas em relação à autoria delitiva;

b) subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta e a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena; e

c) a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Por sua vez, a defesa de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES afirma que na ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de Campinas/SP, o acusado está sendo processado pelos mesmos fatos pelos quais foi condenado neste processo. A defesa sustenta ainda que o acusado cometeu diversos crimes da mesma forma e meio de execução, em curto intervalo de tempo, caracterizando a continuidade delitiva entre todos os delitos cometidos contra os Correios, sendo necessária a reunião dos feitos para julgamento conjunto, a fim de se evitar uma dupla condenação (fls. 452/455).

Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 493/501.

Após, vieram os autos a este E. Tribunal, onde o Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se em parecer ministerial pelo parcial provimento do recurso de apelação interposto por RAFAEL FERREIRA DUARTE, a fim de que seja reduzida a pena imposta ao acusado, e pelo desprovimento do recurso de apelação interposto por DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES (fls. 535/539v).

É O RELATÓRIO.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Em complemento ao relatório já lançado às fls. 543 e verso, que ratifico nesta oportunidade, consigno que às fls. 548/558 foram juntados documentos pela Procuradoria Regional da República referentes a informações sobre o comparecimento de familiares do apelante Rafael Ferreira Duarte na agência dos Correios à procura do funcionário Paulo Sérgio dos Santos, testemunha nestes autos, conforme noticiado em relatório de ocorrência lavrado pela própria empresa e remetido à Delegacia de Polícia Federal.

Na mesma oportunidade, o órgão ministerial se manifestou ratificando o parecer antes oferecido pelo parcial provimento do recurso.

Intimada, a defesa do referido apelante deixou de se manifestar no prazo assinalado (fls. 560/561).

É o relatório complementar.

À douta revisão, ressaltando-se que o feito já está incluído na pauta de julgamentos de 07.12.2015 (cf. fl. 546).

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

1. Do caso dos autos.

RAFAEL FERREIRA DUARTE e DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES foram denunciados pela suposta prática dos delitos previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (duas vezes), e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, todos na forma dos artigos 29 e 69 do Estatuto Repressivo.

Narra a denúncia de fls. 72/74 o que segue:

(...) Os denunciados, agindo em comunhão de desígnios com outro indivíduo ainda não identificado, subtraíram, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, numerário da Agência dos Correios “Galleria Shopping”, em Campinas/SP. Na mesma oportunidade, subtraíram um relógio do funcionário dos Correios Paulo Sérgio dos Santos e portaram arma de fogo com numeração raspada.

Consta dos autos que, no dia 11 de setembro de 2014, por volta de 10h30min, os acoimados, juntamente com outro indivíduo de identidade até então ignorada, dirigiram-se até a Agência dos Correios localizada na Av. Carlos Grimaldi, 168, em Campinas/SP e, enquanto o criminoso ainda não identificado permaneceu dentro do carro aguardando os denunciados, estes entraram na agência com a finalidade de perpetrar o roubo.

No interior do estabelecimento, após anunciarem o assalto, DIEGO dirigiu-se até à tesouraria e, rendendo o funcionário Sílvio Marchesan Junior, subtraiu os valores que se encontravam no interior do cofre da agência. RAFAEL, por sua vez, permaneceu na área de atendimento, mantendo sob o seu domínio o funcionário Paulo Sérgio dos Santos e subtraindo o numerário que se encontrava no guichê de atendimento, bem como o relógio de pulso que ele portava. A seguir, fugiram do local levando o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em espécie, bem como um relógio prata, marca Atlantis, analógico, caixa quadrada, pertencente a Paulo. A Polícia Federal foi acionada e os agentes Alexandre Alexandris Coimbra, Fabrício Scarpelli e Vinícius de Moura Secundo dirigiram-se ao local, onde, após analisarem as imagens das câmeras de segurança e ouvirem os funcionários da agência, identificaram DIEGO como um dos roubadores.

Empreendidas diligências com vista à localização dos criminosos, os policiais federais abordaram DIEGO e indagaram-no acerca do roubo, oportunidade em que ele confessou a prática do crime e foi preso em flagrante delito.

Durante sua prisão, o primeiro denunciado indicou aos policiais uma residência, localizada na Rua Francisco Antonio da Silva, 107, bairro Santa Clara, em Hortolândia/SP, por ele utilizada para esconder objetos roubados. No local, os policiais encontraram diversos objetos produtos de crime, todos apreendidos às fls. 13/16, inclusive o relógio subtraído do funcionário Paulo durante a empreitada criminosa.

Em ação diversa, os acusados, conscientes e voluntariamente, portavam e transportavam um revólver calibre .38, marca Taurus, com numeração raspada, acompanhada de seis munições, sendo duas deflagradas (f. 13).

RAFAEL FERREIRA DUARTE foi reconhecido pela vítima Paulo Sérgio dos Santos como o roubador que perpetrou o delito com DIEGO (f. 44) (...)

O MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva veiculada

na denúncia, para condenar os acusados como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, c/c o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 70 do Código Penal.

2. *Inicialmente, deixo de conhecer do recurso de apelação de RAFAEL FERREIRA DUARTE, na parte tocante aos benefícios da justiça gratuita, eis que a benesse já fora deferida à fl. 422 verso.*

3. *Preliminarmente, consigo que, ao contrário do quanto sustentado pela defesa do réu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, a ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de Campinas/SP, não versa sobre os fatos apurados nesta ação penal, como está devidamente esclarecido na denúncia ofertada naqueles autos, a qual expressamente reconhece a existência deste processo visando à apuração do roubo ocorrido em 11/09/2014 na agência dos Correios Galeria Shopping, vide fl. 487, e não o inclui entre os fatos denunciados, estando afastado, portanto, o alegado risco de *bis in idem*.*

Outrossim, no tocante ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos desta ação penal e os demais delitos apurados na ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, reputo que a reunião dos processos não é imprescindível para o reconhecimento do crime continuado, sendo que a aplicação deste instituto deverá ser requerida ao Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno para sua análise, finda a instrução de ambos os feitos. Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. FURTOS PRATICADOS EM QUATRO CIDADES. TRÊS EM MINAS GÉRIAS E UM NO RIO DE JANEIRO.

CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODOS OS CRIMES. RECONHECIMENTO INDEVIDAMENTE ANTECIPADO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL APÓS COMPLETA INSTRUÇÃO DOS FEITOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS DENUNCIADOS. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA O CRIME PRATICADO EM ITAPERUNA/RJ.

- O reconhecimento antecipado da existência de continuidade delitiva entre os crimes praticados não é a melhor solução para o caso, uma vez que depende da análise detalhada dos autos, que somente poderá ser aferida de forma correta após a instrução do feito.

- Não estando totalmente afastada a controvérsia sobre a existência da continuidade delitiva, seja pela ausência dos requisitos objetivos necessários ao seu reconhecimento, seja pela possibilidade da caracterização de reiteração delitiva, circunstância que impede o reconhecimento da ficção legal, mostra-se prudente que essa análise seja postergada para um momento em que já concluída a instrução probatória relativa aos crimes praticados.

- Caso os denunciados venham a ser condenados pela prática de todos ou alguns dos crimes imputados na denúncia da Comarca de Mirai/MG e pelo furto cometido na Comarca de Itaperuna/RJ, *poderão requerer, em sede de execução, o reconhecimento da continuidade delitiva. Lá o Juiz das Execuções fará a análise do pedido, porém após a completa instrução dos processos, não restando qualquer prejuízo aos acusados.*

- Conflito positivo conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITAPERUNA - RJ, o suscitado, para processar e julgar o furto praticado no Estado do Rio de Janeiro.

(CC 122.545/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015)(grifamos)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AOS ARTS. 80 E 82, AMBOS DO CPP, E 71 DO CP.

REUNIÃO DE PROCESSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUES-

TIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282 E 356/STF. (II) - ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. (III) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Este Sodalício Superior sufragou entendimento no sentido de que “a reunião de processos em razão da conexão é uma faculdade do Juiz, conforme interpretação a contrario sensu do art. 80 do Código de Processo Penal que possibilita a separação de determinados processos”. (RHC 29.658/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 08/02/2012). *Também é assente neste Tribunal Superior o entendimento de que “a eventual existência de continuidade delitiva não torna imprescindível a reunião de ações que se encontram em fases distintas (...), questão que deve ser levada a deliberação do Juízo das Execuções”*. (AgRg no HC 250.683/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/11/2013) (...) (AgRg no AREsp 455.081/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)(grifos nossos)

Destarte, não se verificando as irregularidades processuais apontadas pela defesa, e cabendo ao Juízo das Execuções Penais deliberar acerca da continuidade delitiva em relação a fatos apurados em ações penais diversas e que se encontram em fases distintas, bem como ausentes outras preliminares a considerar, passo ao exame do mérito recursal.

4. Da materialidade e da autoria.

As materialidades dos crimes de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada são incontestes e restaram devidamente demonstradas nos autos através do Auto de Prisão em Flagrante Delito de DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES (fls. 02/09), Auto de Apreensão (fls. 13/16), Termos de Depoimento dos funcionários dos Correios (fls. 18/19), Laudo de Perícia Criminal Federal (Local de Crime) (fls. 167/172), Laudo de Perícia Criminal Federal (Balística e Caracterização Física de Materiais) (fls. 180/183), depoimento das testemunhas e interrogatório dos acusados em juízo (mídia à fl. 354).

Foi subtraída a quantia de aproximadamente R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) da agência dos Correios (fl. 08) e um relógio pertencente à vítima Paulo Sérgio dos Santos (fl. 45).

Paulo Sérgio dos Santos afirmou em juízo que os dois assaltantes portavam arma de fogo (mídia à fl. 354).

Uma das armas de fogo foi encontrada pelos policiais juntamente com diversos outros objetos, incluindo o relógio roubado, em residência utilizada pelo corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES para esconder objetos roubados (fls. 13/16). O laudo pericial de fls. 180/183 confirmou a aptidão do objeto para realizar disparos, bem como constatou que “o revólver examinado apresentava o número de série e origem suprimidos”.

O corréu DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES não se insurgiu em relação à autoria delitiva, a qual se encontra comprovada pelo reconhecimento em fase pré-processual (fls. 18/20) e novamente em juízo (mídia à fl. 354), bem como pelo Relatório Preliminar de Inteligência Policial de fls. 46/59 e pela Informação nº 011/2014 de fls. 173/179, sendo que o acusado confessou a prática do delito tanto em fase inquisitorial (fls. 08/09) como em interrogatório judicial (mídia à fl. 354).

Por outro lado, a defesa do corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE pugna pela absolvição do apelante, sustentando a insuficiência de provas em relação à autoria do crime imputado ao acusado. O pleito, entretanto, não prospera, tendo em vista o robusto conjunto probatório

constante dos autos.

Inicialmente, há que se considerar que no mesmo dia dos fatos, horas após o assalto, os acusados encontravam-se reunidos, juntamente com outros rapazes, quando foram abordados por policiais federais que diligenciavam à procura de DIEGO, reconhecido através de fotografias pela testemunha Silvio Marchesan Júnior, funcionário dos Correios.

O funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Paulo Sérgio dos Santos, reconheceu RAFAEL através de fotografias, durante a fase investigativa (fl. 44). Sílvia Marchesan Júnior não pode reconhecer o acusado, pois viu apenas um dos assaltantes, DIEGO (fl. 19 e oitiva da testemunha em juízo gravada em mídia à fl. 354).

O Relatório Preliminar de Inteligência Policial de fls. 46/59 relaciona uma fotografia retirada da Internet com imagens dos assaltos ocorridos em 11/08/2014 e 11/09/2014 na agência dos Correios Galeria Shopping, situada na Av. Carlos Grimaldi, nº 168. Na fotografia, RAFAEL está vestido com uma camisa polo amarela e bermuda, vestimenta muito semelhante à de um dos responsáveis pelo assalto no dia 11/08/2014, ocorrido exatamente um mês antes do assalto objeto da denúncia desta ação penal (fl. 49).

A Informação nº 011/2014, às fls. 173/179 evidencia as semelhanças entre a vestimenta utilizada por um dos assaltantes no dia 11/09/2014, e a camisa e o boné apreendidos após diligência policial em residência onde o coacusado DIEGO informou ser o local onde os objetos roubados encontravam-se guardados.

Em audiência judicial instrutória, a testemunha Paulo Sérgio dos Santos reconheceu o acusado “com 95% de certeza” (mídia à fl. 354). Ao ser ouvido em juízo, a testemunha asseverou que o assaltante que permaneceu ao seu lado (RAFAEL) segurava arma de fogo.

Interrogado em juízo (fl. 354), DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES confessou a prática do delito, mas afirmou que RAFAEL não estava envolvido no assalto, pois o seu comparsa chamava-se Caio. DIEGO asseverou que RAFAEL era apenas seu conhecido, pois frequentavam os mesmos lugares, inclusive o bar de fl. 174, mas não possuíam vínculo de amizade. A respeito da arma de fogo empregada no roubo, o acusado afirmou que era emprestada, e pertencia a um conhecido do bairro Jardim Mirante em Hortolândia/SP, Alexandre.

Em interrogatório judicial (fl. 354), RAFAEL FERREIRA DUARTE negou a autoria dos fatos narrados na denúncia e afirmou que conhecia DIEGO apenas de vista. O acusado afirmou que possuía uma camiseta igual àquela das imagens da câmera de vigilância dos Correios. Indagado acerca do que fazia na data dos fatos, o acusado afirmou que estava trabalhando com sua companheira, cuidando de cachorros em um *pet shop*.

Analisando o conjunto probatório dos autos, verifico que a defesa de RAFAEL não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que colocasse em dúvida o reconhecimento realizado tanto na fase inquisitorial como em juízo, ou mesmo que comprovasse a alegação do acusado de que no momento do assalto estava trabalhando junto com sua companheira em um *pet shop*.

Insta salientar, neste ponto, que o reconhecimento realizado pela testemunha Paulo Sérgio dos Santos foi bastante seguro, e a certeza absoluta apenas não foi exarada em razão do nervosismo no momento do assalto. No entanto, há que se considerar que a testemunha foi capaz de, ao ser confrontada com fotografias de dois indivíduos com características semelhantes, identificar o verdadeiro assaltante e comparsa de DIEGO, RAFAEL (fl. 44).

Outrossim, o reconhecimento realizado pelo funcionário dos Correios é corroborado pelas imagens da câmera de vigilância da agência onde ocorreu o assalto, principalmente em relação ao vestuário dos assaltantes e as roupas apreendidas em poder de DIEGO. Também

milita contra RAFAEL o fato de que ele e DIEGO confraternizavam em um bar, juntamente com outros indivíduos, quando foram abordados pela Polícia Federal, e que foi retirada de rede social uma fotografia na qual os dois estão juntos, indicando o vínculo de amizade.

Destarte, encontra-se devidamente comprovada nos autos a responsabilidade dos acusados pelos delitos apurados nesta ação penal.

Há que se reformar a sentença, entretanto, para reconhecer que o crime de porte de arma de fogo com numeração raspada restou absorvido pelo crime de roubo já qualificado pelo emprego de arma de fogo, bem como pelo concurso de agentes.

Isto porque não há nos autos informações que permitam concluir pelo porte ou posse da arma de fogo como crime autônomo, para além da sua utilização no roubo objeto desta ação penal, considerando, ademais, que a arma foi apreendida no mesmo dia em que ocorrido o assalto à agência dos Correios, juntamente com o relógio roubado de um dos funcionários da estatal, ainda em situação de flagrância.

Consigno, ademais, que a própria sentença reconhece que os delitos foram perpetrados mediante uma ação (fls. 420 e 421v, ao tratar do concurso de crimes), o que evidencia a necessidade de se reconhecer *ex officio* a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo de numeração raspada.

Logo, tendo a arma sido apreendida no mesmo contexto fático do crime de roubo, reputo que o crime do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, crime-meio, restou absorvido pelo crime de roubo majorado, crime-fim.

Colaciono, por fim, precedentes da Corte Superior sobre o tema:

HABEAS CORPUS. ROUBO PRATICADO COM O EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. 1. NULIDADE DA CITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. 2. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA A FORMA TENTADA. MATÉRIA DE PROVA. 3. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. DELITOS PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE. 4. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 443, DESTA CORTE. 5. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.

4. *In casu*, o instrumento do crime foi apreendido em momento distinto, mas, no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime de roubo, no qual empregou a arma. Seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas.

(...)

(HC 155.062/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 14/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA CON-

SUNÇÃO. CRIMES DE ROUBO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRATICADOS EM UM MESMO CONTEXTO. OCORRÊNCIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO- PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Tribunal *a quo*, com base no acervo fático-probatório, entendeu ser caso de incidência do princípio da consunção entre o delito de disparo de arma de fogo e o crime de roubo, visto que praticados em um mesmo contexto fático, fazendo incidir o óbice da Súmula/STJ a desconstituição de tal entendimento.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 277.430/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 02/09/2013)

Por todo o exposto, de rigor a manutenção da condenação dos corréus como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, restando, todavia, o crime do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 absorvido pelo roubo majorado.

Passo a verificar a dosimetria da pena.

5. Da dosimetria da pena.

5.1. Corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE.

5.1.1. Roubos majorados (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal)

A MM. Juíza de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em razão dos fundamentos que ora transcrevo, *in verbis*:

No que tange ao acusado RAFAEL HENRIQUE FERREIRA DUARTE, com relação à *culpabilidade*, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta típica e ilícita, ela encontra-se além dos limites fixados pelo tipo penal. Ressalto aqui o risco imposto pelo agente com sua conduta, porquanto este foi além das vítimas efetivamente atingidas, o que impõe uma exacerbação na pena-base a ser fixada.

Quanto aos *motivos*, não verifico nos autos elementos suficientes para valorá-los. O mesmo ocorre com relação à *personalidade* e ao *comportamento da vítima*. De modo que deixo de considerá-los.

Com relação às *circunstâncias* do crime, verifico ter o réu RAFAEL demonstrado especial ousadia ao apoiar e atuar em prol de conduta delitiva relativa ao roubo, em estabelecimento aberto ao público, em plena luz do dia. Além disso, verifica-se a perícia do agente, frente à rapidez com que executou seu intento e subtraiu o relógio de um dos funcionários da agência, dando ainda apoio a seu comparsa que subtraía valores maiores dos Correios. Tais elementos extrapolam os limites do tipo penal em comento.

Quanto aos *antecedentes*, não há elementos nos autos que nos autorizem a considerá-los.

No que tange à *conduta social*, verifico que a prática do delito de roubo contra os Correios não corresponde a um fato isolado na vida do corréu RAFAEL, tanto é que além do delito versado nestes autos, consta das fotos obtidas perante as gravações feitas pelo circuito interno de TV da agência, ter ele atuado em delito similar praticado na mesma agência, o que depõe contra o acusado.

No que toca às *consequências do delito*, reputo-as dentro dos limites do tipo penal incriminador, razão pela qual deixo de valorá-las.

Feitas estas considerações, na *primeira fase* de aplicação da pena, fixo a pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não se mostram inteiramente favoráveis. Desta forma, fixo-a em 06 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, nos termos do artigo 157, do Código Penal. - fl. 420v

Pleiteia o apelante a diminuição da reprimenda aplicada.

Analizando as circunstâncias judiciais consideradas negativamente, reputo que a valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.

Nesse sentido, vejamos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (negritei):

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI INABITUAL. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 3. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MAJORAÇÃO DA SANÇÃO. IMPROPRIEDADE. SÚMULA Nº 444 DO STJ. 4. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 5. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. Feitos em trâmite, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade ou a conduta social, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

(...)

(HC 296.603/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.

V – “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social (Precedente).

VI - As consequências do crime foram as normais à espécie. Portanto, não autorizam a exasperação da pena-base.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

(HC 288.402/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 18/11/2014)

Dessa forma, ainda que haja indícios de que o acusado havia realizado outro assalto contra os Correios, não havendo a respeito destes fatos decisão condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, a culpabilidade e as consequências do crime mostram-se graves para além do descrito no tipo penal, conforme fundamentado pelo juízo de primeiro grau.

Assim, subsistindo parcialmente as circunstâncias que justificaram a exasperação da pena-base, fixo a pena inicial em 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da menoridade penal, por ser o réu menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos. Destarte, atenuo a pena em 1/6 (um sexto), mesmo patamar aplicado na sentença, resultando a pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase de fixação da pena, presentes duas causas especiais de aumento de pena do crime de roubo, emprego de arma e concurso de agentes (incisos I e II do artigo 157, § 2º, do Código Penal), a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos).

Com efeito, verifico que a exasperação deve ser mantida, pois o concurso de agentes possibilitou aos acusados uma ação rápida, de poucos minutos, rendidos os dois funcionários dos Correios que se encontravam na agência no momento do assalto, sendo que a grave ameaça mostra-se exacerbada em razão do emprego de duas armas de fogo, bem como pelo fato de que DIEGO chegou a apontar a arma para a cabeça de Paulo Sérgio dos Santos (depoimento da testemunha à fl. 354).

Assim, fixo a pena definitivamente, para cada um dos delitos de roubo - um praticado em detrimento de valores da EBCT e outro consistente em subtração do relógio de Paulo Sérgio dos Santos, decorrentes da mesma situação fática -, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.

5.1.2. Concurso formal.

Em razão do concurso formal (artigo 70 do Código Penal), exaspero uma das penas, posto que idênticas, em 1/6 (um sexto), patamar estabelecido na sentença, restando a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado em sentença, consistente em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime inicial fechado, em observância ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais negativas, como já explanado na fixação da pena.

Verifico que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo certo, ademais, que, tendo em vista o *quantum* da condenação e a espécie de delito, não estão preenchidos os requisitos objetivos do inciso I do mesmo artigo 44 do Código Penal.

5.2. *Corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES.*

5.2.1. *Roubos majorados (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal)*

A MM. Juíza de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 8 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, em razão dos fundamentos que ora transcrevo, *in verbis*:

No que tange ao acusado DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, com relação à *culpabilidade*, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta típica e ilícita, ela encontra-se além dos limites fixados pelo tipo penal. Ressalto aqui o risco imposto pelo agente com sua conduta, porquanto este foi além das vítimas efetivamente atingidas, o que impõe uma exa-

cerbação na pena-base a ser fixada.

Quanto aos *motivos*, não verifico nos autos elementos suficientes para valorá-los. O mesmo ocorre com relação à *personalidade* e ao *comportamento da vítima*. De modo que deixo de considerá-los.

Com relação às *circunstâncias* do crime, verifico ter o réu DIEGO colocado em perigo um maior número de pessoas ao efetuar o roubo, em estabelecimento aberto ao público, em plena luz do dia, haja vista a presença de transeuntes. Além disso, verifica-se a perícia do agente, frente à rapidez com que executou seu intento, Tais elementos extrapolam o tipo penal em questão.

Quanto aos *antecedentes*, não há elementos nos autos que nos autorizem a considerá-los.

No que tange à conduta social, verifico que a prática de crimes contra o patrimônio tem sido um comportamento frequente na vida do agente, tanto é que além do delito versado nestes autos, ele assumiu ainda neste feito a prática de outros roubos contra agências dos Correios, sendo um deles em agência localizada em Elias Fausto e o outro contra a mesma agência versada nestes autos, há apenas um mês do ocorrido. Além disso, responde também pelo delito de receptação (fl. 21 dos autos de prisão em flagrante). Tais elementos depõem contra o acusado. No que toca às *consequências do delito*, reputo-as dentro dos limites do tipo penal incriminador, razão pela qual deixo de valorá-las.

Feitas estas considerações, na *primeira fase* de aplicação da pena, fixo a pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não se mostram inteiramente favoráveis. Desta forma, fixo-a em 08 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, nos termos do artigo 157, do Código Penal. - fl. 420v

Ressalto que a única insurgência da defesa do corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES em sede recursal refere-se à alegação de *bis in idem* por existência de processo conexo e pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, já analisada *supra* (item “3”). Não houve, portanto, irresignação em relação ao *quantum* de pena fixado.

Todavia, analisando as circunstâncias judiciais consideradas negativamente, reputo que a valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.

Nesse sentido, vejamos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (negritei):

PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI INABITUAL. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 3. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MAJORAÇÃO DA SANÇÃO. IMPROPRIEDADE. SÚMULA Nº 444 DO STJ. 4. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 5. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
(...)

4. Feitos em trâmite, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo nega-

tivo sobre a personalidade ou a conduta social, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

(...)

(HC 296.603/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanejar a elevação da reprimenda. IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.

V – “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social (Precedente).

VI - As consequências do crime foram as normais à espécie. Portanto, não autorizam a exasperação da pena-base.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

(HC 288.402/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 18/11/2014)

Dessa forma, ainda que haja indícios de que o acusado havia realizado outros assaltos contra os Correios, não havendo a respeito destes fatos decisão condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, a culpabilidade e as consequências do crime mostram-se graves para além do descrito no tipo penal, conforme fundamentado pelo juízo de primeiro grau.

Assim, subsistindo parcialmente as circunstâncias que justificaram a exasperação da pena-base, fixo a pena inicial em 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, em simetria à pena fixada ao corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE.

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da menoridade penal, por ser o réu menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, bem como a atenuante da confissão espontânea. Destarte, atenuo a pena em 1/4 (um quarto), mesmo patamar aplicado na sentença. Entretanto, em observância à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, fixo a pena no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase de fixação da pena, presentes duas causas especiais de aumento de pena do crime de roubo, emprego de arma e concurso de agentes (incisos I e II do artigo 157, § 2º, do Código Penal), a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos).

Com efeito, verifico que a exasperação deve ser mantida, pois o concurso de agentes possibilitou aos acusados uma ação rápida, de poucos minutos, rendidos os dois funcionários dos Correios que se encontravam na agência no momento do assalto, sendo que a grave ameaça mostra-se exacerbada em razão do emprego de duas armas de fogo, bem como pelo fato de

que DIEGO chegou a apontar a arma para a cabeça de Paulo Sérgio dos Santos (depoimento da testemunha à fl. 354).

Assim, fixo a pena definitivamente, para cada um dos delitos de roubo - um praticado em detrimento de valores da EBCT e outro consistente em subtração do relógio de Paulo Sérgio dos Santos, decorrentes da mesma situação fática -, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.

5.2.2. Concurso formal.

Em razão do concurso formal (artigo 70 do Código Penal), exaspero uma das penas, posto que idênticas, em 1/6 (um sexto), patamar estabelecido na sentença, restando a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado em sentença, consistente em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime inicial fechado, em observância ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais negativas, como já explanado na fixação da pena.

Verifico que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo certo, ademais, que, tendo em vista o *quantum* da condenação e a espécie de delito, não estão preenchidos os requisitos objetivos do inciso I do mesmo artigo 44 do Código Penal.

6. Da condenação à reparação de danos (art. 387, IV, CPP).

O MM. Juízo *a quo* fixou a quantia mínima de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos do artigo 387, IV, do CPP, a título de indenização pelos prejuízos sofridos em razão do roubo à agência dos Correios.

A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, dispõe:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

(...)

Ocorre que, para que esse valor possa ser fixado na sentença, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público. E, além disso, deve ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

Anoto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. *Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser*

oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (STJ - REsp: 1193083 RS 2010/0084224-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/08/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2013 - negritei).

Diante do exposto, entendo inaplicável ao caso a fixação da quantia, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo penal, eis que não houve pedido da União, nem do Ministério Público Federal, bem como não foi oportunizado aos apelantes o direito de manifestarem-se acerca do tema, violando, assim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, excludo, de ofício, a condenação dos acusados ao pagamento de quantia referente à reparação de danos.

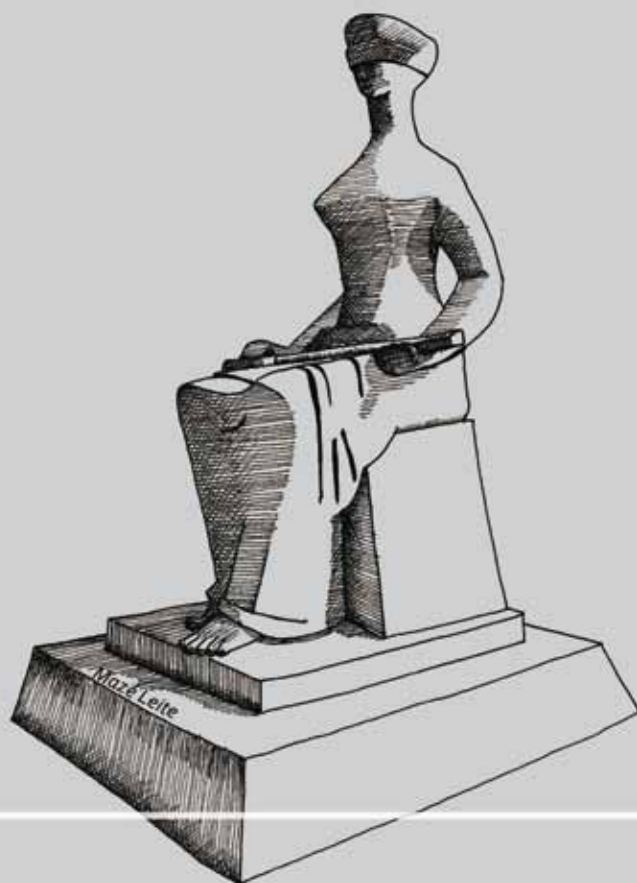
7. Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso de RAFAEL FERREIRA DUARTE e, na parte conhecida, dou parcial provimento, para reduzir a pena-base imposta, perfazendo a pena definitiva de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 (quinze) dias-multa, e nego provimento ao recurso de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES. Afasto, de ofício, a condenação dos corréus pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, posto que este delito encontra-se absorvido pelo crime do artigo 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Readequo, de ofício, a pena de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, para afastar violação ao Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena definitivamente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 13 (treze) dias-multa. Finalmente, afasto também de ofício a condenação dos coacusados à reparação de danos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. No mais, mantenho a r. sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0025004-54.2004.4.03.9999

(2004.03.99.025004-3)

Agravante: LADISLAU LUCIO FACIN

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 316/324

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARIRI - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe de Processo: ApelReex 955066

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONVERSÃO DE ATIVIDADE COMUM EM ESPECIAL. ART. 57, § 3º, DA Lei 8.213/91. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO ENTRE OS PERÍODOS DE ATIVIDADE COMUM E ESPECIAL. ART. 543-C DO CPC. RESP nº 1.310.034. INVIABILIDADE DE RETRATAÇÃO POR FALTA DE PRESSUPOSTO. JULGAMENTO MANTIDO.

1. O STJ, no REsp nº 1.310.034, firmou ser cabível a conversão de tempo comum em especial quando os requisitos para a aposentadoria são preenchidos na vigência dos diplomas legais que permitem a “conversão inversa”.

2. O Relator explicitou que as atividades exercidas pelo autor em condições especiais não foram alternadas com atividades comuns, incidindo no caso o disposto no § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91, vigente à época do requerimento administrativo, que somente permitia a conversão da atividade comum em especial, para fins de concessão de aposentadoria especial, quando a atividade comum estivesse intercalada entre períodos em que comprovadas condições especiais de trabalho.

3. O Acórdão paradigma trata da aplicação de legislação diversa daquela vigente à época do pedido de concessão do benefício, matéria diversa da que foi tratada no julgado.

4. Incabível a retratação do acórdão, mantido como proferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não considerar cabível o juízo de retratação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o reco-

reconhecimento das condições especiais de trabalho nos períodos que menciona, com a conversão da aposentadoria por tempo de serviço que o autor recebe desde 03/08/1992 em aposentadoria especial, uma vez que houve alternância entre a atividade comum e a especial. Assim, com a conversão inversa prevista em lei, somada ao tempo de atividade especial que ora pretende reconhecer, atinge os 25 anos necessários à concessão do benefício. Pleiteia, ainda, o reconhecimento do direito à revisão, uma vez que a autarquia procedeu à glosa dos salários de contribuição, não sendo respeitado o direito adquirido de retorno às classes anteriores, nos termos do art. 137, § 3º, do Decreto 89.312/84.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a conversão do benefício e o recálculo da renda mensal inicial, improcedente o pedido de aplicação do art. 137, § 3º, do Decreto 89.312/84.

Sentença submetida ao reexame necessário, prolatada em 13/08/2003.

O autor apelou, pedindo a procedência integral do pedido, trazendo razões pertinentes ao direito adquirido de retorno às classes anteriores, mesmo quando a aposentadoria é concedida quando modificada a legislação que permitia tal procedimento.

O INSS também apelou, alegando não estarem comprovadas as condições especiais de trabalho.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Em julgamento monocrático de fls. 316/324, nos termos do art. 557 do CPC, o Desembargador Federal Nelson Bernardes negou seguimento ao agravo retido e ao recurso do autor, e deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, para reconhecer as condições especiais de trabalho de 26/04/1960 a 19/10/1968 e de 04/08/1969 a 31/01/1985, com o que, somando-se os períodos, o autor alcança 23 anos, 11 meses e 22 dias de tempo de serviço, insuficientes à concessão da aposentadoria especial. Decidiu, ainda, que descabe a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, pois não houve alternância entre tempo de atividade comum e especial.

O autor agravou da decisão, alegando que o pedido não foi analisado segundo a legislação vigente à época da atividade. Alegou que o então Relator fundou a desconsideração do tempo de serviço comum no art. 64 do Decreto 2.172/97, sem observar que, à época do requerimento administrativo (1992), sequer existia tal Decreto no ordenamento jurídico.

O acórdão de fls. 347/349, desta Nona Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. Votei acompanhando o Relator.

Interposto recurso especial pelo autor, alegando ser o julgamento *extra petita*, pois a apelação do INSS não mencionou argumentos contrários à conversão do tempo comum em especial, restando consumada a preclusão. No mérito, alegou que, baseado o acórdão na redação da Lei 9.032/95, há afronta à legislação aplicável, ao princípio da irretroatividade das leis e ao direito adquirido. Sustentou a necessidade de reconhecimento do direito ao recálculo da RMI com base na classe maior dos salários de contribuição (10), conforme pediu em sua apelação.

Em razão do decidido no RESP nº 1.310.034, vieram os autos em obediência à disposição do art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Registro de início que os autos foram redistribuídos por força do disposto no Ato 12.522/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, edição 191/2014, em 21/10/2014.

Às fls. 347/349, a Turma Julgadora negou provimento ao agravo legal interposto contra a decisão monocrática, mantendo o entendimento de que, inexistindo alternância entre as atividades comuns e especiais, inviável a conversão da atividade comum em especial, para efeitos de concessão de aposentadoria especial, nos termos do art. 57, § 5º, da Lei 8.213/91, na redação da Lei 9.032/95, vigente à época da propositura da ação.

Cabe a análise da incidência da norma prevista no art. 543 -C, §7º, II e §8º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.672/08, tendo em vista o julgamento pelo STJ, nos termos da decisão de fls. 371/372:

Art. 543 -C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

II. serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do §7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

O paradigma indicado não se aplica porque se refere à lei aplicável à conversão entre tempos de serviço especial e comum (Tema 546), tema distinto do que se trata nestes autos .

Ementa do acórdão do RESP 1.310.034, paradigma indicado:

...

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.

2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

3. 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. Na mesma linha: Resp 1.151.652/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9.11.2009; REsp 270.551/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; Resp 28.876/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5.10.2011. [...]

(REsp 1310034 PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 24/10/2012, DJe 19/12/2012).

O Relator não fundamentou a impossibilidade de concessão da aposentadoria especial na impossibilidade da conversão de atividade comum, mas, sim, na ausência de alternância entre os tipos de atividade.

De fato, o autor trabalhou em atividades reconhecidas como especiais de forma *consecutiva*. As atividades comuns foram exercidas antes e depois dos períodos cuja especialidade foi confirmada nos autos.

A redação original do art. 57 da Lei 8.213/91 assim dispõe, em seu § 3º:

O tempo de serviço exercido *alternadamente* em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Portanto, o fundamento do indeferimento não foi a matéria tratada no recurso repetitivo paradigma indicado. O recurso repetitivo não trata da *alternância* das atividades comuns e especiais para efeitos de conversão e concessão de aposentadoria especial. O recurso repetitivo assentou ser cabível a conversão de tempo comum em especial quando os requisitos para a aposentadoria são preenchidos na vigência dos diplomas legais que autorizam a conversão pretendida.

E tal pressuposto não foi cumprido, nos termos da decisão agravada, uma vez que os períodos de atividades cuja conversão inversa o autor pretendia são anteriores e posteriores a todo o período em que teve reconhecidas as condições especiais de trabalho. Não houve alternância, no sentido de se executar uma atividade considerada especial por um período, seguindo de outro período de atividade comum e mais um pedido de atividade especial (a título exemplificativo).

O pressuposto de que parte o autor, de que houve a análise nos termos de legislação diferenciada daquela em que concedida a aposentadoria, não procede, uma vez que o Relator fundamentou seu convencimento na redação original do art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91.

Incabível, portanto, a retratação, mantendo-se o julgado tal como proferido.

Devolvam-se os autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência, para as providências que entender cabíveis.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0000996-44.2006.4.03.6183

(2006.61.83.000996-9)

Apelantes: GENERINO JOSÉ DE SOUZA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: ApelReex 1572367

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE PARA CONHECER COMO AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. PARCIAL REFORMA DO JULGADO. LABOR SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. TORNEIRO MECÂNICO. ENQUADRAMENTO. PARCIAL REFORMA.

- Recurso interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, do CPC. É de se aplicar, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal, de forma a admitir o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não se configura hipótese de erro grosseiro nem de má-fé.

- Nos termos do artigo do art. 557, “caput” e parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, cabe ao relator o julgamento monocrático do recurso, negando-lhe seguimento quando se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou para lhe dar provimento se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores.

- Inviabilidade do agravo legal quando constatada, de plano, a inviabilidade da pretensão recursal, mantidos os fundamentos de fato e de direito do julgamento monocrático, que bem aplicou o direito à espécie.

- A parte segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade vindicada aos interregnos de 02/05/79 a 22/11/80 e de 20/05/85 a 01/07/87, dada a comprovação do desempenho de atividade em condições insalubres pela juntada da cópia da CTPS (fls. 39-40) e formulários (fls. 21 e 29), de torneiro mecânico, mediante enquadramento pela categoria profissional.

- Há o implemento do tempo de labor total de 32 (trinta e dois) anos 05 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias, insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, dado o não preenchimento do requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.

- Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do

presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pela parte segurada, contra a decisão que não conheceu da remessa oficial, negou seguimento a seu apelo deu parcial provimento à apelação do INSS seu apelo, em sede de ação de concessão de benefício previdenciário (fls. 289-295).

Sustenta a parte recorrente a retificação da decisão guerreada, uma vez que, diversamente do que constou, a segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade aos lapsos de labor na profissão de torneiro mecânico e na função de meio oficial mecânico (fls. 302-339).

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

De início, consigne-se que o recurso foi interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, *caput*, do CPC. É de aplicar, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal, de forma a admitir o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não se configura hipótese de erro grosseiro nem de má-fé, até porque a parte autora apresentou sua irresignação dentro do prazo previsto para a interposição do recurso cabível.

De outro vórtice, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, proferi decisão monocrática terminativa, cujo teor transcrevo:

(...) DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

(...)

O período de carência é também requisito legal para obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, dispondo o artigo 25 do mesmo diploma legal, *in verbis*:(...)

O artigo 55 da Lei nº 8.213/91 determina que o cômputo do tempo de serviço para o fim de obtenção de benefício previdenciário se obtém mediante a comprovação da atividade laborativa vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, na forma estabelecida em Regulamento.

Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/98, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei nº 8.213/91, art. 52).

Após a EC nº 20/98, aquele que pretende se aposentar com proventos proporcionais deve cumprir as seguintes condições: estar filiado ao RGPS quando da entrada em vigor da referida Emenda; contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher; somar no mínimo 30 (trinta) anos, homem, e 25 (vinte e cinco)

anos, mulher, de tempo de serviço, e adicionar o pedágio de 40% (quarenta por cento) sobre o tempo faltante ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria integral.

Comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral, pelas regras anteriores à EC nº 20/98, se preenchido o requisito temporal antes da vigência da Emenda, ou pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se após a mencionada alteração constitucional (Lei nº 8.213/91, art. 53, I e II).

O art. 4º da EC nº 20/98 estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social (art. 55 da Lei nº 8.213/91).

Além do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado art. 25, II. Outra regra de caráter transitório veio expressa no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 destinada aos segurados já inscritos na Previdência Social na data da sua publicação. Determina o número de contribuições exigíveis, correspondente ao ano de implemento dos demais requisitos tempo de serviço ou idade.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

A jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, e após pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, conforme a seguir se verifica. Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

(...)

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

(...)

Até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico).

Entre 28/05/95 e 11/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.96, o dispositivo legal supratranscrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

(...)

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Por fim, ainda no que tange a comprovação da faina especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faina especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faina nocente:

(...)

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:

(...)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12: “É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período”.

Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28/05/98, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.11.

Observe-se, também, que a conversão do lapso de atividade sob condições especiais em tempo comum dar-se-á em conformidade à tabela do Decreto nº 3.048/99, artigo 70, por sua vez alterado pelo Decreto nº 4.827/2003, mediante a incidência do fator 1.40, diversamente de 1.20, como entende o INSS em sua irresignação recursal.

DO AGENTE NOCIVO RUÍDO

No que tange a caracterização da nocividade do labor em função da presença do agente agressivo ruído, faz-se necessária a análise quantitativa, sendo considerado prejudicial nível acima de 80 decibéis até 5.3.97 (edição do Decreto 2.172/97); de 90 dB, até 18.11.03 (edição do Decreto 4.882/03), quando houve uma atenuação, sendo que o índice passou a ser de 85 dB. Ainda que tenha havido atenuação pelo Decreto 4.882/03, não se aceita a retroatividade da norma mais benéfica. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

(...)

Também, no mesmo sentido, as Súmulas nº 32, da TNU, e nº 29, da AGU. (...)

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Quanto ao uso de equipamentos de proteção individual (EPIS), nas atividades desenvolvidas no presente feito, sua utilização não afasta a insalubridade. Ainda que minimize seus efeitos, não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 9 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual “O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o serviço especial prestado”.

DO EFETIVO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES ELENCADAS NA EXORDIAL

Cinge-se a controvérsia instaurada nos autos aos pretensos períodos de labor sob condições especiais que se pretende reconhecer (e converter em comum), somados aos lapsos considerados comuns.

Verifique-se os seguintes períodos de atividades laborativas descritas nos autos:

- na empresa Lanifício Santo Amaro S/A, de 01/08/76 a 20/01/79, quando submetido o segurado a ruído de 75 dB, quando laborava no setor de manutenção, o labor não é especial, conforme laudo técnico de fls. 25;
- na empresa Mecânica Ser-ser Ltda., de 02/05/79 a 22/11/80, quando laborada no setor de usinagem de peças, segundo formulário DSS-8030 (fls. 21), exposto a calor, ruído e poeiras metálicas. Sem a juntada de laudo técnico, não há como considerar o lapso especial;
- na empresa Lanifício Santo Amaro S/A, de 03/11/81 a 14/05/84, quando laborava no setor de manutenção; o labor não é especial, conforme laudo técnico de fls. 25;
- na empresa Zema Zselics Ltda, de 21/05/84 a 15/05/85, quando laborava no setor de usinagem como torneiro, exposto a ruído de 86 dB, conforme laudo técnico de fls. 27;
- na empresa Trol S/A Indústria e Comércio, de 20/05/85 a 01/07/87 (fls. 29), quando laborava no setor de usinagem, submetido a calor, ruído e poeiras metálicas, segundo formulário DSS-8030; sem a juntada do laudo técnico, não há como considerar o lapso especial;
- na empresa Bridgestone Firestone do Brasil Ind. Com. Ltda., de 25/04/88 a 31/09/99 e de 01/09/99 a 04/09/2000, quando laborava na oficina mecânica e na oficina de moldes, submetido a ruído de 94 dB, conforme laudo técnico (fls. 34-35). Esclareça-se que a especialidade, nesse lapso, logrou a devida comprovação somente até a data do laudo pericial, 04/09/2000. Nesse ensejo, nota-se que o requerente preencheu os requisitos necessários à convalidação de parte dos períodos pretendidos, restando afastados os laborados de 01/08/76 a 20/01/79 e de 20/05/85 a 01/07/87, como acima aludido, de modo que, somados aos períodos comuns, incontroversos, não faz jus o segurado ao benefício, dado que comprovados 31 (trinta e um) anos e 07 (sete) dias, insuficiente à aposentação, uma vez que não preenchido o requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.

Esclareça-se, ainda, que mesmo considerado o tempo total de labor pretendido na exordial, de 33 anos, 09 meses e 14 dias (fls. 03), com a comprovação de todos os períodos cuja especialidade o autor pretende reconhecer, não estaria satisfeito o requisito da idade mínima, na forma do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20/98, uma vez que a aplicação da norma constitucional permanente, que não exige o implemento de requisito etário, requer a comprovação mínima de 35 anos de contribuição.

Sem condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, por se tratar de parte beneficiária da gratuidade processual.

DISPOSITIVO

POSTO ISSO, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL E, COM FUNDAMENTO NO ART. 557, *CAPUT* E PARÁGRAFO 1º-A, DO CPC, NEGOU SEGUIMENTO AO APELO DA PARTE SEGURADA E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, A FIM DE AFASTAR O RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE DO PERÍODO DE 01/08/76 A 20/01/79, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem.(...) (fls.289-295).

Entendo que deve ser parcialmente retificada a decisão anteriormente proferida.

A parte segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade vindicada aos interregnos de 02/05/79 a 22/11/80 e de 20/05/85 a 01/07/87, dada a comprovação do desempenho de atividade em condições insalubres pela juntada da cópia da CTPS (fls. 39-40) e formulários (fls. 21 e 29), de torneiro mecânico, mediante enquadramento pela categoria profissional.

Nesse rumo, saliente-se que o Ministério Público do Trabalho considera insalubre a aludida atividade de torneiro mecânico, por analogia às atividades enquadradas no código 2.5.3 do Anexo II do Decreto nº 83.080/79, sendo que, verifica-se por meio da Circular nº 15, de 08/09/1994, do INSS, determinação do enquadramento das funções de ferramenteiro, torneiro mecânico, fresador e retificador de ferramentas, exercidas em indústrias metalúrgicas.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Regional:

PROCESSOCIVIL.AGRAVOPREVISTONO§1ºART.557DOC.P.C.CONVERSÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL EM COMUM ANTES DE 1980. POSSIBILIDADE. FATOR DE CONVERSÃO. ATIVIDADE ESPECIAL TORNEIRO MECÂNICO. ESMERILHADOR. CATEGORIA PROFISSIONAL.

I - No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, advento da Lei 9.528/97, independentemente da apresentação de laudo técnico, com base nas atividades previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, cujo rol é meramente exemplificativo.

II - Tendo o legislador estabelecido na Lei 3.807/60, critérios diferenciados de contagem de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria especial ao obreiro que esteve sujeito à condições prejudiciais de trabalho, feriria o princípio da isonomia negar o mesmo tratamento diferenciado àquele que em algum período de sua vida exerceu atividade classificada prejudicial à saúde, motivo pelo qual pode sofrer conversão de atividade especial em comum os períodos laborados anteriores a 1980.

III - Sendo o requerimento do benefício posterior à Lei 8.213/91, deve ser aplicado o fator de conversão de 1,40, mais favorável ao segurado do sexo masculino, entendimento este que acabou por ser expressamente acolhido pela legislação previdenciária, por força da edição do Decreto 4.827/2003 que dando nova redação ao art. 70 do Decreto 3.048/99, dispõe que as regras de conversão se aplicam ao trabalho prestado em qualquer período.

IV - Mantidos os termos da decisão que determinou a conversão de atividade especial em comum com base nos formulários de atividade especial SB-40, na função de torneiro mecânico por analogia à atividade de serralheiro em indústria metalúrgica, ressaltando-se, apenas, que, em sede administrativa, o INSS reconheceu a especialidade da categoria profissional de torneiro mecânico em diversos períodos, em razão da atividade desempenhada, por enquadramento previsto no código 2.5.3 do Decreto 83.080/79 “operações diversas - esmerilhadores”, ou seja, a própria autarquia-ré admite a similitude da função de torneiro mecânico e esmerilhador.

V - Agravo do INSS improvido.

(Processo nº 200261830032330, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Data da Publicação 02/12/2009);

Destarte, verifica-se que há o implemento do tempo de labor total de 32 (trinta e dois) anos 05 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias, ainda insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, dado o não preenchimento do requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.

No mais, o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

A decisão agravada abordou as demais questões suscitadas e orientou-se pela legislação aplicável à espécie; devidamente fundamentada, não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, PARA RECONHECER O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS NOS PERÍODOS DE 02/05/79 A 22/11/80 E DE 21/05/84 A 15/05/85, MANTIDA, NO MAIS, A R. DECISÃO RECORRIDA.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0004800-47.2008.4.03.9999

(2008.03.99.004800-4)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E JOSE GERALDO DA MATA VIEIRA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSE GERALDO DA MATA VIEIRA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE ITAPETININGA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe de Processo: AC 1275185

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA ESPECIAL.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. Verifica-se que os interregnos ainda controversos correspondem à atividade urbana, em condição especial, nos períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 18/03/1991 a 04/06/1993, 16/06/1993 a 19/07/1996, 14/08/1996 a 15/12/1998 e de 20/09/2002 a 15/03/2006.

3. Assim, devem ser considerados especiais os períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e 14/08/1996 a 15/12/1998, porquanto restou comprovada a exposição a ruído acima do limite permitido, conforme os documentos acostados nas fls. 21/23 e 26/28, enquadrando-se no código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, bem como no item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e no item 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99 c/c Decreto nº 4.882/03.

4. No entanto, os períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 16/06/1993 a 19/07/1996 e de 20/09/2002 a 15/03/2006 deverão ser considerados comuns, posto que a documentação apresentada pela parte autora não demonstra a sua condição insalubre, tendo em vista a legislação aplicável à época, salientando-se, no mais, que a prova testemunhal mostrou-se insuficiente para a caracterização da insalubridade nos referidos períodos.

5. Enfim, as atividades exercidas pela parte autora, de acordo com a legislação em vigor na época da prestação do serviço, autorizam a concessão de aposentadoria especial ao ser implementado o tempo mínimo de 25 (vinte e cinco) anos.

6. Em seguida, nota-se que o somatório de todos os períodos especiais mencionados não perfaz o mínimo de vinte e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e seguinte da Lei nº 8.213/91. A parte autora não faz jus, portanto, à concessão do benefício de aposentadoria especial.

7. O requerente não perfaz o tempo mínimo previsto em Lei (30 anos), nos termos do art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, bem como, considerando o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, não cumpriu o período adicional conforme o disposto no art. 9º, § 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da referida Emenda, não fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço.
8. Agravos legais desprovidos.

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 aos agravos legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravos legais interpostos pela parte autora e pelo INSS em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Em suas razões de inconformismo os agravantes postulam a reforma do julgado.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observe que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria especial.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para conceder o benefício de aposentadoria especial. Inconformado, apela o INSS, requerendo que a r. sentença seja reformada, julgando-se improcedente o pedido da parte autora. Subsidiariamente, pleiteia a reforma do julgado no tocante aos honorários advocatícios.

Após o decurso de prazo, subiram os autos a esta Corte.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O art. 557, “caput”, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido dispositivo processual. Preliminarmente, conheço da remessa oficial, tida por interposta, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito.

Inicialmente, entendo oportuno esclarecer os requisitos necessários para o reconhecimento de labor especial, bem como para a concessão do benefício pleiteado.

Quanto aos períodos laborados em condições insalubres, cumpre ressaltar que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais deverão obedecer ao disposto da legislação em vigor na época da prestação do serviço.

No tocante à caracterização como atividade especial, o Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003, que alterou o art. 70 do regulamento da Previdência Social, entrou em vigor em 04/09/2003, dispondo no seu parágrafo 1º que “a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço”.

Dessa forma, até a edição da Lei nº 9.032/95, em 29/04/95, deve-se levar em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, os quais admitem como meio de prova para a caracterização da condição especial da atividade exercida o registro em carteira da função expressamente considerada especial, sem prejuízo de outros meios de prova, ressaltando-se que os Decretos devem ser aplicados concomitantemente, não havendo que se falar em revogação do Decreto nº 53.831/64, quando da entrada em vigor do Decreto 83.080/79. A propósito, observe-se o disposto na seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégio Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão especial do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. *Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.* (grifo nosso)

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(STJ, RESP 412351/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, v.u., DJ 17/11/2003, pág. 355)

Após o referido diploma, passou a ser exigida a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos em caráter permanente. No entanto, tendo em vista que a Lei nº 9.032/95 não estabeleceu a forma pela qual deverá ser comprovada a exposição aos agentes agressivos, ressalto que esta poderá, por exemplo, dar-se através da apresentação do informativo SB-40 ou do DSS-8030, sem limitação dos demais possíveis meios de prova.

Somente com a edição do Decreto nº 2172, de 05/03/1997, regulamentando a Medida Provisória nº 1523/96, tornou-se exigível a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida, mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9528, de 10/12/1997.

Sendo assim, somente a partir de 10/12/1997, passou a ser exigida a apresentação de laudo técnico ou de formulário baseado em laudo técnico para fins de comprovação da atividade especial exercida.

Neste sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA EM QUE OS SERVIÇOS FORAM PRESTADOS. CONVERSÃO EM COMUM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. LEI 9.032/95 E DECRETO 2.172/97. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição a cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.

II - A exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos, estabelecida no § 4º do art. 57 e §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei 8.213/91, este na redação da Lei 9.732/98, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo se aplicada a situações pretéritas.

III - Até o advento da Lei 9.032/95, em 29-04-95, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta Norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 05-03-97, que regulamentou a MP 1523/96 (convertida na Lei 9.528/97), que passou a exigir o laudo técnico.

IV - O § 5º, do artigo 57 da Lei 8.213/91, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei 9.711/98, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial em comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da MP 1.663-10, em 28.05.98, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95.

V - Agravo interno desprovido.”

(STJ, AGRESP 493458/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU: 23/06/2003)

“PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - AFRONTA À LICC - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL ATÉ O ADVENTO DA LEI 9.528,

DE 10.12.97 - VERBA HONORÁRIA - SÚMULA 111/STJ.

(...)

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida em períodos compreendidos entre 01.03.73 a 31.08.75; 01.07.76 a 30.09.87 e 02.10.87 a 20.07.99, por força da Lei nº 9.528/97, a conversão é admissível somente até 10.12.97, por não estar sujeita à restrição legal. Por outro lado, o tempo de serviço especial exercido no período entre 11.12.97 a 20.7.99, não pode ser enquadrado como especial, dada a ausência de laudo pericial.

(...)

- Recurso parcialmente conhecido e nesta parte provido, para reconhecer a conversão do tempo de serviço especial em comum, somente nos períodos compreendidos entre 01.03.1973 a 31.08.75; 01.07.76 a 30.09.87 e 02.10.87 a 10.12.1997 e determinar a incidência dos honorários advocatícios sobre as parcelas vencidas, até a data da prolação da sentença monocrática, em consonância com a Súmula 111/STJ."

(STJ, Processo nº 200200350357, RESP nº 422616, 5ª T., Rel. Jorge Scartezzini, v. u., D: 02/03/2004, DJ: 24/05/2004, pág:00323)

Saliente-se, ainda, que o limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, conforme julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o RESP 1.398.260-PR, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), julgado em 14/05/2014.

Sendo assim, deve ser observado o limite de tolerância de 80 decibéis até a vigência do Decreto nº 2172/97, quando então passou a ser reconhecido o limite de ruído no nível de 90 decibéis, reduzido este, a partir do Decreto nº 4882/03, para 85 decibéis.

Outrossim, observo que a exigência legal de comprovação de exposição a agente insalubre de forma permanente, introduzida pela Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213, não pode ser aplicada retroativamente. Acrescente-se que a expressão tempo de trabalho permanente à qual se refere este parágrafo deve ser interpretada como o labor continuado, não eventual ou intermitente, de modo que não significa a exposição ininterrupta a agente insalubre durante toda a jornada de trabalho (STJ, REsp 658016/SC, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., D: 18/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 318; TRF da 2ª Região, Processo nº 200151015310890, AC 330073, 2ª T., Des. Fed. Messod Azulay Neto, v. u., D: 11/04/2006, DJU: 02/05/2006, pág.: 269; TRF da 4ª Região, APELREEX 200470000241760, 5ª T., Rel. João Batista Lazzari, v. u., D: 14/07/2009, D.E. 17/08/2009).

Acrescente-se que a utilização de equipamento de proteção individual (EPI) não descaracteriza a natureza especial da atividade exercida, posto que não elimina os agentes nocivos à saúde que atinge o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz os seus efeitos.

Neste sentido:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS LEGAIS. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. HIDRO-CARBONETOS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL NA DER. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO ATÉ AQUELA DATA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL NA DER. IMPOS-

SIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DAS REGRAS PREVISTAS NA EC 20/98. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. O uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Precedentes desta Corte. 2. Não há garantia de utilização do equipamento por todo o período, não obstante a menção no laudo técnico de fiscalização da empresa. Ressalte-se que o fornecimento de EPI tornou-se obrigatório apenas com a Lei 9.732/98. 3. A parte autora comprovou que exerceu atividade especial no período de 02/05/2000 a 10/11/2008, exposto ao fator de risco químico 'hidrocarbonetos, compostos de carbono', agente nocivo previsto no item 1.0.11 do anexo IV do Decreto 3.048/99, conforme PPP. 4. O tempo total de serviço/contribuição do autor, comprovado nos autos, incluindo os períodos de trabalho em atividade especial com o acréscimo da conversão em tempo comum, mais os demais períodos de contribuição reconhecidos no procedimento administrativo, contados até a DER, alcança 34 anos, 1 mês e 19 dias, sendo insuficiente para o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição. 5. Por ocasião da entrada do requerimento administrativo, o autor não preenchia os requisitos etário e tempo de serviço/contribuição, exigidos pelo Art. 9º, I, II e § 1º, da EC 20/98, para o benefício de aposentadoria na forma proporcional. 6. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada. 7. Agravos legais desprovidos."

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, Proc. nº 0000450-89.2012.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 20/01/2015)

Quanto à necessidade de prévio custeio, ressalto que inexistente vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58, da Lei nº 8.213/91, não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado, inexistindo, pois, violação aos artigos 195 e 201 da Constituição Federal. Ademais, a extemporaneidade dos documentos apresentados não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais, até porque como as condições do ambiente de trabalho tendem a aprimorar-se com a evolução tecnológica, supõe-se que em tempos pretéritos a situação era pior ou quando menos igual à constatada na data da elaboração, conforme já decidido por esta E. Corte, em voto de relatoria da MMª Juíza Rosana Pagano, proferido na AC 2002.61.20.003044-7, em 10-07-2008.

No tocante aos requisitos legais para concessão do benefício de aposentadoria especial, o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 (com a redação dada pela Lei nº 9.032/95) determina o cumprimento da carência exigida na referida Lei, e o trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a legislação.

Por sua vez, dispõe o artigo 66 do Decreto nº 3.048/99 que, se o segurado houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, considerada a atividade preponderante e os fatores de conversão que discrimina.

Passo, então, ao exame do presente caso.

De início, verifica-se que os interregnos ainda controversos correspondem à atividade urbana, em condição especial, nos períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 18/03/1991 a 04/06/1993, 16/06/1993 a 19/07/1996, 14/08/1996 a 15/12/1998 e de 20/09/2002 a 15/03/2006.

Assim, devem ser considerados especiais os períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e 14/08/1996 a 15/12/1998, porquanto restou comprovada a exposição a ruído acima do limite permitido, conforme os documentos acostados nas fls. 21/23 e 26/28, enquadrando-se no código 1.1.6

do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, bem como no item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e no item 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99 c/c Decreto nº 4.882/03.

No entanto, os períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 16/06/1993 a 19/07/1996 e de 20/09/2002 a 15/03/2006 deverão ser considerados comuns, posto que a documentação apresentada pela parte autora não demonstra a sua condição insalubre, tendo em vista a legislação aplicável à época, salientando-se, no mais, que a prova testemunhal mostrou-se insuficiente para a caracterização da insalubridade nos referidos períodos.

Enfim, observo que as atividades exercidas pela parte autora, de acordo com a legislação em vigor na época da prestação do serviço, autorizam a concessão de aposentadoria especial ao ser implementado o tempo mínimo de 25 (vinte e cinco) anos.

Em seguida, nota-se que o somatório de todos os períodos especiais mencionados não perfaz o mínimo de vinte e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e seguinte da Lei nº 8.213/91.

A parte autora não faz jus, portanto, à concessão do benefício de aposentadoria especial.

Por outro lado, o requerente não perfaz o tempo mínimo previsto em Lei (30 anos), nos termos do art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, bem como, considerando o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, não cumpriu o período adicional conforme o disposto no art. 9º, § 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da referida Emenda, não fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço.

Sendo os litigantes vencidos e vencedores concomitantemente, torna-se indevida a condenação nas verbas da sucumbência, conforme disposto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, *dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS*, para reconhecer o exercício de atividade urbana, em condição especial, somente nos períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e de 14/08/1996 a 15/12/1998, julgando improcedente os pedidos de concessão de aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de serviço.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AOS AGRAVOS LEGAIS.**

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0027667-97.2009.4.03.9999
(2009.03.99.027667-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VICENTE CARLOS DA FONSECA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BEBEDOURO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1442831
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543 -C, § 7º, II, DO CPC. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A PROVA DOCUMENTAL.

1. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência.
2. A comprovação do tempo de serviço, nos termos do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/1991, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.
3. Tendo em vista, o julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a admissão de tempo de serviço rural anterior à prova documental.
4. No caso em apreço, cabe o reconhecimento da atividade rural do período requerido (01.01.1966 a 31.12.1971) que, somados aos demais vínculos, *não* alcança o tempo de serviço necessário para a concessão do benefício pleiteado.
5. Agravo parcialmente provido, em juízo de retratação positiva, para reconhecer o exercício de atividade rural no período de 01.01.1966 a 31.12.1971.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *na forma do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, em juízo de retratação positiva, dar parcial provimento ao Agravo Legal da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de reexame previsto no art. 543 - C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, do v. acórdão (fls. 131/134v) que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora em face de decisão monocrática (fls. 106/114) que deu parcial provimento à

Remessa Oficial, tida por interposta, e à Apelação do INSS, para reconhecer o trabalho rural apenas no interregno de 31.12.1968 a 31.12.1971 e julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência (Lei nº 8.213/1991, art. 55, § 2º).

A comprovação do tempo de serviço, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado, nos termos do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/1991, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

O art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social, ou seja, nada obsta, em tais condições, a soma do tempo das atividades rural e urbana.

Aliás, a junção dos tempos de serviço relativos às atividades rural e urbana, na vigência da redação original do § 2º do art. 202 da Constituição Federal de 1988, já era admitida pela Corte Suprema, ao esclarecer que a aludida regra constitucional de contagem recíproca se restringe ao tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada (RE 148.510 SP, Min. Marco Aurélio).

Dito reconhecimento não demanda a prova de cobrança de contribuições do tempo de serviço rural, conforme jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA CONTAGEM DE APOSENTADORIA URBANA. RGPS. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESNECESSIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.

Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, a teor do disposto no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91. A Constituição Federal de 1988 instituiu a uniformidade e a equivalência entre os benefícios dos segurados urbanos e rurais, disciplinado pela Lei nº 8.213/91, garantindo-lhes o devido cômputo, com a ressalva de que, apenas nos casos de recolhimento de contribuições para regime de previdência diverso, haverá a necessária compensação financeira entre eles (art. 201, § 9º, CF/88). Embargos de divergência acolhidos. (REsp 610.865 RS, Min. Hélio Quaglia Barbosa; REsp 506.959 RS, Min. Laurita Vaz; REsp 616.789 RS, Min. Paulo Medina; REsp 434.837 MG, Min. Hamilton Carvalhido; REsp 616.789 RS, Min. Paulo Medina).

Cabe destacar, que o fato de evidenciar a prova o trabalho do menor, à época com doze (12) anos de idade, na companhia dos pais, em regime de economia familiar, em nada prejudica

a contagem desse tempo.

De todo razoável o seu cômputo, pois a autorização constitucional condicionada ao vínculo empregatício (EC 1/69, art. 165, X) se justificava no intuito de proteção do menor, o que está implícito no dever de educar dos pais nas famílias em que predomina a economia de subsistência.

De igual modo, se a atual Constituição veda o trabalho aos menores de 14 (catorze) anos o faz certamente em benefício deles; logo, em tais condições, descabe prejudicá-los deixando de computar o período de atividade rurícola desde a idade de doze (12) anos.

Aliás, constitui entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça que o exercício da atividade rural do menor, em regime de economia familiar, deve ser reconhecido para fins previdenciários, já que as normas proibitivas do trabalho do menor são editadas para protegê-los:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 14 ANOS. TEMPO DE SERVIÇO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. Comprovado o tempo de serviço da trabalhadora rural em regime de economia familiar, quando menor de 14 anos, impõe-se a contagem desse período para fins previdenciários. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (REsp 314.059 RS, Min. Paulo Gallotti; EREsp 329.269 RS, Min. Gilson Dipp; REsp 419.796 RS, Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 529.898 SC, Min. Laurita Vaz; REsp 331.568 RS, Min. Fernando Gonçalves; AGREsp 598.508 RS, Min. Hamilton Carvalhido; REsp. 361.142 SP, Min. Felix Fischer).

No caso dos autos, o autor requereu o reconhecimento de atividade rural no período de 01/01/1966 a 31/12/1971.

O conjunto probatório revela razoável início de prova material, mediante cópia de documento datado de 1968 (Certificado de Dispensa de Incorporação - fl. 10) em que o autor é qualificado como lavrador, sendo corroborada por prova testemunhal (fls. 61/62), consoante o enunciado da Súmula do C. STJ nº 149.

Tendo em vista, o julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a admissão de tempo de serviço rural anterior à prova documental, desde que corroborado por prova testemunhal idônea:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ).
3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo

de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil. (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, por maioria, julgado em 28.08.2013).

Comprovado se acha, portanto, o exercício da atividade rural no período requerido pelo autor de *01.01.1966 a 31.12.1971*, totalizando 06 anos e 01 dia de serviço rural.

Cumpra esclarecer, ainda, que o período de trabalho rural ora reconhecido não se presta para efeitos da carência para a aposentadoria por tempo de serviço.

Verifica-se que, quando da entrada em vigor das novas regras (16.12.1998) o autor não possuía direito às regras anteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998, pois, somando-se o período rural, ora reconhecido, aos períodos constantes da CTPS até 15.12.1998, apura-se o total de *28 anos, 08 meses e 29 dias*. Assim, de acordo com as regras de transição, o tempo faltante, já computado com seu respectivo acréscimo legal, corresponde a 30 anos e 06 meses, conforme cálculo de pedágio.

Com tais considerações, em juízo de retratação positiva, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, apenas para reconhecer a atividade rural no período de *01.01.1966 a 31.12.1971*, mantendo, no mais, a decisão agravada.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos do segurado, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata expedição de certidão de tempo de serviço, nos termos acima, com observância das disposições do art. 461 e §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil, facultando à Autarquia consignar na própria certidão a ausência de recolhimento de contribuições ou indenização para fins de contagem recíproca (TRF 3ª Região, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, Embargos Infringentes nº 2002.03.99.036699-1, julgado em 10.11.2011).

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002442-71.2010.4.03.6109

(2010.61.09.002442-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ANTONIO HELIO TREVISAN
Remetente: JUIZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: ApelReex 1774910
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUIZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO EPI.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *ARE n. 664.335*, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for *realmente capaz de neutralizar* a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a *real eficácia do EPI* para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a *ruído* acima dos limites de tolerância, a utilização do *EPI não afasta a nocividade do agente*.
2. O juízo de retratação delimitado pela Vice-Presidência refere-se à especialidade do trabalho desempenhado com exposição a *agente agressivo diverso do ruído*, com informação sobre *utilização eficaz do EPI*.
3. O acórdão proferido da Nona Turma desta Corte não destoa do julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, valorados os elementos de prova dos autos, verifica-se que, na hipótese, diante das circunstâncias da prestação laboral descritas no PPP, o equipamento de proteção individual (EPI) não é realmente capaz de neutralizar a nocividade do agente (químico).
4. O campo “*EPI Eficaz (S/N)*” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não *atenuação* dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere a *real eficácia* do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.
5. Decisão anterior mantida. Juízo de retração negativo (artigo 543-B do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no artigo 543-B, manter a decisão anterior, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de ação proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia a revisão de aposentadoria por tempo de contribuição, com reconhecimento de tempo especial.

Em julgamento colegiado, a Nona Turma deste Tribunal manteve a decisão monocrática anteriormente proferida, a qual deu parcial provimento à apelação autárquica e à remessa oficial, para: (i) conceder a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora (NB 150.210.234-7), e (ii) fixar os critérios de incidência dos consectários.

Em razão do decidido no ARE n. 664.335/SC, retornaram os autos a esta Turma, por determinação da E. Vice-Presidência deste Tribunal, em conformidade com o disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC, para apreciação de possível dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

É o breve e necessário relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

O C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for *realmente capaz de neutralizar a nocividade*, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a *real eficácia do EPI* para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a *ruído* acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI *não afasta a nocividade* do agente.

É o que se infere do julgado transcrito na decisão da E. Vice-Presidência: STF, Pleno, ARE n. 664.335/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 4/12/2014, DJe 12/2/2015.

No caso, entretanto, o acórdão da Nona Turma desta Corte não destoa do julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O juízo de retratação delimitado pela Vice-Presidência refere-se à especialidade do trabalho desempenhado com exposição a *agente agressivo diverso do ruído*, com informação sobre *utilização eficaz do EPI*.

Assim, a reanálise recai sobre os períodos de 1º/1/2004 a 31/12/2004 e de 1º/1/2006 a 28/2/2006, em que houve o enquadramento especial decorrente da exposição habitual e permanente do autor a *agentes químicos* (benzeno, tolueno e xileno).

Com efeito, valorados os elementos de prova dos autos, verifica-se que, na hipótese, diante das circunstâncias da prestação laboral descritas no PPP, o equipamento de proteção individual (EPI) *não é realmente capaz* de neutralizar a nocividade do agente.

Quanto a esse aspecto, sublinhe-se o fato de que o campo “EPI Eficaz (S/N)” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não *atenuação* dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere a real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B do CPC, *mantenho a decisão* desta Nona Turma e determino o retorno destes autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência para as providências cabíveis.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009830-92.2010.4.03.6119
(2010.61.19.009830-8)

Apelante: MARCO ANTONIO SANTNER
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 2117714
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

DECISÃO

Trata-se de ação que busca o *restabelecimento do auxílio-doença e posterior concessão de aposentadoria por invalidez* em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito pela *improcedência* do pedido (*fls. 209/210*).

Inconformada, a parte-autora apelou requerendo a reforma do julgado (*fls. 212/220*).

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ.

Inicialmente, rejeito a alegação preliminar arguida pelo réu em suas razões de apelação, concernente ao cerceamento de defesa por não ter sido analisado seu pedido de realização de nova perícia, tendo em vista que, nos termos do art. 130 do CPC, o Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção, de acordo com o seu livre convencimento.

Passo ao exame do feito.

Em vista da legislação vigente na data em que são reunidos os requisitos materiais e formais para a concessão de benefícios previdenciários, e para o que interessa a este feito, a aposentadoria por invalidez está prevista nos arts. 42 a 47, ao passo em que o auxílio-doença está contido nos arts. 59 a 63, todos da Lei 8.213/1991.

Por força desses preceitos normativos, a concessão da aposentadoria por invalidez depende, cumulativamente, da comprovação: a) da incapacidade total e permanente para o trabalho; b) de doença ou lesão posterior ao ingresso do requerente como segurado ou, se anterior, se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão; c) da carência de 12 contribuições (observadas as exceções legais), estando ou não a pessoa no gozo do auxílio-doença; d) da condição de segurado (obrigatório ou facultativo) da Previdência Pública do trabalhador no momento do surgimento da incapacidade.

Tanto quanto a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença é benefício previdenciário substitutivo do trabalho, motivo pelo qual ambos têm requisitos semelhantes. A diferença é que concessão de auxílio-doença se dá em casos nos quais o trabalhador pode ser recuperado ou readaptado (reabilitado) para o trabalho, e, por isso, a incapacidade laboral pode ser parcial e permanente ou total e temporária, perdurando enquanto houver doença incapacitante. Por

isso, é necessário flexibilizar a análise do pedido em ações judiciais a propósito desses temas, de modo que é possível conceder aposentadoria por invalidez se o pedido foi de auxílio-doença (com fundamento especialmente na celeridade e otimização da prestação jurisdicional que decorrem da duração razoável do processo) bem como é possível conceder auxílio-doença se requerida aposentadoria por invalidez (não só porque pelo argumento *a maiori, ad minus*, mas também pela economicidade e pela eficiência que orientam a atuação estatal), mesmo porque restam preservados a ampla defesa e o contraditório nessa flexibilização.

É verdade que haverá incapacidade total e permanente se o trabalhador for insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência segundo suas qualificações profissionais, idade e demais elementos que se inserem em seu contexto. Por tudo isso é essencial a realização de parecer ou perícia médica que viabilize a aferição, no caso concreto, de deficiência do trabalhador para atividades que possam prover seu sustento.

Diante do sistema solidário que deriva da construção jurídica da seguridade social brasileira, o cumprimento da carência e a condição de segurado são também requisitos relevantes, porque exibem o comprometimento do trabalhador com a manutenção financeira dos benefícios pecuniários pagos pelo INSS. Por isso, a incapacidade laborativa não pode existir antes do ingresso no sistema de seguridade, sob pena de ofensa tanto à solidariedade quanto à própria igualdade (na medida em que não só a necessidade pessoal deve mover o trabalhador a contribuir para as reservas que financiam o seguro social).

Embora exigindo em regra apenas 12 contribuições (art. 24 e art. 25, I, da Lei 8.213/1991), a carência por certo é dispensável nas hipóteses do art. 26, II, da mesma Lei 8.213/1991, que prevê inexistência em casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social (e suas atualizações), de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Até que seja elaborada a lista de doenças referidas, o art. 151 da Lei 8.213/1991 dispensa de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. O art. 11, VII, o art. 26, III, e o art. 39, I, todos da Lei 8.213/1991 também dispensam de carência aqueles que se caracterizam como segurados especiais nas formas de “pequenos produtores” ou “pescadores artesanais” ou que inserem no denominado “regime de economia familiar”.

Enquanto se verificar o trabalho e as contribuições, haverá condição de segurado do Regime Geral, exigência que estimula a permanência do trabalhador no sistema solidário da seguridade. Contudo, em regra, cessado o trabalho e as contribuições, há a perda da condição de segurado no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos previstos no art. 15 da Lei 8.213/1991. Antes disso se dá o chamado “período de graça” porque até então ficam mantidos a filiação e conseqüentes direitos perante a Previdência Social (note-se, por prazo indeterminado para quem está no gozo de benefícios conforme art. 15, I da Lei 8.213/1991), tudo extensível ao trabalhador doméstico por força do art. 63 da Lei Complementar 150/2015. É claro que será mantida a condição de segurado (mesmo além

dos prazos do art. 15 da Lei 8.213/1991) se houver demonstração clara de que a incapacidade laboral o impediu a continuidade ou o retorno tempestivo ao trabalho.

Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

A propósito das provas da carência e da condição de segurado, por certo servem para tanto a carteira de trabalho, carnês ou guias de recolhimento de contribuições previdenciárias e demais meios de prova, especialmente as indicações do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) mantido pelo próprio INSS (e, por isso, dotado de presunção relativa de veracidade e de validade). Contudo, o trabalhador (rural ou urbano) também poderá demonstrar esses elementos por prova testemunhal fortalecida por início de prova documental, com amparo na Súmula 149 do E.STJ.

Presentes os requisitos, em regra, o termo inicial do benefício é o momento no qual o mesmo é reclamado junto ao INSS pelas vias próprias, quais sejam, a data do requerimento administrativo (se houver) ou a data da citação (dos dois, a anterior), conforme decidido pelo E.STJ no RESP 1369165, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/02/2014, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Somente em casos de atraso na citação imputado ao Poder Judiciário é que aplica a Súmula 106 do E.STJ, quando a data da distribuição da ação judicial é o termo inicial. Dentre outros momentos que, por exceção, podem ser definidos como termo inicial estão a data da incapacidade (quando superveniente ao requerimento administrativo ou à citação/ajuizamento), caso no qual caberá ao laudo pericial a exata definição do momento a partir de sua análise concreta. É também pertinente também fixar a data da indevida cessação em caso de restabelecimento de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Importante observar que o termo inicial do benefício (momento no qual é concedido, independentemente da data do primeiro pagamento) é também referência para a definição dos critérios legais aplicáveis ao cálculo do benefício.

Após a concessão, há outra diferença relevante entre esses benefícios por incapacidade, uma vez que a aposentadoria por invalidez é paga por tempo indeterminado (por conta da permanente incapacidade, embora novos procedimentos científicos possam ensejar a recuperação da capacidade laboral) e o auxílio-doença pode ser pago por tempo indeterminado ou determinado (dependendo da incapacidade e possibilidade de recuperação ou readaptação do segurado). Por isso, esses benefícios permitem análises periódicas por parte das autoridades administrativas, bem como a delimitação temporal em certas circunstâncias do auxílio-doença.

No caso dos autos, foi requerido o restabelecimento de auxílio-doença até a recuperação da parte-autora ou até a concessão de aposentadoria por invalidez, a partir da cessação do benefício (15/01/2008). O ajuizamento da presente ação deu-se em 15/10/2010 (fls. 02), tendo sido efetivada a citação do réu em 14/02/2011 (fls. 86).

A sentença julgou improcedente o pedido, com base na conclusão médica pericial.

Apela a parte-autora, aduzindo preliminar de cerceamento de defesa, já analisada. No mérito, pugna pelo reconhecimento do período de incapacidade indicado pelo perito judicial (setembro de 2009), para fins de concessão do benefício previdenciário.

Com relação à carência e à condição de segurado, consoante pesquisa realizada no CNIS, há registro de diversas relações de trabalho entre 01/03/1984 e outubro de 2003, gozo de auxílio-doença nos períodos de 26/02/2004 a 20/05/2006, 28/06/2006 a 15/01/2008 e

06/02/2007 a 30/07/2007, além de contribuições vertidas na qualidade de empregado doméstico em agosto de 2007 e na qualidade de segurado facultativo de 01/08/2015 a 31/12/2015.

Contudo, realizada perícia na especialidade de Psiquiatria, cujo laudo foi elaborado em 01/06/2011 (fls. 119/125), ficou consignado que o requerente é portador de “Transtorno Depressivo Recorrente, atualmente em remissão com uso de medicamentos (CID 10 F33)”, não havendo incapacidade laboral atual sob o ponto de vista psiquiátrico. Por outro lado, indicou a existência de incapacidade no mês de setembro de 2009 (fls. 144).

Por sua vez, a perícia realizada em 27/09/2013 pela especialista em Neurologia constatou que o requerente é portador de epilepsia, porém tal moléstia não o incapacita para o exercício de suas atividades habituais, por estar controlada com medicação (fls. 176/181).

Observando o histórico da parte-autora, nota-se que ao tempo do primeiro laudo pericial estava prestes a completar 46 anos (porque nasceu em 09/06/1965, fls. 18), estudou até o ensino médio, tendo trabalhado como escriturário e auxiliar em estabelecimento bancário, recebedor de mercadorias em estabelecimento de comércio varejista e praticante junto à Ferrovia Paulista S/A (CTPS, fls. 20/21). Assim, os problemas de saúde apresentados pela parte-autora não impedem o seu trabalho regular.

Por isso, estão ausentes os requisitos para a concessão do benefício requerido.

Considerando que o feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita, quando vencida a parte-autora, não há condenação em sucumbência pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei 1.060/1950 torna a sentença um título judicial condicional (RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). Portanto, a parte-autora está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais nos termos da Lei 1.060/1950.

Do exposto, nos termos do art. 557, do CPC, NEGO PROVIMENTO à *apelação*.

Sem condenação em custas e honorários, respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001356-15.2013.4.03.6124

(2013.61.24.001356-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSÉ ROBERTO SCALON NOGUEIRA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA

Classe de Processo: AMS 354609

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. REJEITADA. SEGURADO JÁ APOSENTADO NO RPPS. REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DO TEMPO DE SERVIÇO NÃO UTILIZADO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NO REGIME PÚBLICO PARA FINS DE CONTAGEM RECÍPROCA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA JUNTO AO RGPS. ATIVIDADES CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE.

1. Ao contrário do afirmado pela Autarquia, não há necessidade de dilação probatória para se aferir a liquidez e certeza do direito invocado, o que autoriza a impetração do writ, não sendo o caso de indeferimento da inicial nos termos do artigo 10º da Lei nº 12.016/2009.
2. O impetrante é aposentado junto ao regime próprio de previdência em razão do exercício do cargo público de perito medico do INSS desde 29/09/2011.
3. Objetiva a averbação dos períodos trabalhados no regime celetista, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, que, embora concomitantes, não foram utilizados para fins de concessão do benefício no regime próprio.
4. O exercício de atividades concomitantes pelo segurado não é proibido por lei, sendo que a própria legislação previdenciária autoriza a cumulação de uma aposentadoria pelo regime estatutário e outra pelo regime geral, desde que não seja computado o mesmo tempo de serviço ou de contribuição em mais de um regime.
5. No caso analisado, não há qualquer indício de que houvesse incompatibilidade de horários entre as duas atividades exercidas pelo requerente (perito médico), tampouco a de que pretenda o uso no regime privado de tempo computado quando aposentou pelo regime próprio.
6. Possibilidade do INSS emitir certidão de tempo de serviço, para que o segurado da Previdência Social possa levar para o regime de previdência privado o período de tempo e de contribuição não utilizados para aposentadoria no regime próprio.
7. Preliminar rejeitada. Reexame necessário e apelação do INSS desprovidos.

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, rejeitar a preli-

minar e negar provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *José Roberto Scalón Nogueira*, alegando que é aposentado do cargo de médico perito previdenciário do INSS desde 28/09/2011, e requerendo a averbação do período concomitante em que esteve filiado ao Regime Geral de Previdência Social, e não computado para aposentadoria no regime próprio, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 180/181 opinando pela ausência de interesse público a justificar a sua intervenção no presente *writ*.

A r. sentença de fls. 183/192 concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada averbe e compute para fins previdenciários os períodos de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, bem como que o INSS observe, ainda, a concomitância entre alguns vínculos.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação alegando preliminar de inadequação da via eleita, ante a ausência de liquidez e certeza, além da necessidade de dilação probatória. No mérito, sustenta, em síntese, a impossibilidade da averbação do período requerido, uma vez que o impetrante estava vinculado a regime próprio de previdência. Alega, ainda, que o requerente não pode computar o mesmo tempo para obter duas aposentadorias, considerando a unidade de vínculos.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

A Ilustre Representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo desprovimento da apelação do INSS e do reexame necessário.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Objetiva o impetrante a averbação e contagem do tempo de serviço não utilizado para concessão de aposentadoria no regime próprio, para fins de obtenção de benefício junto ao Regime Geral de Previdência Social.

No que tange a preliminar arguida, tem-se que o mandado de segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado.

Analisando a questão posta nos autos, verifica-se que com a petição inicial o Impetrante juntou cópia do procedimento administrativo (fls. 16/100) contendo toda documentação necessária à análise do pedido. Assim, ao contrário do afirmado pela Autarquia, não há necessidade

de dilação probatória para se aferir a liquidez e certeza do direito invocado, o que autoriza a impetração do *writ*, não sendo o caso de indeferimento da inicial nos termos do artigo 10º da Lei nº 12.016/2009.

Rejeito, portanto, a arguição de carência da ação, por falta de interesse para agir.

Passo, pois, ao exame do mérito.

Alega o requerente fazer jus à expedição da certidão de averbação do tempo de serviço trabalhado como perito médico para fins de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, pois tal período, embora concomitante, não foi utilizado na concessão do benefício de aposentadoria no regime próprio.

Por sua vez, sustenta o INSS que o tempo trabalhado no regime celetista, como perito, exercido concomitantemente com o cargo público, já foi considerado na contagem para a concessão de aposentadoria no regime próprio. Alega, ainda, que para fins de contagem de tempo não importa o número de vínculos existentes ao mesmo tempo, mas sim o período efetivamente trabalhado. Sustenta, por fim, que o pedido do autor importa em computar tempo dobro.

A contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada é assegurada pela Constituição Federal (§ 2º do artigo 202) e pela Lei nº 8.213/91 (artigo 94, parágrafo único), devendo os diversos sistemas previdenciários envolvidos efetuar a compensação financeira pertinente.

Quanto à possibilidade de contagem recíproca do tempo de serviço exercido na atividade privada e no serviço público, assim dispõe a Lei de Benefícios da Previdência Social:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

I - não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais;

II - é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes;

III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

(...)

Reza o art. 12, § 2º, da Lei 8.213/91, que todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada no RGPS é segurado obrigatório e, portanto, deve recolher contribuições previdenciárias sobre a remuneração de cada uma delas.

Na concessão de benefício, o salário de benefício será o somatório integral dos respectivos salários de contribuição, quando satisfeitos os requisitos legais para a concessão de benefício em cada atividade, conforme dispõe art. 32, inciso I da Lei 8.213/91.

Quando o segurado houver preenchido os requisitos para a concessão de benefício em apenas uma das atividades, utiliza-se a média dos salários de contribuição de cada atividade, porém sobre a média das atividades nas quais não foram preenchidos os requisitos legais, aplica-se o percentual resultante da relação entre o número total de meses de contribuição do segurado nas atividades concomitantes e o número de meses de contribuição exigidos pela carência do benefício, ou o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício por tempo de serviço, nos termos do art. 32, incisos II e III da Lei 8.213/91.

O art. 96, II, da Lei 8.213/91 veda que seja contado duas vezes o mesmo período em virtude do exercício de atividades concomitantes na área privada e pública.

Na hipótese dos autos, o impetrante é aposentado junto ao regime próprio de previdência em razão do exercício do cargo público de perito médico do INSS desde 29/09/2011 (fls. 40, 44 e 74).

Com efeito, pelos documentos de fls. 40, 44/46 e 74, verifica-se que na concessão do benefício de aposentadoria concedido no regime próprio de previdência, em 28/09/2011, o demandante utilizou os seguintes períodos laborativos: 01/06/1978 a 30/11/1978, 03/01/1979 a 21/08/1979, 22/08/1979 a 01/05/1981, 16/10/1981 a 23/11/1982, 24/11/1982 a 02/10/1983, 03/10/1983 a 28/04/1995, 29/04/1995 a 07/05/1995 e de 08/05/1996 a 13/10/1996, além do período de 03/10/1983 a 28/09/2011, referente ao cargo de perito médico do INSS (37 anos, 11 meses e 15 dias).

Os demais períodos trabalhados no regime celetista, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, embora concomitantes, não foram utilizados para fins de concessão do benefício no regime próprio, nem ao menos as contribuições vertidas neste período foram utilizadas no cálculo do salário de benefício, a teor do disposto no artigo 32 da Lei nº 8.213/91.

Por outro lado, o exercício de atividades concomitantes pelo segurado não é proibido por lei (art. 37, XVI, c, da CF), sendo que a própria legislação previdenciária autoriza a cumulação de uma aposentadoria pelo regime estatutário e outra pelo regime geral, desde que não seja computado o mesmo tempo de serviço ou de contribuição em mais de um regime. No caso analisado, não há qualquer indício de que houvesse incompatibilidade de horários entre as duas atividades exercidas pelo requerente (dois cargos de profissional da saúde), tampouco a de que pretenda o uso no RGPS de tempo computado quando aposentou pelo regime próprio.

Assim, o tempo de serviço do impetrante como perito médico nos períodos requeridos, pode ser aproveitado no regime privado, devendo o INSS expedir a respectiva certidão do tempo de serviço, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO JÁ APOSENTADO NO SERVIÇO PÚBLICO COM UTILIZAÇÃO DA CONTAGEM RECÍPROCA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA JUNTO AO RGPS. TEMPO NÃO UTILIZADO NO INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. FRACIONAMENTO DE PERÍODO. POSSIBILIDADE. ART. 98 DA LEI Nº 8.213/91. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

1. *A norma previdenciária não cria óbice à percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, quando os tempos de serviços realizados em atividades concomitantes sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles.*

2. *O art. 98 da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado restritivamente, dentro da sua objetividade jurídica. A vedação contida em referido dispositivo surge com vistas à reafirmar a revogação da norma inserida na Lei nº 5.890/73, que permitia o acréscimo de percentual a quem ultrapassasse o tempo de serviço máximo, bem como para impedir a utilização do tempo excedente para qualquer efeito no âmbito da aposentadoria concedida.*

3. *É permitido ao INSS emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, possibilitando ao segurado da Previdência Social levar para o regime de previdência próprio dos servidores públicos apenas o montante de tempo de serviço que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado naquele regime. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado para qualquer efeito no RGPS. O tempo não utilizado, entretanto, valerá para efeitos previdenciários junto à Previdência Social.*

4. *Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 687.479/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 30.05.2005)*

Diante do exposto, REJEITO A PRELIMINAR E NEGÓ PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001257-41.2014.4.03.6114

(2014.61.14.001257-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: PEDRO ADEMIR BISSON

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe de Processo: AMS 353914

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2015

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE EM CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. CARÁTER ALIMENTAR. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no art. 557 do CPC, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta E. Corte.

2. É indevida a devolução dos valores recebidos pelo autor a título de cumulação dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria, pois tais verbas possuem natureza alimentar e foram recebidas de boa-fé, por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela.

3. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

4. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do CPC, deu parcial provimento à apelação do impetrante e negou seguimento

à remessa oficial e à apelação da Autarquia, para determinar a desnecessidade de devolução dos valores recebidos indevidamente a título de auxílio-acidente.

Aduz o INSS, em síntese, que a parte impetrante deve ser condenada à restituição das verbas recebidas indevidamente a título de auxílio-acidente em cumulação com aposentadoria. Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

À mesa, para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO – Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Não procede a insurgência da parte agravante.

A decisão agravada foi proferida em consonância com o artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o julgamento por decisão singular, amparada em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Assentado este entendimento colegiado, os integrantes desta Sétima Turma, com fundamento no artigo 557, do CPC, passaram a decidir monocraticamente os feitos desta natureza.

Cabe salientar também que, conforme entendimento pacífico desta E. Corte, não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

E não está a merecer reparos a decisão recorrida, a qual passo a transcrever, *in verbis*:

(...)

Com efeito, é indevida a devolução dos valores recebidos pelo autor a título de cumulação dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria, pois tais verbas possuem natureza alimentar e foram recebidas de boa-fé, por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO. BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Cumpre asseverar que não há nos autos informação da existência de tutela antecipada para recebimento do benefício previdenciário, conforme alegado pelo agravante.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade dos descontos, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, aplicando ao caso o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes. Súmula 83/STJ.

3. A decisão agravada, ao julgar a questão que decidiu de acordo com a interpretação sistemática da legislação, especialmente nos termos do art. 115 da Lei nº 8.112/91, apenas interpretou as normas, ou seja, de forma sistemática, não se subsumindo o caso à hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem que a questão tenha sido decidida pelo Plenário.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 432511/RN Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0380462-5 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 17/12/2013, Publicação/Fonte DJe 03/02/2014)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO AFASTADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-

FÉ PELA SEGURADA.

1 - Não há violação ao art. 130, § único da Lei nº 8.213/91, pois esse dispositivo exonera o beneficiário da previdência social de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada, não guardando, pois, exata congruência com a questão tratada nos autos.

2 - O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo pacífica perante esse Superior Tribunal de Justiça.

3 - Cabe ressaltar que, entendimento diverso desse implicaria afronta ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, que não agasalha a hipótese do credor dos alimentos vir a ser compelido a devolver as parcelas percebidas por força de decisão judicial.

4 - Não há falar em violação ao art. 115 da Lei nº 8.213/91, pois esse regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não agraciando os casos majorados por força de decisão judicial.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ; AgRg no REsp 1054163/RS; 6ª Turma; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 10.06.2008; DJe 30.06.2008).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. POSTULAÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIÇA SEÇÃO...

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, sedimentou o entendimento sobre o tema para assentar que, em se tratando de verba alimentar percebida por força de tutela antecipada, posteriormente revogada, aplicável a jurisprudência consagrada por este Tribunal, pautado pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

(...)”

(STJ; Edcl no REsp 996850/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 04.11.2008; DJe 24.11.2008).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, em razão do seu caráter alimentar, incidindo, na hipótese, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

2. Recurso especial conhecido e improvido”.

(STJ, REsp 446892, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, v.u, DJ 18.12.2006, p. 461)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, §1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO JUDICIAL REFORMADA. RESTITUIÇÃO DE VALORES. NATUREZA ALIMENTAR. PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS.

I - A restituição pretendida pelo INSS é indevida, porquanto as quantias auferidas pela autora tiveram como suporte decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nelas insertos, não restando caracterizada, assim, a má-fé da parte autora.

II - A decisão agravada não se descurou do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, porquanto, ante o conflito de princípios concernente às prestações futuras (vedação do enriquecimento sem causa X irrepetibilidade dos alimentos), há que se dar prevalência

à natureza alimentar das prestações, em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

III - Agravo do INSS desprovido (art. 557, §1º, do CPC).”

(TRF 3ª Região, AI nº 2010.03.00.034841-0, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 01.03.2011, DJF3 09.03.2011.)

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557, do CPC, *dou parcial provimento à apelação do impetrante e nego seguimento à remessa oficial à apelação do INSS*, nos termos da fundamentação. Não há honorários advocatícios em mandado de segurança (art. 25, da Lei nº 12.016/2009).

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Publique-se. Intime-se.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Impõe-se, por isso, a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002405-74.2014.4.03.6183

(2014.61.83.002405-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 102/104

Interessado: JOSÉ SANTIAGO PONTO GORJON

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe de Processo: ApelReex 2075098

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECADÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO. TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Verifica-se que o prazo decadencial da MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97, não incide na espécie, eis que não trata a presente ação de pedido de revisão da RMI, nos termos do Art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere à revisão de ato de concessão.

2. O entendimento firmado pelo E. STF, no julgamento do RE 564.354-9/SE, é no sentido de que o teto do salário-de-contribuição é elemento externo à estrutura jurídica dos benefícios previdenciários, de modo que a adequação aos novos limites das EC 20/98 e EC 41/03 importa em alteração da renda mensal do benefício, e não modificação do ato de concessão, restando afastada a prejudicial de decadência.

3. A questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos.

4. O benefício concedido no período denominado “buraco negro” também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emendas constitucionais. Precedente desta Turma.

5. Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitado ao teto máximo; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas ECs 20/98 e 41/03, respeitada a prescrição quinquenal e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

6. Agravo desprovido.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de agravo legal, contra decisão que, de ofício, reconheceu a prescrição quinquenal e negou seguimento à remessa oficial e à apelação, em pleito de revisão de benefício previdenciário mediante sua adequação aos tetos impostos pelas EC 20/98 e EC 41/03.

Sustenta o agravante, preliminarmente, que, nos termos da decisão do STF no RE 564.354/SE, a pretensão de revisão encontra-se coberta pela decadência.

Alega, no mérito, que o benefício da parte autora está situado no período denominado de buraco negro, não tendo direito à revisão do Art. 26, da Lei 8.870/94, e não sendo abrangido pela decisão proferida pelo STF no RE 564.354-9, uma vez que o julgamento esteve baseado única e exclusivamente nos benefícios contemplados pelas Leis 8.870/94 e 8.880/94, não abarcando DIB's situadas no período do buraco negro, nem mesmo DIB's anteriores à CF/88.

Requer, por fim, o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A decisão agravada (fls. 102/104) foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de remessa oficial e apelação nos autos em se objetiva a revisão de benefício previdenciário mediante sua adequação aos tetos impostos pelas EC 20/98 e EC 41/03.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar as diferenças, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, ambos pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013 do CJF. Os honorários foram fixados em 10%, nos termos da Súmula 111 do STJ. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apela o INSS, no mérito, pleiteando a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Por primeiro, é aplicável o disposto no § 3º, do Art. 475, do CPC, pois a sentença está fundamentada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, Assim, é inadmissível a remessa oficial.

Passo à análise da matéria de fundo.

O Art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91 estabeleceu como teto ao salário-de-benefício o limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.

O Art. 33 da mesma lei prevê também um limitador para a renda mensal, que não pode ter valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no Art. 45.

Após exaustiva discussão nos Tribunais Superiores pátrios, o Supremo Tribunal Federal fulminou a controvérsia acerca do limite legalmente imposto, decidindo por sua constitucionalidade. Nos anos de 1998 e 2003, o teto máximo de pagamento da Previdência foi alterado, respectivamente, pelas emendas Constitucionais nº 20/98 (Art. 14) e nº 41 /03 (Art. 5º).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito. É o que se vê no julgamento que segue:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDA S CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41 /2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. Necessidade DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da emenda Constitucional nº 41 /2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.”

(RE 564354, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011)

A divergência naquela E. Corte, manifestada no voto proferido pelo Exmo. Ministro Dias Tóffoli, entendia que o cálculo do benefício é ato único, não passível de recálculo mensal para adequação aos novos tetos, de modo que a parte excedente ao salário-de-benefício não poderia ser reincorporada quando das modificações dos tetos, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito.

Os Ministros que acompanharam a Exma. Relatora assentaram posicionamento no sentido de que o redutor é elemento externo ao cálculo do benefício, pelo que, sempre que o teto máximo de pagamento de benefícios for modificado, fará jus o segurado ao novo teto, considerando-se o cálculo originário, ou seja, as contribuições corrigidas do PBC.

Considerando que o benefício está sujeito, não apenas ao redutor quando do pagamento do benefício, mas também ao redutor quando da definição do SB (média dos salários-de-contribuição corrigidos), tem-se, pelo precedente do Excelso Pretório, que aqueles que tiveram o salário-de-benefício limitado pelo teto vigente na data da concessão do benefício são os destinatários do julgado em questão.

Esclareça-se, ademais, que há casos em que o INSS fez incidir o valor máximo do salário-de-contribuição da Previdência Social sobre as contribuições que integraram o período básico de cálculo, razão pela qual os segurados enquadrados nesta situação, também devem ser contemplados por aquele julgado.

Ressalte-se, portanto, que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários de contribuição. Não se trata de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos, ou seja, absorção do valor resultante do redutor pelos novos tetos.

O benefício concedido no período denominado “buraco negro” também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emenda s constitucionais.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDA S CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41 /2003. I - O E. STF, no julgamento do RE 564354/SE, entendeu ser possível a readequação dos benefícios aos novos tetos constitucionais previstos nas emenda s 20/98 e 41 /03, considerando o salário de benefício apurado à época da concessão administrativa. II - Considerando que no caso dos autos, o benefício da parte autora, concedido no período denominado ‘buraco negro’, foi limitado

ao teto máximo do salário-de-contribuição, o demandante faz jus às diferenças decorrentes da aplicação dos tetos das emendas 20 e 41, por meio da evolução de seus salários de benefícios pelos índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários. III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC).” TRF3, APELREEX - 0000616-45.2011.4.03.6183, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2013 Quanto à questão do benefício do autor superar ou não os tetos, há casos em que poderia resultar em prejuízo ao segurado, especialmente naquelas situações em que se está postulando revisão diversa em outro feito, o que permitiria a alteração do cálculo do salário-de-benefício. Diante disso, creio que assegurar a revisão ora pretendida, mesmo que na fase de execução não se encontre diferenças em favor do demandante, constitui a medida mais justa. Assim, ainda que, inicialmente, o segurado não tenha tido o benefício limitado pelo teto, tem direito à prestação jurisdicional que assegure a efetivação deste direito em vista da possibilidade de ter os seus salários-de-contribuição, integrantes do período básico de cálculo do benefício, majorados ou alterados por força de revisão administrativa ou judicial.

Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS de fl. 20, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitada ao teto máximo.

De rigor, portanto, a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas emendas Constitucionais nº 20/98 e 41 /2003, respeitada a prescrição quinquenal (Art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91) e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

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 e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e a data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

O percentual da verba honorária deve ser mantido (10%), porquanto fixado de acordo com os §§ 3º e 4º, do Art. 20, do CPC, e a base de cálculo deve ser fixada em conformidade com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

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.

Ante o exposto, de ofício, reconheço a prescrição quinquenal e, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à remessa oficial e à apelação, nos termos supra explicitados.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

In casu, verifica-se que o prazo decadencial da MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97, não incide na espécie, eis que não trata a presente ação de pedido de revisão da RMI, nos termos do Art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere à revisão de ato de concessão.

O entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do RE 564.354-9/SE é no sentido de que o teto do salário-de-contribuição é elemento externo à estrutura jurídica dos benefícios previdenciários, de modo que a adequação aos novos limites das EC 20/98 e EC 41/03 importa

em alteração da renda mensal do benefício, e não modificação do ato de concessão, restando afastada a prejudicial de decadência.

Ressalte-se que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos.

O benefício concedido no período denominado “buraco negro” também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emendas constitucionais.

Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS de fl. 20, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitado ao teto máximo; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas ECs 20/98 e 41/03, respeitada a prescrição quinquenal (Art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91) e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

Por fim, quanto ao prequestionamento da matéria para fins recursais, não há falar-se em afronta a dispositivos legais e constitucionais, porquanto o recurso foi analisado em todos os seus aspectos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0035268-81.2014.4.03.9999

(2014.03.99.035268-4)

Agravante: JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 112/117

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDREGULHO - SP

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe de Processo: AC 2018559

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - VIGIA. ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. PORTE. NATUREZA ESPECIAL. RECONHECIDA. AGRAVO PARCIAL PROVIDO.

I. A respeito da atividade de vigilante, em atenção à reforma legislativa realizada pela Lei nº 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante e afins como perigosa, com o adicional de 30%, em virtude da exposição da categoria a roubos ou outras espécies de violência, não fazendo menção a uso de armas, considero referida atividade como especial ainda que não haja a demonstração de porte de armas de fogo.

II. Reputa-se perigosa tal função por equiparação da categoria àquelas previstas no item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ainda que não tenha sido incluída pelos Decretos nº 83.090/79 e nº 89.312/84, cujos anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa.

III. Ressalte-se que essa presunção de periculosidade perdura mesmo após à vigência do Decreto nº 2.172/97, independentemente do laudo técnico a partir de então exigido. Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça.

III. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo legal da parte autora, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, ficando vencida a Desembargadora Federal Marisa Santos que negava provimento.

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN – Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo legal interposto pelo autor contra decisão monocrática (fls. 112/117) que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Sustenta que todas as atividades indicadas devem ser reconhecidas como especiais. Requer a retratação na forma do art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo legal interposto pelo autor contra decisão monocrática (fls. 112/117) que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Registro, de início, que “Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112).

As razões recursais apresentadas não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

A decisão agravada assentou:

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento da natureza especial das atividades indicadas às fls. 64/65, com a consequente concessão da aposentadoria especial ou da aposentadoria por tempo de contribuição.

O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento da aposentadoria por tempo de serviço, desde a citação - 06.08.2013, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação. Deferiu, ainda, a tutela antecipada.

Sentença proferida em 04.04.2014, não submetida ao reexame necessário.

O autor apela, requerendo a fixação do termo inicial na data do pedido administrativo.

O INSS apela, sustentando não haver prova da natureza especial das atividades reconhecidas e pede, em consequência, a reforma da sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Passo ao julgamento da causa aplicando o disposto no art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência dos Tribunais.

Tratando-se de sentença ilíquida, está sujeita ao reexame necessário, nos termos do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.101.727 (DJ 03.12.2009). Tenho por interposta a remessa oficial.

Disponha o art. 202, II, da CF, em sua redação original:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;”

Em obediência ao comando constitucional, editou-se a Lei nº 8.213, de 24.07.1991, cujos arts. 52 e seguintes forneceram o regramento legal sobre o benefício previdenciário aqui pleiteado, e segundo os quais restou afirmado ser devido ao segurado da Previdência Social que completar 25 anos de serviço, se mulher, ou 30 anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário-de-benefício para o máximo de 100%, caso completados 30 anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 anos, se do sexo masculino.

A tais requisitos, some-se o cumprimento da carência, acerca da qual previu o art. 25, II, da Lei nº 8.213/91 ser de 180 contribuições mensais no caso de aposentadoria por tempo de serviço. Tal norma, porém, restou excepcionada, em virtude do estabelecimento de uma regra de transição, posta pelo art. 142 da Lei nº 8.213/91, para o segurado urbano já inscrito na Previdência Social por ocasião da publicação do diploma legal em comento, a ser encerrada no ano de 2011, quando, somente então, serão exigidas as 180 contribuições a que alude o citado art. 25, II, da mesma Lei nº 8.213/91.

Oportuno anotar, ainda, a EC 20, de 15.12.1998, cujo art. 9º trouxe requisitos adicionais à concessão de aposentadoria por tempo de serviço:

“Art. 9º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta), se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.”

Ineficaz o dispositivo em questão desde a origem, por ausência de aplicabilidade prática, razão pela qual o próprio INSS reconheceu não serem exigíveis quer a idade mínima para a aposentação, em sua forma integral, quer o cumprimento do adicional de 20%, aos segurados já inscritos na Previdência Social em 16.12.1998. É o que se comprova dos termos postos pelo art. 109, I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.2005:

“Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o contido no § 2º, do art. 38 desta IN, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações:

I - aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:

a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher.”

A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo; tal entendimento visa não só amparar o próprio segurado

contra eventuais alterações desfavoráveis perpetradas pelo Instituto autárquico, mas tem também por meta, indubitavelmente, o princípio da segurança jurídica, representando uma garantia, ao órgão segurador, de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que expressamente prevista.

Realço, também, que a atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial, conforme já de há muito pacificado pelo extinto TFR na Súmula 198:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. DESNECESSIDADE. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA LEI COMPROVADO MEDIANTE LAUDO ESPECÍFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, consubstanciam instrumento processual apto a sanar omissão, obscuridade ou contradição, e corrigir eventual erro material.

2. Até a edição da Lei 9.032/95 (28/4/95), existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no anexo dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 tão-só pela atividade profissional, quando então passou a ser exigida a sua comprovação por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas até a data da publicação do Decreto 2.172/97. *In casu*, apesar da correta fundamentação, foi reconhecido, pela atividade profissional, o tempo de serviço até 5/3/97, verificando-se, dessa forma, a apontada contradição no voto do recurso especial.

4. A constatação do alegado vício, entretanto, em nada prejudica a conclusão alcançada pelo aresto ora embargado, uma vez que o restante do tempo considerado especial - entre 29/4/95 e 5/3/97 - foi devidamente comprovado mediante formulários emitidos pela empresa, na forma estabelecida pelo INSS.

5. Embargos de declaração acolhidos para suprir a contradição, sem a atribuição de efeitos infringentes.”

(EDcl REsp 415298/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 06.04.2009).

Posto isso, impõe-se verificar se cumpridas as exigências legais para a caracterização da natureza especial das atividades citadas na inicial.

Até o advento da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do citado Decreto nº 83.080/79 e Anexo do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto nº 357, de 07.12.1991, que “Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social” e pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21.07.1992, que “Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7.12.1991, e incorpora as alterações da legislação posterior”.

Com a edição da Lei 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, conforme a nova redação então atribuída ao § 4º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

“§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício”.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PERIGOSAS E INSALUBRES DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DECISÃO MANTIDA POR SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO.

1. A decisão está em sintonia com a orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, segundo a qual é direito do servidor público, ex-celetista, contar o tempo de serviço prestado em condições perigosas e insalubres de acordo com a legislação vigente à época de prestação do serviço.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg Resp 929774/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 31.03.2008).

Registro, por oportuno, ter sido editada a controversa Ordem de Serviço 600/98, alterada pela OS 612/98, estabelecendo certas exigências para a conversão do período especial em comum, quais sejam:

- a) a exigência de que o segurado tenha direito adquirido ao benefício até 28.05.1998, véspera da edição da Medida Provisória 1.663-10, de 28.05.1998;
- b) se o segurado tinha direito adquirido ao benefício até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95 -, seu tempo de serviço seria computado segundo a legislação anterior;
- c) se o segurado obteve direito ao benefício entre 29.04.1995 - Lei nº 9.032/95 - e 05.03.1997 - Decreto nº 2.172/97 -, ou mesmo após esta última data, seu tempo de serviço somente poderia ser considerado especial se atendidos dois requisitos: 1º) enquadramento da atividade na nova relação de agentes agressivos; e 2º) exigência de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos para todo o período, inclusive o anterior a 29.04.1995.

Em resumo, as ordens de serviço impugnadas estabeleceram o termo inicial para as exigências da nova legislação relativa ao tempo de serviço especial.

E com fundamento nesta norma infralegal é que o INSS passou a denegar o direito de conversão dos períodos de trabalho em condições especiais.

Ocorre que, com a edição do Decreto 4.827, de 03.09.2003, que deu nova redação ao art. 70 do Decreto 3.048 - Regulamento da Previdência Social -, de 06.05.1999, verificou-se substancial alteração do quadro legal referente à matéria posta a desate, não mais subsistindo, a partir de então, o entendimento posto nas ordens de serviço em referência.

Isso é o que se deduz da norma agora posta no citado art. 70 do Decreto nº 3.048/99:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período”. Importante realçar, no particular, ter a jurisprudência do STJ firmado orientação no sentido da viabilidade da conversão de tempo de serviço especial para comum, em relação à atividade prestada após 28.05.1998:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28 de maio de 1998. Precedentes desta 5ª Turma.

2. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo desprovido.”

(AgRg Resp 1087805/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23.03.2009).

Diga-se, ainda, ter sido editado o Decreto 4.882, de 18.11.2003, que “Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.0480, de 6 de maio de 1999”. A partir de então, restou alterado o conceito de “trabalho permanente”, com o abrandamento do rigor excessivo antes previsto para a hipótese, conforme a nova redação do art. 65 do Decreto 3.048/99:

“Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial”.

Para comprovar a natureza especial das atividades, o autor juntou cópias das CTPS (fls. 66/80) e primeira página de perfil profissiográfico previdenciário, supostamente emitido por Prefeitura Municipal de Jiquara, sem identificação do emissor ou assinatura (fls. 24). Nos períodos de 09.03.1973 a 04.06.1973 e de 23.02.1974 a 15.08.1975, o autor trabalhou como “operário”, e de 01.03.1976 a 28.06.1976, como “preseiro” na Algodoeira Centenário do Sul; de 09.11.1977 a 19.08.1981, o autor foi “manipulador de equipamentos e materiais” junto à Ford Brasil S/A.

Tais funções não estão enquadradas na legislação especial e não foram apresentados laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário para os períodos, o que impede o reconhecimento da sua natureza especial.

De 01.07.1983 a 22.01.1984, o autor foi “tratorista” junto a Circles Agropecuária S/A; de 06.12.1986 a 06.06.1987 foi “motorista” junto a Alfredo de Almeida; de 13.07.1987 a 26.01.1993 e a partir de 01.03.2000, sem data de saída, exerceu atividade de “motorista” junto à Prefeitura Municipal de Jiquara; de 14.07.1993 a 21.12.1993 foi “motorista” junto à Transportadora Arcazul Ltda.; e de 21.12.1995 a 10.01.1997 foi “motorista” junto à Empresa São José Ltda.

As atividades de “motorista de caminhão” e “motorista de ônibus” constam dos decretos legais e a sua natureza especial pode ser reconhecida apenas pelo enquadramento profissional até 05.03.1997, quando passou a ser obrigatória a apresentação do laudo técnico ou do perfil profissiográfico previdenciário.

Entretanto, nos vínculos de trabalho de 06.12.1986 a 06.06.1987 e de 14.07.1993 a 21.12.1993, o autor foi contratado como “motorista”, não sendo possível determinar se era motorista de caminhão, de ônibus ou de veículo de menor porte, o que impede o reconhecimento da natureza especial dessas atividades.

A função de “tratorista” pode ser equiparada à de motorista de caminhão e, assim, a natureza especial das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 pode ser reconhecida.

Considerando que a Empresa São José Ltda. cuida do transporte coletivo urbano, a natureza especial das atividades de 21.12.1995 a 10.01.1997, que se infere exercidas como motorista de ônibus, pode ser reconhecida.

Entretanto, as atividades junto à Prefeitura Municipal de Jiquara não podem ser consideradas especiais, visto que não foram exercidas como motorista de ônibus ou de caminhão, havendo anotação na CTPS de que era “motorista de gabinete” (fls. 75).

O PPP incompleto juntado às fls. 24 não pode ser admitido, pois, além de se referir a atividades exercidas a partir de 01.03.2000, é documento apócrifo e não conta com indicação de profissional responsável pelos registros ambientais.

Em relação à atividade de guarda, vigia ou vigilante, a partir da Lei 7.102/83, passou-se a exigir a prévia habilitação técnica do profissional, como condição para o regular exercício da atividade, especialmente para o uso de arma de fogo, e para serviços prestados em estabelecimentos financeiros ou em empresas especializadas na prestação de serviços de vigilância ou de transporte de valores:

“Art. 15. Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do *caput* e §§ 2º, 3º e 4º do art. 10. (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

- I - ser brasileiro;
- II - ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;
- III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;
- IV - ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei. (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994, sendo que a exigência já constava da redação original);
- V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;
- VI - não ter antecedentes criminais registrados; e
- VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.

Parágrafo único - O requisito previsto no inciso III deste artigo não se aplica aos vigilantes admitidos até a publicação da presente Lei

Art. 17. O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro no Departamento de Polícia Federal, que se fará após a apresentação dos documentos comprobatórios das situações enumeradas no art. 16. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.184, de 2001).

Art. 18 - O vigilante usará uniforme somente quando em efetivo serviço.

Art. 19 - É assegurado ao vigilante:

- I - uniforme especial às expensas da empresa a que se vincular;
- II - porte de arma, quando em serviço;
- III - prisão especial por ato decorrente do serviço;
- IV - seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora”.

Com a nova exigência instituída pela Lei 7.102/83, o enquadramento pela atividade profissional somente é possível se cumpridos os requisitos para o exercício da função, nos termos ali estipulados, especialmente nos casos em que o segurado não exerce suas funções em empresas ligadas à área de segurança patrimonial ou pessoal.

Apenas após a vigência da Lei 7.102/83, o porte de arma de fogo é elemento essencial para a configuração da atividade especial.

Acrescento recente julgado do TRT da 3ª Região (Minas Gerais):

“EMENTA: VIGIA E VIGILANTE. DIFERENCIAÇÃO.

A função do vigilante se destina precipuamente a resguardar a vida e o patrimônio das pessoas, exigindo porte de arma e requisitos de treinamento específicos, nos termos da lei nº 7.102/83, com as alterações introduzidas pela lei nº 8.863/94, exercendo função parapolicial. Não pode ser confundida com as atividades de um simples vigia ou porteiro, as quais se destinam à proteção do patrimônio, com tarefas de fiscalização local. O vigilante é aquele empregado contratado por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviços de vigilância e transporte de valores, o que não se coaduna com a descrição das atividades exercidas pelo autor, ou seja, de vigia desarmado, que trabalhava zelando pela segurança da reclamada de forma mais branda, não sendo necessário o porte e o manejo de arma para se safar de situações emergenciais de violência.”

(TRT 3ª Região, Proc. 00329-45.2014.5.03.0185, Rel. Juíza Fed. Convocada Rosemary de Oliveira Pires, p. 14.07.2014).

No caso dos autos, não foi comprovada a devida habilitação profissional, exigida a partir de 21.06.1983, como condição para o regular exercício da atividade de vigilante, e não há informação de que o autor portava arma de fogo no exercício de suas atividades, inviabilizando o reconhecimento das condições especiais do período de 16.07.1984 a 29.08.1985.

Conforme tabela anexa, até a edição da EC-20, o autor tem 19 anos, 1 mês e 18 dias, tempo insuficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mesmo na forma proporcional.

O autor se enquadra nas regras de transição, e deve comprovar mais 15 anos e 3 meses para ter direito ao benefício.

Até o ajuizamento da ação - 12.07.2013, conta o autor com mais 13 anos, 4 meses e 12 dias,

insuficientes para o deferimento da aposentadoria por tempo de serviço.

DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS para reformar a sentença, reconhecer a natureza especial apenas das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 e de 21.12.1995 a 10.01.1997 e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço, cassando a tutela concedida. PREJUDICADA a apelação do autor. Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

Oficie-se ao INSS para o imediato cumprimento desta decisão.

Int.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no §1º - A do art. 557 do CPC, visto que segue jurisprudência dominante do STJ e demais Tribunais.

Com vistas a essa orientação, não há qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora.

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN:

Trata-se de agravo legal interposto pela parte Autora em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, § 1º do CPC, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

A e. Relatora, em seu voto, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, reconhecendo a natureza especial apenas das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 e de 21.12.1995 a 10.01.1997.

Em suas razões recursais, sustenta a parte autora, que todas as atividades devem ser reconhecidas como especiais.

Com a data máxima vênua da e. Relatora, ousou divergir de seu voto tão somente em relação ao período de trabalho exercido pela parte autora como vigia, ou seja, de 16.07.1984 a 29.08.1985.

A respeito da atividade de vigilante, em atenção à reforma legislativa realizada pela Lei nº 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante e afins como perigosa, com o adicional de 30%, em virtude da exposição da categoria a roubos ou outras espécies de violência, não fazendo menção a uso de armas, considero referida atividade como especial ainda que não haja a demonstração de porte de armas de fogo.

Ademais, reputa-se perigosa tal função por equiparação da categoria àquelas previstas no item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ainda que não tenha sido incluída pelos Decretos nº 83.090/79 e nº 89.312/84, cujos anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa.

Ressalte-se que essa presunção de periculosidade perdura mesmo após à vigência do Decreto nº 2.172/97, independentemente do laudo técnico a partir de então exigido, consoante a orientação jurisprudencial do C. Superior Tribunal Justiça (6ª Turma, RESP nº 441469, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/02/2003, DJU 10/03/2003, p. 338).

Aliás, a despeito da necessidade de se comprovar esse trabalho especial mediante estudo técnico ou perfil profissiográfico, entendo que tal exigência não se mostra adequada aos ditames da Seguridade Social, pois, ao contrário das demais atividades profissionais expostas a agentes nocivos, o laudo pericial resulta inviável no caso dos vigias, na medida em que a avaliação do grau de periculosidade se dá no mesmo âmbito da presunção adotada pelo enquadramento no Decreto nº 53.831/64, vale dizer, somente seria possível avaliar a efetiva exposição de risco numa situação real de defesa ao patrimônio tutelado, justamente o que se procura prevenir com contratação dos profissionais da área da segurança privada.

A propósito da continuidade das circunstâncias de perigo a que exposto o segurado, bem decidiu este E. Tribunal que “Diferentemente do que ocorre com a insalubridade, na qual ganha importância o tempo, por seu efeito cumulativo, em se tratando de atividade perigosa, sua caracterização independe da exposição do trabalhador durante toda a jornada, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte, justificando o enquadramento especial, não havendo que se falar em intermitência, uma vez que o autor exerce a função de vigia durante toda a jornada de trabalho, assim sendo, a exposição ao risco é inerente à sua atividade profissional” (10ª Turma, AC nº 2007.03.99.038553-3, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 23/06/2009, DJF3 01/07/2009, p. 889).

Partindo de tais premissas, reconheço como atividade especial o período de trabalho de 16.07.1984 a 29.08.1985, exercido como vigia.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo legal da parte autora para reconhecer o período de 16.07.1984 a 29.08.1985 como atividade exercida em condições especiais.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0036533-21.2014.4.03.9999

(2014.03.99.036533-2)

Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessada: RAISSA GABRIELY DA SILVA SANTOS (incapaz)

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JACAREÍ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe de Processo: ApelReex 2021045

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. AGRAVO (ART. 557 DO CPC). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. No caso de o segurado estar desempregado ao tempo de seu encarceramento, repensada a questão, curvo-me à posição firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que não há renda a ser considerada, atendendo-se, desse modo, o critério de baixa renda exigido.
2. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pela Nona Turma, o qual manteve a decisão que, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento à apelação da parte autora, que havia sido imposta contra sentença que julgou improcedente o pedido visando à condenação do INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão.

Sustenta a embargante, em síntese que no v. acórdão houve omissão no julgado que não se pronunciou sobre a questão frente aos artigos 80 da Lei 8.213/91 e art. 116, do Decreto 3.048, pelos quais o valor a ser considerado para fins de concessão do benefício é aquele efetivamente recebido pelo segurado, o que não ocorre na hipótese dele se encontra desempregado.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Os embargos de declaração merecem acolhimento, em razão das peculiaridades do caso concreto em que se evidencia situação excepcional a ensejar a atribuição de efeitos infringentes aos declaratórios de forma a acompanhar a jurisprudência que veio a se consolidar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto à verificação da situação de baixa renda, a qual me curvo.

Nesse sentido, confira-se precedente da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ARTS. 4º, 6º E 9º). CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESNECESSIDADE.

1. A atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.

2. O acórdão embargado negou provimento ao Agravo Regimental de Carlos Chaves, sob o argumento de que: a) não se pode conhecer do recurso interposto sem a comprovação do preparo nos moldes do art.

511, *caput*, do Código de Processo Civil; e b) a jurisprudência do STJ também pacificou-se no sentido de que o preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, sendo certo, outrossim, que na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores.

3. Todavia, o entendimento atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50, sendo desnecessário para o processamento do recurso que o beneficiário refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento do benefício (AgRg nos EAREsp 86.915/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 26.2.2015, DJe 4.3.2015).

4. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para afastar a deserção e determinar o retorno dos autos ao Relator, a fim de que prossiga na análise dos demais requisitos de admissibilidade recursal.

(EDcl no AgRg no REsp 1493101/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 22/05/2015)

Pois bem. Relativamente ao auxílio-reclusão, pode-se dizer que é o benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso sob regime fechado ou semi-aberto.

O auxílio-reclusão vem disciplinado nos artigos 201, IV da Constituição Federal (com a redação atribuída pela EC nº 20/98); 80 da Lei 8.213/91 e 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99, com a redação seguinte:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (...).

LEI 8.213/91

(...)

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

(...).

DECRETO Nº 3.048/99

(...)

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

§ 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.

§ 3º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica.

§ 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105.

§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto.

§ 6º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea "o" do inciso V do art. 9º ou do inciso IX do § 1º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes.

Art. 117. O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso.

§ 1º O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente.

§ 2º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado.

§ 3º Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado.

Art. 118. Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.

Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário-de-contribuição superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13.

Art. 119. É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado.

(...)

Assim, o que se tem é que a instituição do auxílio-reclusão depende do atendimento concomitante dos seguintes pressupostos relativos à pessoa do segurado:

- 1) que ele esteja preso;
- 2) que possua dependentes;
- 3) que seja segurado do Regime Geral de Previdência Social;
- 4) que tenha baixa renda.

No caso em exame, consta dos autos que a requerente é filha da segurada (fl. 10), recolhido à prisão desde 08/03/2013 (fl. 21).

No tocante a qualidade de segurado da Previdência Social, observa-se que a rescisão do contrato de trabalho ocorreu em 23/03/2012 (fl. 26) e conforme o disposto nos arts. 13, inciso II e 14, ambos do Decreto nº 3.048/99, é mantida a qualidade de segurado até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social, situação verificada nestes autos.

Por sua vez, no caso de o segurado estar desempregado ao tempo de seu encarceramento, o que ocorre no caso em análise, repensada a questão, curvo-me à posição firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que não há renda a ser considerada, atendendo-se, desse modo, o critério de baixa renda exigido.

Nesse sentido é o entendimento assentado perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como precedentes nesta Colenda Corte Regional:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO- RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os requisitos para a concessão do auxílio-reclusão devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

2. Na hipótese em exame, segundo a premissa fática estabelecida pela Corte Federal, o segurado, no momento de sua prisão, encontrava-se desempregado e sem renda, fazendo, portanto, jus ao benefício (REsp n. 1.480.461/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/10/2014).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, 5ª Turma, v.u. AGRESP 201100171801, AGRESP 1232467. Rel. Min. JORGE MUSSI. DJE 20/02/2015, julgado em 10/02/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. NÃO OBRIGATORIEDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O magistrado não é obrigado a responder a todas as teses apresentadas pelas partes para fielmente cumprir seu encargo constitucional de prestar a jurisdição, mas, tão somente, decidir

fundamentadamente as questões postas sob seu julgamento. (...) 4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, 5ª Turma, v.u. EDAGRESP 201100171801; EDAGRESP 1232467. Rel. Min. JORGE MUSSI. DJE 30/04/2015, julgado em 07/04/2015)

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão jurídica controvertida consiste em definir o critério de rendimentos ao segurado recluso em situação de desemprego ou sem renda no momento do recolhimento à prisão. O acórdão recorrido e o INSS defendem que deve ser considerado o último salário de contribuição, enquanto os recorrentes apontam que a ausência de renda indica o atendimento ao critério econômico.

2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991 o benefício auxílio- reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.

3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a “baixa renda”.

4. Indubitavelmente que o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.

5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio- reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão “não receber remuneração da empresa”.

6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que “é devido auxílio- reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado”, o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).

7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao provimento dos Recursos Especiais, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio tempus regit actum. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260. 8. Recursos Especiais providos. (STJ, 2ª Turma, v.u. RESP 201402307473, RESP 1480461. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. DJE 10/10/2014, julgado em 23/09/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AUXÍLIO- RECLUSÃO. SALÁRIO MÍNIMO.

I - Agravo regimental recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Conforme constou da decisão agravada, o segurado ficou desempregado desde abril/2012 até sua prisão (29.11.2012). Assim, em razão da ausência de salário de contribuição na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, o valor do benefício será de um salário mínimo.

III - Agravo interposto pela parte autora na forma do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil improvido.

(TRF3, 10ª Turma, v.u. AC 00026400520154039999, AC 2036963. Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO. e-DJF3 Judicial 1 15/07/2015, julgado em 07/07/2015)

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO- RECLUSÃO. QUALIDADE DE SEGURADO E BAIXA RENDA DO RECLUSO COMPROVADOS.

I- Comprovada a qualidade de segurado do recluso, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

II- *In casu*, por encontrar-se desempregado quando do seu encarceramento, a exigência da baixa renda do segurado recluso encontra-se satisfeita, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão que concedeu o auxílio- reclusão.

III- O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o decisor que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ. III- Agravo improvido.

(TRF3, 7ª Turma, v.u. AC 00490251620124039999, AC 1813693. Rel. Des. Fed. NEWTON DE LUCCA. e-DJF3 Judicial 1 29/05/2015, julgado em 18/05/2015)

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. AUXÍLIO RECLUSÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. O auxílio- reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço (art. 80 da Lei nº 8.213/91).

3. Os critérios para sua concessão foram definidos pelo Decreto nº 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, mais especificamente em seus artigos 116 a 119.

4. Assim, tem-se que o pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente. Para fins de manutenção do benefício, deve ser apresentado trimestralmente atestado de que a detenção ou reclusão do segurado ainda persiste.

5. O benefício é devido apenas durante o período em que o segurado permanecer recluso, sob regime fechado ou semi-aberto, sendo que, no caso de fuga, o auxílio- reclusão será suspenso e seu restabelecimento ocorrerá se houver a recaptura do fugitivo, desde que mantida sua qualidade de segurado.

6. Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), essa decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes. Convém lembrar que o art. 15 da Lei 8.213/91 prevê circunstâncias nas quais é possível manter a condição de segurado independentemente de contribuições (em regra fixando prazos para tanto). Ainda é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.

7. O art. 26, I, da Lei 8.213/91 prevê que independe de carência a concessão do auxílio- reclusão.

8. A Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu art. 13, dispôs que o auxílio- reclusão será concedido apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), sendo este valor atualizado periodicamente.

9. A limitação acima referida é aplicável à renda do segurado, não podendo seu último salário-de-contribuição ser superior ao limite imposto, para que seus dependentes façam jus ao benefício.

10. Na hipótese de o segurado estar desempregado - e, portanto, sem renda - à época de sua prisão, o benefício será devido a seus dependentes.

11. Se comprovados os requisitos exigidos a sua concessão, o auxílio- reclusão é devido a partir da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido no prazo de 30 (trinta) dias a contar daquela, ou, se fora dele, desde a data do requerimento, esclarecendo-se, contudo, que não corre prescrição contra os menores de 16 (dezesesseis) anos, a teor do disposto no artigo 169, inciso I do Código Civil de 1916 (artigo 198, inciso I do Código Civil de 2003).

12. Os critérios de fixação da renda mensal inicial decorrem de lei, competindo ao INSS, adstrito ao princípio da legalidade, tão apenas observar as regras vigentes. É também devido o abono anual, a teor do art. 40 da Lei 8.213/91.

13. “In casu”, as coautoras pleiteiam a concessão de auxílio- reclusão em virtude da prisão do pai, estando a relação de parentesco comprovada.

14. Sendo as coautoras menores de 21 anos à época em que o genitor foi preso, a dependência em relação a ele é presumida (art. 16, I, da Lei 8.213/91).

15. Comprovadas as exigências legais, é de se deferir o auxílio-reclusão pleiteado.

16. Agravo legal desprovido.

(TRF3, 10ª Turma, v.u. APELREEX 00040868720124036106, APELREEX 2013408. Rel. Juiz Convocado VALDECI DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 24/06/2015, julgado em 16/06/2015)

Portanto, mantida a qualidade de segurado da reclusa, que não exercia atividade laboral na data do recolhimento à prisão e, desse modo, não possuía renda, faz jus seu dependente ao benefício em questão.

O termo inicial do benefício de auxílio-reclusão deve ser concedido na data do encarceramento da segurada (08/03/2013), sendo devido nos termos da lei, apenas durante o encarceramento.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), e legislação superveniente, a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região). Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração e, excepcionalmente, empresto-lhes os efeitos infringentes, com efeito modificativo, para dar provimento ao agravo legal, com vistas a dar provimento à apelação interposta pela parte autora, na forma da fundamentação supra.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0007512-87.2015.4.03.0000

(2015.03.00.007512-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: JUNIOR GOMES DA SILVA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE AMPARO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe de Processo: AI 554803

Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- O ora recorrido, auxiliar de armazém, nascido em 14/07/1995, é portador de anemia aplástica, submetido a transplante de medula, em 16/01/2015, clinicamente debilitado em imunossupressão e em tratamento, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado para o trabalho, nos termos dos atestados médicos, exames e Laudo Médico Pericial do INSS.

- A qualidade de segurado restou demonstrada mediante documento do Sistema Dataprev da Previdência Social e cópia da CTPS, indicando vínculo laborativo, junto à Química Amparo Ltda., desde 10/03/2014 sem data de saída.

- Independe de carência a concessão de auxílio-doença ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de qualquer das enfermidades elencadas no artigo 151, da Lei nº 8.213/91.

- A doença do autor pela sua gravidade e especificidade no tratamento merece equiparação às doenças relacionadas no rol do art. 151, atentando-se às diretrizes lançadas no art. 26, inc. II, da Lei 8.213/91.

- A Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região uniformizou o entendimento de que a anemia aplástica adquirida, por sua especificidade, gravidade e tratamento particularizado, pode ser enquadrada entre as que independem de carência para a concessão do auxílio-doença.

- A plausibilidade do direito invocado pela parte autora merece ter seu exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

- Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): O Instituto Nacional do Seguro Social agravou de instrumento, da decisão reproduzida a fls. 54/55, que, em autos de ação previdenciária, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, determinando a implantação do benefício de auxílio-doença, em favor do ora recorrido.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a decisão agravada não respeitou os requisitos impostos pelo artigo 273, do CPC, nem tampouco a legislação específica acerca do benefício.

Em despacho inicial foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Compulsando os autos, verifico, nos termos da decisão agravada e dos documentos que acompanham a minuta do recurso, a presença de elementos demonstrando que o ora recorrido, auxiliar de armazém, nascido em 14/07/1995, é portador de anemia aplástica, submetido a transplante de medula, em 16/01/2015, clinicamente debilitado em imunossupressão e em tratamento, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado para o trabalho, nos termos dos atestados médicos, exames e Laudo Médico Pericial do INSS.

A qualidade de segurado restou demonstrada mediante documento do sistema dataprev da Previdência Social e cópia da CTPS, indicando vínculo laborativo, junto à Química Amparo Ltda., desde 10/03/2014 sem data de saída.

Vale ressaltar, que independe de carência a concessão de auxílio-doença ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de qualquer das enfermidades elencadas no artigo 151, da Lei nº 8.213/91. Neste caso, a doença do autor pela sua gravidade e especificidade no tratamento merece equiparação às doenças relacionadas no rol do art. 151, atentando-se às diretrizes lançadas no art. 26, inc. II, da Lei 8.213/91.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL HEMORRÁGICO. DOENÇA EQUIPARADA. ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART. 151 DA LEI Nº 8.213/91. DISPENSA DA CARÊNCIA ANTE A GRAVIDADE DA DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA DEFINITIVA CONSTATADA. LAUDO PERICIAL. JUROS REFORMADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não configura julgamento extra petita o Juiz conceder aposentadoria por invalidez quando o pedido visa à percepção de auxílio-doença. Jurisprudência do STJ e desta Corte. Enunciado nº 22 da Turma da Seção Judiciária do Espírito Santo, das Turmas Recursais dos Juizados

Especiais Federais.

2. A análise dos autos conduz à conclusão de que o autor faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez, pois conforme a documentação acostada aos autos, como os atestados médicos e exames de fls. 32/47, e, principalmente, pelo Laudo Pericial de fl. 140, o autor sofreu Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico em 12/01/2004, apresentando hemiparesia fascio braquío crural direita, sem possibilidade de melhora, e está incapacitado definitivamente para o trabalho, sendo que a patologia do autor, conforme bem analisado pelo i. representante do Ministério Público Estadual às fls. 151/152, é equiparável, diante da gravidade, e de acordo como o que adota a jurisprudência, àquelas que dispensam a exigência da carência para o benefício, causa do indeferimento administrativo pelo INSS.

3. Merece acolhida a argumentação do apelante no tocante aos juros, para que, após o advento da Lei nº 11.960/2009, sejam aplicados de acordo com a nova redação dada pela referida lei ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, em sintonia com a posição firmada no Colendo Superior Tribunal de Justiça (EResp 1207197/RS, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 02/08/2011).

4. Recurso parcialmente provido.

(TRF-2 - AC: 201102010081518 RJ 2011.02.01.008151-8, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 13/12/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 16/01/2012 - Página: 66/67)

De se observar que a Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região uniformizou o entendimento de que a anemia aplástica adquirida, por sua especificidade, gravidade e tratamento particularizado, pode ser enquadrada entre as que independem de carência para a concessão do auxílio-doença.

A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0022244-49.2015.4.03.9999

(2015.03.99.022244-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 254/255

Apelante: SAMI EL FARO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 2072064

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE COMPROVADA.

I - A legislação não estabelece, para os filhos inválidos, exigência cumulativa de que a invalidez seja anterior à maioridade. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com a pensão deixada pelo instituidor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois.

II - Ante o conjunto probatório constante dos autos, restou configurada a invalidez do autor à época do óbito de seu genitor.

III - Agravo do INSS improvido (artigo 557, § 1º, do CPC).

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 (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS em face da decisão que deu provimento à apelação do autor, para julgar procedente o pedido inicial, a fim de condenar o réu a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, a partir da data do requerimento administrativo (30.08.2011).

Alega o INSS, em síntese, que o benefício não é devido, visto que o autor não compro-

vou já estar inválido anteriormente ao advento da maioridade, bem assim não demonstrou a dependência econômica em relação ao genitor por ocasião do óbito.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Relembre-se que, no caso em tela, o autor pleiteia a concessão do benefício de pensão por morte, na qualidade de filho inválido de Abdul Rahman Omar El Faro, falecido em 20.06.2007.

Assim dispõe o artigo 16, I, da Lei nº 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

Da leitura do dispositivo acima transcrito, constata-se que o filho inválido faz jus à pensão por morte e que a legislação não estabelece, para os filhos que se encontram em tal situação, a exigência cumulativa de que a invalidez seja anterior à maioridade. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com a pensão deixada pelo instituidor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. EMANCIPAÇÃO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. OCORRÊNCIA. DIB. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.

I - Depreende-se do texto legal que um dos dependentes do segurado é o filho inválido. A lei não condiciona que a invalidez deva existir desde o nascimento ou tenha sido adquirida até aos 21 anos para que o filho possa ser considerado beneficiário. O que a norma considera para estabelecer a relação de dependência do filho em relação ao seu genitor é a invalidez, seja ela de nascença ou posteriormente adquirida.

II - A condição de dependente econômico do autor em relação ao “de cujus”, restou caracterizada, a teor do art. 16, I, §4º, da Lei nº 8.213/91, uma vez que sua invalidez é anterior à data do óbito de seu falecido pai.

(...)

(TRF3; AC 2004.61.11.000942-9; 10ª Turma; j. 19.02.2008; DJ 05.03.2008)

De outro giro, a decisão agravada consignou de forma explícita que o laudo médico pericial produzido nos autos em 03/06/2014 (fls. 210/214) demonstra que o autor é portador de esquizofrenia paranoide, apresentando incapacidade total e permanente para o trabalho, tendo o *expert* consignado o início da incapacidade em 1997.

Assim sendo, considerando que o demandante já padecia dos mesmos males ora constatados na época do falecimento de seu genitor, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

Resta, pois, configurado o direito do demandante à percepção do benefício de Pensão por Morte em razão do óbito de seu genitor Abdul Rahman Omar El Fato.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo do INSS (artigo 557, § 1º, do CPC).

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

1204331-75.1995.4.03.6112

(2008.03.99.018910-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1.308/1.316

Apelantes: FLORIVALDO ALTEIRO LEAL E OUTROS

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe de Processo: AC 1317242

Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVOCATÓRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DEFINIÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO EXEQUENDO.

I. Ação revocatória que visa garantir crédito no seu exato valor, tornando inoponível ao credor o negócio jurídico realizado em fraude pauliana.

II. A antecipação do julgamento da ação pauliana antes da definição do *quantum debeatur* contraria a própria natureza da ação revocatória, devendo o processo ficar suspenso até o trânsito em julgado do que vier a ser decidido nos embargos do devedor, em respeito à segurança jurídica.

III - Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

A União interpôs agravo contra a decisão de fls. 1.308/1316, que determinou a suspensão deste processo, com fundamento no art. 265, IV, “a”, do CPC, até o julgamento dos embargos à execução fiscal nº 97.12027279.

Sustenta a União haver “notícia de desaparecimento de 484 hectares, área igual a da matrícula 3720, na unificação/encerramento de várias matrículas, resultando apenas na matrícula 7035 do Registro de Imóveis de Pedro Gomes MS. E ainda há notícia de transferência de área sem prova da transferência da propriedade” (fl.1.322). Assevera que “A averbação determinada pelo juízo de primeiro grau foi feita apenas na matrícula 7035, onde consta como

proprietária tão somente a empresa Transportadora Simbal Ltda. Não há informações da cadeia de atos que desencadearam na abertura dessa nova matrícula” (fl. 1.322). Defende que “não é possível concordar com a suspensão da presente revocatória, tendo em vista o perigo da demora, para as pretensões da União” (fl. 1.322). Requereu, ao final, “a reconsideração do citado entendimento e, se assim não for caracterizada seja submetido à apreciação da Egrégia Turma, perante a qual postula-se o provimento do Presente Agravo Legal para o fim de ser reformada a decisão do R. Despacho (...)” (fl. 1.323).

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

A decisão agravada veio vazada nos seguintes termos:

Ab initio, indefiro o requerimento formulado às fls. 1285/1286, 1299/1300 e 1306/1307, eis que a sentença não logrou transitar em julgado, na medida em que as apelações encontram-se pendentes de julgamento, tendo sido suscitada, inclusive, preliminar de nulidade da decisão, além de estar submetida ao reexame necessário na parte em que a União restou vencida.

Ultrapassada essa questão, a matéria está a demandar um exame mais aprofundado.

Na lição de Yussef Said Cahali, *in* *Fraudes contra Credores*, 5ª edição, editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 96, “A pauliana é a ação pela qual os credores impugnem os atos fraudulentos de seu devedor. Desse conceito resulta claro que, sem o pressuposto da existência de um crédito, a pretensão revocatória não se legitima, pois a pauliana representa (ao lado da sub-rogatória, ou ação oblíqua) remédio jurídico específico de tutela do direito de crédito”.

Nesse raciocínio, infere-se que a existência do crédito é condição elementar para legitimar o respectivo titular ao exercício da ação pauliana.

Na hipótese, a ação revocatória foi proposta pela União, com vistas à recomposição do patrimônio do devedor para assegurar a solvabilidade do crédito tributário objeto da execução fiscal tombada sob o nº 94.1201093-1.

Evidente, portanto, o caráter acessório da ação pauliana em relação à ação de execução do crédito tributário defraudado em sua garantia, caso extinto o crédito, extinta seria a revocatória. Confira-se a jurisprudência:

“AÇÃO PAULIANA. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO FUNDADA EM CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE A PROCLAMOU. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC.

- A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente.

- Reconhecida, por decisão trânsita em julgado, a prescrição da execução que dera ensejo à propositura da ação revocatória, perdeu esta a sua razão de ser. Improcedência decretada. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 53765/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2000, DJ 21/08/2000, p. 133)

Registre-se, ainda, que a revocatória, por sua natureza e finalidade, não visa à satisfação do crédito por via direta, mas viabilizar o processo executivo, mediante a declaração de ineficácia jurídica do negócio fraudulento em relação ao credor, na exata medida do prejuízo que tenha sofrido, consoante jurisprudência do STJ, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO. FRAUDE CONTRA CREDITORES. NATUREZA DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA

SOBRE MEAÇÃO DO CÔNJUGE NÃO CITADO NA AÇÃO PAULIANA.

1. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da divergência, na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

2. *A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio - já que o retorno, puro e simples, ao status quo ante poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado.*

3. *Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2º; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes executar os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas.*

4. No caso dos autos, sendo o imóvel objeto da alienação tida por fraudulenta de propriedade do casal, a sentença de ineficácia, para produzir efeitos contra a mulher, teria por pressuposto a citação dela (CPC, art. 10, § 1º, I). Afinal, a sentença, em regra, só produz efeito em relação a quem foi parte, 'não beneficiando, nem prejudicando terceiros' (CPC, art. 472).

5. Não tendo havido a citação da mulher na ação pauliana, a ineficácia do negócio jurídico reconhecido nessa ação produziu efeitos apenas em relação ao marido, sendo legítima, na forma do art. 1046, § 3º, do CPC, a pretensão da mulher, que não foi parte, de preservar a sua meação, livrando-a da penhora.

5. Recurso especial provido". (REsp 506312/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006, p. 198). (Grifos não oficiais).

A utilidade do processo revocatório é, pois, garantir os direitos do exequente, em exata proporcionalidade às obrigações fiscais do executado. Afora isso, quanto ao remanescente e nessa lógica, não há impedimentos a que o negócio jurídico entre particulares seja convalidado.

Assim, antes que se tenha conhecimento da somatória que definirá o exato valor do crédito fiscal pleiteado é inadequado compor o julgamento da ação pauliana. Nem a celeridade processual poderia justificar essa antecipação, que estaria a contrariar a natureza da ação proposta. Esta, a bem da segurança jurídica, apenas deverá prosseguir após o trânsito em julgado do que vier a ser decidido no processo executório, cujos bens estão a garantir os interesses fazendários. Há precedente do STJ (REsp nº 604.435, Rel. Min. Nancy Andrighi) afirmando não haver impedimento à renovação da suspensão do processo por iguais períodos enquanto pendente a decisão da ação declaratória.

Do exposto, diante da relação conexa desta ação com os embargos à execução fiscal nº 97.12027279, que se encontram na E. Quarta Turma, aguardando julgamento do recurso de apelação e da remessa oficial, DETERMINO A SUSPENSÃO DESTE PROCESSO, com fundamento no art. 265, IV, "a", do CPC, até o trânsito em julgado do acórdão a ser proferido naqueles autos.

De ser ver que as razões trazidas no recurso não são capazes de infirmar as conclusões expostas na decisão acima transcrita, extrapolando os limites da demanda as alegações de supostas irregularidades havidas no registro dos imóveis, ressaltando-se, ademais, que o manejo da ação revocatória busca garantir o crédito exequendo no seu exato valor, tornando inoponível ao credor o negócio jurídico realizado em fraude pauliana. Desse modo, a antecipação do julgamento deste processo antes da definição do *quantum debeatur* contraria a própria natureza da ação revocatória, devendo este feito ficar suspenso até o trânsito em julgado do que vier a ser decidido nos embargos do devedor, em respeito à segurança jurídica.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0001940-31.2002.4.03.6104

(2002.61.04.001940-6)

Agravante: GILBERTO ALVES DOS SANTOS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 294/296

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: GILBERTO ALVES DOS SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe de Processo: EI 871724

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CPC. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. AGRAVO PROVIDO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.

I - Cabível o julgamento monocrático do recurso, considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, alinhada à jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC. Precedentes. Preliminar afastada.

II - O artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação.

III - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento, de forma a limitar a devolução na via dos presentes embargos infringentes.

IV - Acertado o entendimento proferido no voto condutor, no sentido da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal. A apresentação da conta de liquidação em Juízo não cessa a incidência da mora, pois não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.

V - Entendimento que não se contrapõe às decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria (RE 579.431/RS - julgamento iniciado dia 29 de outubro p.p, com maioria de 6 votos já formada, interrompido por pedido de vista do Exmo. Min. Dias Toffoli).

V - Agravo legal provido. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo legal para negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto por Gilberto Alves dos Santos contra a decisão monocrática terminativa proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Roberto Haddad, com fulcro no art. 557, § 1º-A do CPC (fls. 294/296), que deu provimento aos embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e reconheceu como indevida a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento, nos termos do entendimento constante do voto vencido proferido pela E. Desembargadora Federal Marianina Galante no julgamento do recurso de apelação em sede de execução definitiva de sentença.

Nas razões recursais, sustenta a parte agravante que a matéria objeto do recurso se encontra pendente de julgamento no RE 579.431-8/RS, com repercussão geral reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal. Assim, entende ser de rigor a submissão dos embargos ao colegiado, pugnando pela prevalência do voto condutor proferido pela Eminentíssima Relatora, a Exma. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, no julgamento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

A decisão agravada foi proferida nos termos seguintes:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face do v. acórdão de fl. 224 e verso, proferido pela C. Oitava Turma deste E. Tribunal que, em sede de execução do julgado, por maioria, deu parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto da e. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora), para determinar a elaboração de cálculos, com a incidência dos juros moratórios até a data da inclusão do precatório no orçamento, com quem votou, ressalvado entendimento, a e. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a e. Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

O v. acórdão objeto dos embargos infringentes foi assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da

elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciais, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP nº 1973-67, artigo 29, § 3º.

- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.

- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.”

Opostos embargos de declaração pelo INSS em face do v. acórdão, restaram prejudicados quanto ao pedido de juntada do voto vencido e, no mais, foi negado provimento ao recurso. V. acórdão de fl. 239 e verso.

Voto Vencido juntado às fls. 232/234. Assenta entendimento no sentido de que, “se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível se revela a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data da inscrição do precatório ou RPV no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor”.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, sustentando indevida a incidência de juros de mora entre a conta de liquidação e a inscrição do débito no orçamento. Afirma que os juros de mora são devidos se o precatório for pago fora do prazo constitucional, o que não ocorreu.

Contrarrazões às fls. 285/288.

Admitidos os embargos infringentes (fl. 290).

É o relatório, decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria objeto da presente ação já se encontra pacificada pelo E. Supremo Tribunal Federal e no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o princípio constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, bem como da instrumentalidade das formas.

Por oportuno, saliente-se que a E. Terceira Seção desta Corte já decidiu, reiteradas vezes, no sentido da viabilidade de aplicação do artigo 557 da Lei Civil Adjetiva aos embargos infringentes: EI 933476, Processo: 0002476-71.2000.4.03.6117/SP, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 09/02/2012, TRF3 27/02/2012; EI 432353, Processo: 98.03.067222-3/SP, Rel. Walter do Amaral, j. 09/06/2011, DJF3 16/06/2011, p. 69; e EI 595383, Processo: 2000.03.99.030182-3/SP, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, Terceira Seção, j. 10/12/2009, DJF3 14/01/2010, p. 57.

Feitas essas ponderações, passo ao exame dos embargos infringentes.

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face do v. acórdão proferido pela C. Oitava Turma deste E. Tribunal que, em sede de execução do julgado, por maioria, deu parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto da e. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora), para determinar a elaboração de cálculos, com a incidência dos juros moratórios até a data da inclusão do precatório no orçamento, com quem votou, ressalvado entendimento, a e. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a e. Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

O voto vencido, da lavra da e. Desembargadora Federal Marianina Galante, assenta entendimento no sentido de que, “se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível se revela a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data da inscrição do precatório ou RPV no orçamento, sobremaneira porque

a demora nessa fase não é imputada ao devedor”.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, sustentando indevida a incidência de juros de mora entre a conta de liquidação e a inscrição do débito no orçamento. Afirma que os juros de mora são devidos se o precatório for pago fora do prazo constitucional, o que não ocorreu.

Portanto, a divergência cinge-se à incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.

Inclino-me pela adoção da tese adotada no voto vencido.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório judicial e do seu efetivo pagamento, desde que ocorrido no prazo estabelecido na Constituição Federal, porquanto não caracterizado o inadimplemento por parte do Poder Público.

Ressalto, por oportuno, que o Pleno da Suprema Corte, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator no RE nº 591085, em 04.12.2008 (DJe 20.02.2009), reconheceu a existência de repercussão geral e ratificou o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema. Confira-se: “CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DURANTE O PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO PARA SEU PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ORIGINAL E REDAÇÃO DADA PELA EC 30/2000), DA CONSTITUIÇÃO. I - QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA DE MÉRITO PACIFICADA NO STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA. DEVOLUÇÃO DESSES RE À ORIGEM PARA ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, MIN. ELLEN GRACIE; RE 591.068-QO/PR, MIN. GILMAR MENDES; RE 585.235-QO/MG, REL. MIN. CEZAR PELUSO. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido.”

Decisão

“O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Relator no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral, ratificar o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema e denegar a distribuição dos demais processos que versem sobre a matéria, determinando a devolução dos autos à origem para a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 04.12.2008.”

Ainda de acordo com o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, adotado também pelo C. Superior Tribunal de Justiça, não incidem juros de mora entre a elaboração dos cálculos e a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.

Nesta linha de exegese, destaco julgados dos Tribunais Superiores:

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECATÓRIO. MORA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não cabe agravo de instrumento contra decisão do Tribunal de origem que determina o sobrestamento do feito com fundamento no art. 543-B do CPC. Entretanto, razões de economia processual e celeridade justificam a manutenção da decisão ora atacada. II - O entendimento firmado no julgamento do RE 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, também se aplica ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório. III - Agravo regimental improvido.”

(STF, 1ª Turma, AI nº 713551, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/06/2009, DJE 14/08/2009).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS MORATÓRIOS. ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS. EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO OU DO OFÍCIO REQUISITÓRIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não incidem juros de mora no período compreendido entre a confecção dos cálculos de liquidação e a expedição do precatório ou do ofício requisitório. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental não provido.” (STJ, 1ª Turma, AGRESP nº 1205335, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14/12/2010, DJE DATA:02/02/2011).

Por fim, transcrevo o seguinte julgado proferido, no mesmo sentido, por esta Egrégia Corte: “AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REPERCUSSÃO GERAL. IMPROPRIEDADE DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS SOMENTE ATÉ A DATA DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO

I. Eventual sobrestamento do feito, em virtude da possível existência de questão constitucional de repercussão geral, somente se justifica quando se tratar de recurso extraordinário. Destarte, evidente a impropriedade do pedido formulado pelo agravante.

II. O § 5º do artigo 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, estabelece que os precatórios/RPVs apresentados devem ser pagos até o final do exercício seguinte ou no prazo de 60 (sessenta) dias, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

III. Com relação aos juros de mora, observa-se da redação dada ao § 5º do artigo 100 da CF que, por vontade do legislador ao definir a atualização como sendo puramente monetária, a não incidência de juros de mora deve ater-se ao período compreendido entre a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento e a data máxima estipulada para a efetivação de tal pagamento, sendo que, por força de posicionamento pacificado no Egrégio Supremo Tribunal, também não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão no orçamento, seja do precatório, seja de RPV.

IV. Agravo a que se nega provimento”.

(TRF3, AC nº 395442, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, 10ª T., j. 28/02/2012, TRF3 CJ1 DATA:07/03/2012).

Destarte, considerando a inexistência de mora durante a tramitação do precatório ou requisição de pequeno valor, quando observado o prazo constitucional, não há que se falar em incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e a inscrição do débito no orçamento, de molde a imputar a demora ao INSS.

Isto posto, com supedâneo no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* aos embargos infringentes do INSS, para que prevaleça o voto vencido.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Inicialmente, não compartilho da tese a possibilidade de julgamento monocrático dos embargos infringentes, em virtude da própria essência do recurso, qual seja, a de integrar mais julgadores para a análise de recurso em que não ocorreu unanimidade na turma julgadora. Contudo, a questão fica superada pela própria interposição deste agravo legal e sua submissão ao colegiado, bem como em se considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC, consoante os julgados que trago à colação:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RECURSO IMPROVIDO.

I - O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante a Emenda

Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, dispôs no artigo 260, § 3º, incisos I e II, a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes, quando a matéria versada nos autos amoldar-se às exigências previstas no *caput* ou § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

II - A prova documental foi complementada pela oitiva de testemunhas, que corroboraram o período necessário à concessão da aposentadoria por idade rural.

III - Não se pode esperar que depoimentos testemunhais de pessoas simples, com pouca instrução e idade avançada, possam colmatar matematicamente eventual início de prova material apresentado.

IV - A prova testemunhal deve ser apta a influir na formação do convencimento do Magistrado. Porém, cabe atentar que somente a totalidade do conjunto probatório é que permite inferir o exercício do labor rural pelo tempo necessário à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

V - O fato de alguém receber benefício assistencial não é fator impeditivo à concessão de benefício previdenciário, mormente considerando ser aquele de ordem transitória, já que somente poderá ser recebido enquanto permanecerem as condições autorizadoras para tanto.

VI - A vedação legal é quanto ao recebimento conjunto de benefício assistencial e benefício previdenciário, a teor do que dispõe o artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742/1993, o que não é o caso dos autos, eis que a aposentadoria por idade rural passou a ser percebida quando já cessado o recebimento do benefício assistencial.

VII - O Órgão Colegiado não deve modificar a decisão do Relator, quando devidamente fundamentada e que não padeça dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, capazes de gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

VIII - Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 97.03.055580-2, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 27/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/03/2014)

AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME DE TURMA. DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS FIXADOS NA CITAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. LEI 10666/03. IRRELEVÂNCIA. Não existe impedimento à aplicação do Art. 557 do CPC no julgamento monocrático de embargos infringentes, uma vez que o próprio dispositivo não os excepciona. O Art. 557, § 1º-A, do CPC exige súmula ou jurisprudência dominante, e não uníssona, de modo que o fato de haver divergência sobre a matéria neste Regional, conforme restou constatado no julgamento não unânime da apelação, não afasta a aplicação desse permissivo processual. Advento da Lei 10666/03. Não houve verdadeira inovação legislativa nessa seara, porquanto as interpretações das regras existentes já autorizavam a concessão do benefício nessas circunstâncias, razão pela qual não há que se conclamar contra a retroatividade da Lei 10.666/03 para fins de fixação do termo inicial do benefício, pois de retroatividade não se trata. A citada lei é que aportou tardiamente no ordenamento jurídico, declarando o que uma interpretação sistemática e teleológica das leis já existentes prediziam. Não possui o condão, entretanto, a aparente inauguração legislativa de excepcionar a firme jurisprudência no sentido que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação, na ausência de prévio requerimento administrativo, pois somente a contar desse ato processual o INSS tomou ciência do pedido do segurado, incidindo, por conseguinte, nesse momento, a correção monetária e os juros de mora. Agravo ao qual se nega provimento.

(EI 00104319520004036104, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 38 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

De outra parte, o artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação, consoante a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, estampada nos arestos seguintes:

EMBARGOS INFRINGENTES . CABIMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º, DA CF/88. VOTO VENCIDO PELA IMPROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO EMBARGANTE OU PELOS JULGADORES. I - Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido, nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação. Precedentes: REsp nº 858.906/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 08.11.2006; REsp nº 709743/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06.03.2006; REsp nº 361.688/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002; e REsp nº 148.652/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 28/05/2001. II - Agravo regimental improvido. (STJ - Primeira Turma, AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 922542, Processo: 200700238498 UF: RS, Relator(a) Francisco Falcão, Data da decisão: 05/06/2007 , DJ DATA:21/06/2007, pg:303)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO-CONHECIDOS. RAZÕES QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DA DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL. ACÓRDÃO CASSADO.

1. Havendo contradição supostamente ocorrida no julgamento dos embargos de declaração, deve o recorrente opor novos embargos de declaração para a supressão do vício. Precedentes.
2. O que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes , nos termos do art. 530 do CPC, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso que as razões dos embargos devem-se limitar à divergência, visando a prevalência desta.
3. Porém, o fato de as razões do recurso ultrapassarem a divergência, por si só, não enseja o seu não-conhecimento, senão na parte que extravasa a conclusão do voto vencido. Ou seja, em caso de desrespeito aos limites do voto dissidente, os embargos *infringentes* devem ser conhecidos parcialmente, para que se proceda ao julgamento da parte que se harmoniza com a divergência.
4. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, providos.
RESP 200302269028, RESP - RECURSO ESPECIAL - 615201 LUIS FELIPE SALOMÃO QUARTA TURMA DJE DATA:19/04/2010

No caso sob exame, o dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento.

Consoante se verifica de fls. 179, a parte autora/exequente busca o pagamento dos juros moratórios intercorrentes, no período entre a data do cálculo de liquidação que apurou o débito, o mês de fevereiro de 2005 (fls. 128/135), e o mês de junho de 2007, data em que o ofício precatório foi transmitido para o Tribunal (fls. 158), num total de 28 meses.

O INSS não opôs embargos à execução do julgado (fls. 124).

Na sentença de fls. 196/200, o Juízo de origem extinguiu a execução com base no art.

794, I do CPC, apoiando-se na orientação jurisprudencial do C. STF, no sentido de que não há mora se o ente público executado observou o trâmite constitucional de pagamento do débito, de forma a afastar a incidência dos juros moratórios no período de tramitação previsto no art. 100 da C.F.

No julgamento do recurso de apelação interposto pela parte autora, prevaleceu perante a E. Oitava Turma desta Corte a tese de que o período anterior à inscrição não se inclui no trâmite constitucional do art. 100 da C.F. e, portanto, não é abrangido pela decisão proferida pelo Pretório Excelso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.085/MS, que afastou a incidência dos juros de mora no período entre a expedição do precatório e sua inclusão no orçamento. Reconheceu ainda que a incidência dos juros no período anterior à expedição está pendente de apreciação pelo C.STF no julgamento do RE nº 579.431-8/RS, sob o regime do art. 543-B, do CPC, concluindo, assim, ter o próprio STF reconhecido se tratar de períodos distintos, de forma que, até o julgamento do recurso pelo pleno daquela Corte, ficou mantida a incidência dos juros moratórios até a expedição do precatório.

O voto dissidente entendeu que houve o pagamento do precatório dentro do prazo constitucional, daí ser incabível falar-se em saldo remanescente do débito.

A Decisão agravada chancelou a tese minoritária, aplicando extensivamente a orientação jurisprudencial relativa aos juros no período entre a data da expedição do precatório e do efetivo pagamento, para o período anterior, entre a elaboração da conta e a expedição do precatório.

Passo ao exame do recurso.

O agravo legal merece provimento.

O tema toma assento no artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, que dispõe que os débitos oriundos de sentenças judiciais transitadas em julgado, cujo pagamento dependa de verba das entidades de direito público, deverão ser incluídos no orçamento até a data de 1º de julho e pagos até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Entre a data da inclusão do débito no orçamento e a do seu efetivo pagamento, desde que dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, deverá incidir apenas correção monetária, uma vez que essa é a orientação do C. Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 17.

A razão de ser dessa interpretação é a de que, no período estabelecido pelo art. 100 para pagamento do precatório não estaria caracterizada a mora do ente estatal a ensejar a incidência de juros moratórios, pelo que, pago o débito dentro do prazo constitucional, o valor há apenas que ser atualizado monetariamente. Todavia, esgotado o prazo sem o pagamento, configura-se novamente a inadimplência da Fazenda Pública, incorrendo na mora e na consequente aplicação dos juros.

O ponto central do raciocínio é o de que os juros de mora constituem pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação ou no retardamento na devolução do capital alheio e tem por finalidade desestimular o inadimplemento da obrigação.

Partindo desse raciocínio, é necessário tratar com o mesmo critério a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago, ou memória de cálculo apresentada pelo exequente) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal, e não até a data do efetivo pagamento, como pretende o agravante.

Com efeito, como já dito, os juros de mora decorrem do não pagamento do débito pelo ente público, caracterizando, de certa forma, uma indenização pelo retardamento na execução do débito.

Em primeiro lugar, deve-se partir da ideia de que, ao se executar débito judicial transitado em julgado, trata-se de dívida reconhecida judicialmente. Ou seja, o Judiciário determinou que o vencido deveria ter reconhecido determinado direito em favor do devedor, e reconhece em favor deste uma dívida que de há muito deveria ter sido paga. Como não o foi, o credor foi obrigado a ir a Juízo e percorrer todas as instâncias judiciais tanto para a discussão do mérito da causa como para a apuração do valor exato efetivamente devido em embargos à execução. Portanto, somente após vários anos virá a receber o que é devido, e por isso o devedor deve pagar a quantia apurada corrigida monetariamente e, além disso, submeter-se às consequências da prolongada mora.

Nesse passo, não há como acolher a tese de que, apresentada a conta de liquidação em Juízo, cessa a incidência da mora. Isto porque *não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.*

A prática reiterada demonstra que, após a apresentação da conta com o valor do débito pelo credor (ou pelo devedor, como nos casos de execução inversa), na maioria das vezes ocorre a impugnação pelo executado, inclusive com a oposição de embargos, ensejando o encaminhamento dos autos ao setor da Contadoria Judicial com as posteriores manifestações das partes e apresentação de recursos, vindo a controvérsia a ser dirimida, não raro, muitos anos após a feitura do cálculo inicial.

Entendo, assim, que enquanto não for encerrada essa fase e permanecer controvertido o valor efetivamente devido, remanesce a mora, entretanto deve o montante ser corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios *no mínimo até a fase de expedição do precatório ou do RPV*, buscando-se o valor mais atual e justo possível.

Aliás, outro não é o motivo da recomendação contida no Manual de Cálculos da Justiça Federal adotado pela Resolução nº 267, de 02/12/2013, no capítulo 5, que cuida das requisições de pagamento.

Confira-se:

O montante da condenação será corrigido monetariamente e acrescido de juros segundo os critérios determinados no respectivo título judicial. Entretanto, em face do lapso existente entre a realização desses cálculos e a extinção do débito, pode ser deferida a expedição de requisição complementar.

Requisição complementar é aquela utilizada para pagamento de diferenças:

a) De juros resultantes da mora:

a.1) No período entre a data do cálculo e a data de apresentação do precatório (1º de julho) ou da RPV (entrada no Tribunal ou recebimento na entidade devedora, quando a requisição é feita diretamente - Exemplo: Estados, Municípios, conselhos profissionais, Correios);

a.2) No período posterior ao prazo constitucional e/ou legal de pagamento da requisição.

b) De correção monetária:

b.1) No período entre a data do cálculo e a data de apresentação da requisição, quando o indexador adotado judicialmente for maior do que o utilizado administrativamente pelo Tribunal;

b.2) No período posterior ao prazo constitucional e/ou legal de pagamento da requisição.

Acresça-se que consta da Nota 8 que: “Para evitar a necessidade de requisição complementar, recomenda-se a atualização do cálculo (correção monetária e juros) antes de sua expedição.”

Necessário consignar que, após um estudo mais detalhado das decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria, não me parece que a tese por mim adotada seja contrária ao entendimento ali expresso. Explico:

No julgamento do Recurso Especial nº 1.143.677-RS, que cuida da questão atinente à inclusão dos juros de mora no período entre a apresentação da conta e a expedição do RPV, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil na data de 02.12.2009, não é possível afirmar que a referência expressa “à data da elaboração dos cálculos” contida na fundamentação aluda ao momento da apresentação da primeira conta pela parte, sem a devida abertura de vista para manifestação do ente oposto, ou da homologação do valor pelo Juízo, antes da interposição ou do julgamento de qualquer recurso.

Pelo contrário, a referência é feita no sentido da “apuração efetiva do valor devido” antes da expedição do precatório ou RPV. Ou seja, partindo da idéia de que, homologado o valor - de forma definitiva e após as discussões e recursos possíveis - será expedido de imediato o requisitório, sem decurso de tempo suficiente a causar prejuízo ao credor.

Em resumo: a decisão do STJ diz respeito à *última conta* elaborada, ou seja, aquela que, em derradeira apuração que inclui correção monetária e juros, servirá de base para a expedição do precatório.

Resta claro dos fundamentos que embasam a decisão do RE 1.143.677-RS que a não aplicação dos juros decorre da ausência de mora da Fazenda Pública prevista no período estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, que se inicia com a expedição do RPV, ou do ofício precatório, o qual deve refletir o valor real do débito a ser pago ou o mais aproximado possível.

A jurisprudência colacionada naquele julgado corrobora essa interpretação, em especial as atinentes aos RE 298.616, AgRg no REsp 1.116.229/RS, REsp nº 771.624/PR e EDcl nos EDcl no AgRg no Resp 941.933/SP, que ora transcrevo:

EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. precatório s. juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 5. *Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos.* 5. Recurso extraordinário provido. (STF - RE 298616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2002, DJ 03-10-2003 PP-00010 EMENT VOL-02126-02 PP-00429)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONFIRMAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV). JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA APRESENTAÇÃO DA CONTA DEFINITIVA E A EXPEDIÇÃO DA RPV. INADMISSIBILIDADE.

I - Este e. STJ firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado o exame de violação ao disposto no art. 557 do CPC se a questão é reapreciada pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental.

II - “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, no lapso compreendido entre a homologação da conta de liquidação e a expedição do precatório, não há mora da Fazenda Pública que determine a incidência de juros.” (REsp 991.710/CE, 5ª Turma, Rel.

Min. Jorge Mussi, DJe de 29/06/2009) Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1116229/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 16/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A APRESENTAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. “Não incidem juros moratórios no período compreendido entre a homologação da conta de liquidação e o registro do precatório, porquanto correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação no prazo assinado. Assim, a demora do poder judiciário em inscrever o débito no regime precatorial, ou em expedir a requisição de pequeno valor, não pode ser imputada à fazenda pública” (AgRg no REsp 1003000/SP, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 10/11/2008).
2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.
3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
(REsp 771.624/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. TERMO INICIAL E FINAL DOS JUROS DE MORA. CABIMENTO.

1. Ao termo inicial dos juros aplica-se a Súmula 204: “Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.”
2. Efetuado o pagamento do precatório, ou da requisição de pequeno valor, dentro do prazo legal, somente devem incidir juros de mora até a data da homologação da conta de liquidação.
3. Embargos de declaração acolhidos.
(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 03/08/2009)

Portanto, o entendimento aqui adotado é perfeitamente compatível com o que foi julgado sob a sistemática de recurso repetitivo: trata-se da *última conta* homologada, que leva à expedição do precatório, e não até o efetivo pagamento.

O fato é que a mora do vencido persiste enquanto durar o processo, pela simples razão de que, se o vencedor foi obrigado a ir a Juízo, é porque o vencido não tinha razão. Se este não quisesse se submeter aos efeitos da mora, bastava reconhecer a obrigação e cumprí-la no tempo e modo adequados.

O último argumento em favor da tese aqui exposta é de ordem simplesmente lógica: não se admite o locupletamento ilícito no ordenamento jurídico pátrio. De um caso prático extraio o seguinte exemplo: uma conta de liquidação foi apresentada pelo credor no ano de 1999; citada, a Fazenda Pública apresentou embargos, acolhidos parcialmente pelo Juiz em 2003; apelando as partes, os autos foram ao Tribunal Regional Federal em 2004, que julgou os recursos em 2008. Interpostos recursos ao Superior Tribunal de Justiça, foram estes julgados e tornaram os autos à Vara de origem em 2013. Ora, não é em nada justo pretender que o cálculo a ser utilizado na expedição do precatório seja aquele inicial, do ano 2000; ou, aquele contido na sentença judicial, de 2003, com simples correção monetária, ignorando-se solenemente a incidência de juros por quinze, ou no mínimo doze anos.

Inevitável a conclusão de que a mora do devedor persistiu até o retorno dos autos ao Primeiro Grau para o prosseguimento da execução do julgado, uma vez que o credor não recebeu nada até agora. Assim, devem incidir os juros, com a elaboração de simples cálculo de atualização, e a expedição do precatório, a fim de evitar o enriquecimento ilícito do devedor.

Nessa linha, aliás, tem se posicionado o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, admitindo a incidência dos juros moratórios até o trânsito em julgado dos embargos à execução ou, na ausência destes, da decisão que homologa os cálculos:

EXECUÇÃO: EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na esteira da jurisprudência desta Corte, “somente são devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos” (STJ, REsp 1.259.028/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2011).

II. *O fato de os Embargos à Execução da União terem sido parcialmente acolhidos, conquanto importe no afastamento dos juros referentes ao valor principal decotado, não tem o condão de afastar os juros moratórios incidentes sobre a parte incontroversa da dívida, acerca da qual a União poderia ter manifestado interesse em efetuar o pagamento, com a expedição do respectivo precatório, na forma da jurisprudência* (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.497.627/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/04/2015).

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 573.851/AL, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA ATÉ A DEFINIÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR.

1. *São devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos.* Precedentes: AgRg no AREsp 597.628/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1/12/2014; EDcl no AgRg no REsp 1.311.427/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/8/2013; AgRg no AgRg no REsp 1.385.694/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2013.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 594.764/AL, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE APLICOU EQUIVOCADAMENTE O ART. 543-C, § 7º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO. PRECATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. LIQUIDAÇÃO DO VALOR. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. Ao apreciar a Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça assentou que “não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC”.

2. “Na linha dessa orientação, deve a parte recorrente, nos casos em que entender ter ocorrido equívoco na aplicação da regra prevista no artigo 543, § 7º, I, do CPC, manejar agravo regimental na origem, demonstrando a especificidade do caso concreto” (AgRg no AREsp 222.611/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 6.3.2013).

3. A orientação da Corte Especial do STJ pacificou-se no sentido de que “não incidem juros de mora nas execuções contra a Fazenda Pública, no período transcorrido entre a elaboração da conta e o efetivo pagamento, se realizado no exercício subsequente” (AgRg nos EREsp 1.141.530/RS, Corte Especial, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 2/9/2010).

4. *Por outro lado, o STJ entende que “são devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em*

julgado da decisão homologatória dos cálculos” (REsp 1.259.028/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25.8.2011).

5. Agravo Regimental provido a fim de assegurar o pagamento dos juros de mora até o trânsito em julgado dos Embargos à Execução.

(AgRg no AREsp 594.279/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 30/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA. HONORÁRIOS. SÚMULA Nº 7/STJ. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Afasta-se a divergência jurisprudencial suscitada com o REsp 1.340.444-RS, uma vez que, na sessão de 29/5/2014, foi anulado seu julgamento por deliberação da Corte Especial e determinou-se a sua reinclusão em pauta. O feito foi reincluído na sessão do dia 3/6/2015, com voto do relator favorável aos servidores, seguido de pedido de vista pelo Min. Herman Benjamin, estando pendente, portanto, de julgamento. Ademais, não há similitude fática entre os processos, porquanto no REsp 1.340.444-RS há uma medida cautelar de protesto ajuizada pelos exequentes com o fito de interromper o fluxo prescricional e, no caso dos autos, não há.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assenta que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador diante das circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual insuscetível de revisão em sede de recurso especial a teor da Súmula nº 7/STJ.

3. A conclusão exarada no julgamento do REsp 1.270.439/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 2/8/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, segundo a qual a prescrição não corre durante o tempo necessário para a Administração apurar a dívida e individualizá-la ao beneficiado pelo direito, aplica-se ao caso dos presentes autos, uma vez que, no entendimento da Corte *a quo*, “a quantificação exata desta última (montante e termo inicial) encontra-se, inequivocamente, vinculada ao cumprimento integral” da obrigação de fazer por parte da Administração.

4. Nas elucidativas palavras do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, “a caracterização da prescrição não basta o transcurso do tempo, é necessária a presença concomitante da possibilidade de exercício de uma ação que tutele o direito e a inércia do seu titular”. (AgRg no REsp 1.361.792/PE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 1º/4/2014.) 5. “São devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos” (REsp 1.259.028/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25/8/2011).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1524810/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015)

Ou seja, a própria jurisprudência do STJ afasta-se do entendimento anterior, afirmando que os juros devem incidir no mínimo até o trânsito em julgado de eventuais embargos à execução opostos pelo devedor.

Reitero que o procedimento reconhecido no Manual de Cálculos da Justiça Federal supra transcrito e adotado pela Resolução CJF 267, de 02/12/2013, reconhece que a “conta de liquidação” a ser considerada é a última, realizada logo antes da expedição do precatório ou RPV. Daí o Manual chegar até mesmo ao ponto de recomendar que os Juízes promovam a atualização da conta de liquidação - que inclui correção monetária e os juros desde a última conta, feita em geral há muitos anos - imediatamente antes da expedição do precatório.

Por fim, a matéria objeto deste agravo, de ordem constitucional, teve repercussão geral reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 579.431/RS. O julgamento já se iniciou no dia 29 de outubro p.p, mas, com maioria de 6 votos já formada, foi interrompido por pedido de vista do Min. Dias Toffoli.

O voto proferido pelo Eminentíssimo Relator, Min. Marco Aurélio, foi referendado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, em julgamento cujo conteúdo foi explicitado no Informativo STF nº 805, cujo teor transcrevo, no trecho pertinente:

O Ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao recurso, para assentar a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição relativa ao pagamento de débito de pequeno valor. Ressaltou que o regime previsto no art. 100 da CF consubstancia sistema de liquidação de débito que não se confundiria com moratória. A requisição não operaria como se fosse pagamento, fazendo desaparecer a responsabilidade do devedor. Enquanto persistisse o quadro de inadimplemento do Estado, deveriam incidir os juros da mora. Assim, desde a citação - termo inicial firmado no título executivo - até a efetiva liquidação da RPV, os juros moratórios deveriam ser computados, a compreender o período entre a data da elaboração dos cálculos e a da requisição. Consignou que o Enunciado 17 da Súmula Vinculante não se aplicaria ao caso, porquanto não se cuidaria do período de 18 meses referido no art. 100, § 5º, da CF. Tratar-se-ia do lapso temporal compreendido entre a elaboração dos cálculos e a RPV. Além disso, o entendimento pela não incidência dos juros da mora durante o aludido prazo teria sido superado pela EC 62/2009, que incluía o § 12 ao art. 100 da CF. Enfatizou que o sistema de precatório, a abranger as RPVs, não poderia ser confundido com moratória, razão pela qual os juros da mora deveriam incidir até o pagamento do débito. Assentada a mora da Fazenda até o efetivo pagamento do requisitório, não haveria fundamento para afastar a incidência dos juros moratórios durante o lapso temporal anterior à expedição da RPV. No plano infraconstitucional, antes da edição da aludida emenda constitucional, entrara em vigor a Lei 11.960/2009, que modificara o art. 1º-F da Lei 9.494/1997. A norma passara a prever a incidência dos juros para compensar a mora nas condenações impostas à Fazenda até o efetivo pagamento. Não haveria, portanto, fundamento constitucional ou legal a justificar o afastamento dos juros da mora enquanto persistisse a inadimplência do Estado. Ademais, não procederia alegação no sentido de que o ato voltado a complementar os juros da mora seria vedado pela regra do art. 100, § 4º, da CF, na redação da EC 37/2002. Haveria precedentes do STF a consignar a dispensa da expedição de requisitório complementar - mesmo nos casos de precatório - quando se cuidasse de erro material, inexatidão dos cálculos do precatório ou substituição, por força de lei, do índice empregado. Também seria insubsistente o argumento de que o requisitório deveria ser corrigido apenas monetariamente, ante a parte final da regra do art. 100, § 1º, da CF, na redação conferida pela EC 30/2000. O fato de o constituinte haver previsto somente a atualização monetária no momento do pagamento não teria o condão de afastar a incidência dos juros da mora. Sucede que a EC 62/2009 versaria a previsão dos juros moratórios, mantendo a redação anterior do aludido § 1º no tocante à atualização.(...)

Assim, por todo o acima exposto, impõe-se a reforma da decisão agravada, a fim de determinar a incidência dos juros no intervalo entre a data do cálculo de liquidação e a expedição do precatório.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo legal para reformar a decisão monocrática agravada, com o que NEGOU PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0014125-80.2007.4.03.9999

(2007.03.99.014125-5)

Embargante: JOÃO BATISTA DA ROSA
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 170/173
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente : JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE VINHEDO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO
Classe de Processo: REO 1188467
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/11/2015

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE ANTERIOR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PETIÇÃO PROTOCOLIZADA ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO. OMISSÃO CONFIGURADA. DOCUMENTO NOVO. DESCARACTERIZAÇÃO. SEM EFEITO MODIFICATIVO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. EFEITO INFRINGENTE.

1 - Documento protocolizado em data anterior ao julgamento. Integração do julgado que se impõe.

2 - Cópia de termo de audiência realizada em data anterior ao próprio ajuizamento da demanda. Descaracterização do conceito de “documento novo”, cuja apreciação encontra-se prevista no art. 397 do Código de Processo Civil.

3 - Não tendo o documento instruído a petição inicial, nem sido trazido por ocasião da instrução, sua apresentação nesta oportunidade afigura-se extemporânea. Impossibilidade de apreciação, sob pena de supressão de instância.

4 - Critérios de arbitramento dos honorários advocatícios. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada, nos moldes do art. 535, I e II, CPC. Inadmissibilidade de reexame da causa, por meio de embargos de declaração, para conformar o julgado ao entendimento da parte embargante. Caráter nitidamente infringente.

5 - Embargos de declaração parcialmente providos, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração, sem efeitos modificativos nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por JOÃO BATISTA DA ROSA em face do v. acórdão proferido pela 8ª Turma, que, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração.

Inicialmente, sustenta o embargante que, em 21/08/2013, previamente, portanto, ao julgamento dos declaratórios de fls. 157/165, protocolizou a petição de fls. 175/180, em que pugnou pela juntada de cópias voltadas à comprovação do exercício da atividade de vigilante, com utilização de arma de fogo, extraídas de reclamação trabalhista ajuizada em face da empresa Comercial Guilherme Mamprim.

Aduz, assim, que o período de 01.03.86 a 28.04.95 deve ser considerado especial, de modo a autorizar o restabelecimento do benefício *sub judice* nos termos fixados pela sentença.

Assevera, finalmente, que o v. acórdão padece de omissão porquanto, ao fixar a sucumbência recíproca, desconsiderou os parâmetros dispostos nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Apresento o feito em mesa, *ex vi* do art. 263 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Razão parcial assiste ao embargante.

Não obstante a protocolização da peça de fls. 176/180 tenha ocorrido em data anterior ao julgamento, sua juntada ocorreu a destempo, razão pela qual afigura-se impositiva a integração do *decisum*.

Assinalo, no entanto, que não se trata de “documento novo” cuja apreciação por esta Corte encontra-se prevista no art. 397 do Código de Processo Civil.

Isso porque a audiência cuja cópia do termo se pleiteia a colação foi realizada em 26/05/1998, ou seja, anteriormente ao próprio ajuizamento da vertente demanda, em 13/06/2005 (fl. 3).

Nesses termos, não tendo o documento instruído a petição inicial, nem sido trazido por ocasião da instrução, sua apresentação nesta oportunidade afigura-se extemporânea, restando obstada sua consideração, sob pena de inadmissível supressão de instância.

Relativamente aos critérios adotados para fixação da verba honorária, não há falar em qualquer obscuridade, contradição ou omissão, nos moldes disciplinados pelo art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, tendo a Tuma Julgadora enfrentado regularmente a matéria de acordo com o entendimento então adotado.

Com efeito, o v. aresto expressamente consignou:

Em vista da sucumbência recíproca (artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil), cada parte terá o ônus de pagar os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, bem assim dividir as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida à autora e a isenção de que é beneficiário o réu.

Dessa forma, verifica-se que o presente recurso, no ponto, pretende rediscutir matéria já decidida por este Tribunal, o que não é possível em sede de declaratórios. Precedentes: 3ª Seção, EDcl em EDcl em EInf nº 0006055-03.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, j. 28/05/2015, DJe 11/06/2015; TRF3, 9ª Turma, EDcl em AC nº 0009733-26.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 16/03/2015, DJe 26/03/2015, EDcl em AC nº 0002974-10.2013.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, d. 28/04/2015, DJe 23/06/2015.

Cumpra observar que os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer obscuridades, contradições e omissões da decisão, acaso existentes. Não é instrumento processual viável à manifestação de inconformismo, rediscussão do julgado ou, ainda, prequestionar matéria para interposição de recursos especial ou extraordinário, ausentes as hipóteses delineadas no art.535, I e II, do Código de Processo Civil. Precedentes: STJ, EDcl no AgRg no RMS 45707, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/06/2015 e EDcl no Ag 1104774/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/08/2014, DJe 22/08/2014.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração, para sanar a omissão apontada, na forma acima explicitada, porém sem efeitos modificativos.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0035057-55.2008.4.03.9999
(2008.03.99.035057-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: EVERTON BRANDIT UYEMURA
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE VOTUPORANGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1331128
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA SOBRE VEÍCULO. ALIENAÇÃO ANTERIOR. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FALTA DE COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA AO DETRAN.

1. Nos termos do art. 185-A do Código Tributário Nacional, admite-se a ordem bloqueio de automóvel registrado em nome do executado ao órgão de trânsito competente, para prevenir eventual fraude à execução. Assim, o interesse do embargante surge no momento em que cumprida a decisão de indisponibilidade dos bens registrados em nome dos executados. Ademais, a penhora só não foi viabilizada justamente pelo fato de não ter sido encontrado o veículo na posse da executada.
2. Mantida a sentença no tocante à desconstituição da penhora sobre o veículo, pois restou provado que a sua alienação ao embargante se deu antes da determinação de penhora. A falta de comunicação da transferência de propriedade ao órgão de trânsito não invalida o negócio jurídico nem os efeitos dele decorrentes. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.
3. Não há que se falar em fraude à execução quando a alienação do bem não reduz o devedor à insolvência, consoante o disposto no parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional. No caso, há provas nos autos de que os executados possuem outros bens, inclusive outro veículo penhorado.
4. Por força do princípio da causalidade, não deve o embargado arcar com os ônus da sucumbência, pois como o embargante não comunicou a transferência de registro da propriedade do veículo ao DETRAN, o embargado não pode ser responsabilizado pela indevida constrição.
5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sucedido pela União Federal, em face de sentença proferida pelo Serviço Anexo das Fazendas da Comarca de Votuporanga/SP, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por EVERTON BRANDIT UYEMURA, para desconstituir a penhora sobre o veículo Ford Ka, placas CXH 7145, e condenar o embargado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Em suas razões, sustenta o apelante a carência de ação do embargante por falta de interesse processual, por não ter sido efetivada a ordem de penhora do veículo, nem qualquer ato de arresto ou apreensão. Quanto à responsabilidade pelos ônus processuais, alega que incide o teor da Súmula nº 303 do Superior Tribunal de Justiça, pois o apelante não contribuiu para que o bem fosse alcançado pelo decreto de indisponibilidade, o que só ocorreu porque o embargante descumpriu a sua obrigação de comunicar ao órgão de trânsito a realização da transferência de registro da propriedade do veículo. Pede, ainda, o reconhecimento da fraude à execução, pois ao tempo da alienação (2005), já havia ocorrido a citação da executada Silvana, vendedora do veículo. Subsidiariamente, pede a redução da verba honorária.

Com as contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Inicialmente, afasto a alegação de carência de ação por falta de interesse processual do embargante, por não ter sido efetivada a ordem de penhora do veículo.

Nos termos do art. 185-A do Código Tributário Nacional, admite-se a ordem bloqueio de automóvel registrado em nome do executado ao órgão de trânsito competente, para prevenir eventual fraude à execução. Assim, o interesse do embargante surge no momento em que cumprida a decisão de indisponibilidade dos bens registrados em nome dos executados (fls. 29/31). Ademais, a penhora só não foi viabilizada justamente pelo fato de não ter sido encontrado o veículo na posse da executada Silvana, eis que alienado por ela há tempos (fls. 37).

No mais, deve ser mantida a sentença no tocante à desconstituição da penhora sobre o veículo, pois restou provado que a sua alienação ao embargante se deu em 29/03/2005 (fls. 10), sendo que a determinação de penhora só ocorreu em 18/08/2006 (fls. 35). A falta de comunicação da transferência de propriedade ao órgão de trânsito não invalida o negócio jurídico nem os efeitos dele decorrentes. A respeito da questão, é oportuna a transcrição da seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO. TRADIÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA Nº 7-STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRADIÇÃO QUE NÃO ALTERA O JULGADO. NÃO PROVIMENTO.

1. “O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto

ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios” (REsp 599620/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 17.05.2004).

2. Concluído pelas instâncias ordinárias que o executado não era mais proprietário do veículo sobre o qual recaiu a penhora e que sua alienação não importou em fraude, o reexame da questão encontra o óbice de que trata o enunciado nº 7, da Súmula.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 200500244382, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJE 28/08/2012)

Ademais, não há que se falar em fraude à execução quando a alienação do bem não reduz o devedor à insolvência, consoante o disposto no parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional. No caso, há provas nos autos de que os executados possuem outros bens (fls. 35), inclusive outro veículo penhorado (fls. 36).

Por fim, assiste razão ao apelante no que diz respeito aos honorários advocatícios. Por força do princípio da causalidade, não deve o embargado arcar com os ônus da sucumbência, pois como o embargante não comunicou a transferência de registro da propriedade do veículo ao DETRAN, o embargado não pode ser responsabilizado pela indevida constrição.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 303 STJ. APLICAÇÃO. BEM ADQUIRIDO POR TERCEIRO ANTES DA CONSTRIÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO DETRAN.

- O fisco indicou veículo à penhora que estava registrado em nome do executado na ação principal. Entretanto, embora posteriormente o embargante tenha comprovado nos autos que a venda do automóvel ocorreu em período anterior ao ajuizamento da ação executória, ficou demonstrado que não realizou a transferência da titularidade do bem perante o DETRAN, de modo que a exequente não poderia ser responsabilizada pela indevida constrição. Assim, foi o embargante quem deu causa à lide, razão pela qual é descabida a condenação da fazenda ao pagamento dos honorários advocatícios.

- Recurso provido.

(TRF3, AC 00003080220144039999, Rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, Quarta Turma, e-DJF3 18/08/2014)

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação apenas para afastar a condenação do embargado em honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0007161-85.2013.4.03.0000

(2013.03.00.007161-8)

Agravante: FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO - FHE

Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 93/94

Interessado: MANOEL WEYSON CEZAR DE ALMEIDA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AI 500579

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/12/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. NATUREZA ALIMENTAR. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
2. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento ao recurso, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
3. O cerne da controvérsia diz respeito à constrição na conta-salário do agravante mediante a utilização do instituto da “penhora on line”. O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06, é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.
4. Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do “dogma da impenhorabilidade absoluta” de todas as verbas de natureza alimentar.
5. Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores. Dessa forma, uma vez demonstrado que o valor que se pretende bloquear refere-se à verba de natureza alimentar, não há razão para a constrição pretendida.
6. Ademais, a parte não trouxe argumentos que refutassem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ou que ensejassem a modificação da decisão monocrática.
7. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de agravo interno, interposto pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO EXÉRCITO - FHE em face da decisão monocrática de fls. 93/94, que negou seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 557, “caput” do Código de Processo Civil.

Em seu recurso, requer a agravante a reforma do julgado, aduzindo que há conflito na jurisprudência interna desta Corte, sendo que a reimplantação de consignação devidamente contratada não importa em violação do artigo 649 do Código de Processo Civil.

Requer a reconsideração da decisão ou o envio para o julgamento da C. 1ª Turma desta Corte.

Requer o provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento ao recurso, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela Fundação Habitacional do Exército - FHE, diante da decisão que, em sede de execução de título executivo extrajudicial, rejeitou o pedido de penhora de 30% do salário do agravado.

Em breve síntese, sustenta que a impenhorabilidade absoluta dos salários afronta o artigo 422 do Código Civil, que determina que os contratantes devem observar o princípio da boa-fé e da probidade na relação contratual. Requer, pois, a reforma da decisão agravada e a deter-

minação da penhora de 30% sobre os valores existentes em conta-salário do executado e dos depositados nos meses seguintes, até o limite de R\$ 17.344,86.

Não foi requerido o pedido efeito suspensivo ativo ao recurso.

Contudo, tendo em vista a não-angularização da relação processual no juízo de origem, ficando impossibilitada a intimação do agravado, determino o prosseguimento do feito independentemente da intimação.

Neste contexto, passo a analisar o mérito do presente agravo de instrumento.

Decido.

Inicialmente, observo que, consoante o artigo 522 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, estabeleceu-se nova sistemática para interposição recurso de agravo de instrumento, consagrando seu cabimento somente nos casos suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação ou naqueles previstos na Lei - casos de inadmissão da apelação ou nos efeitos em que ela é recebida. É esse o caso dos autos, razão pela qual conheço do recurso, na forma de instrumento.

O cerne da controvérsia diz respeito à constrição na conta-salário do agravante mediante a utilização do instituto da “penhora on line”.

O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06, é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do “dogma da impenhorabilidade absoluta” de todas as verbas de natureza alimentar.

Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores.

Dessa forma, uma vez demonstrado que o valor que se pretende bloquear refere-se à verba de natureza alimentar, não há razão para a constrição pretendida.

Neste sentido, transcrevo o julgado abaixo, proferido pela Terceira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA ON LINE. CONTA CORRENTE. VALOR RELATIVO A RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. VENCIMENTOS. CARÁTER ALIMENTAR. PERDA. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. - Apenas em hipóteses em que se comprove que a origem do valor relativo a restituição de imposto de renda se referia a receitas compreendidas no art. 649, IV, do CPC é possível discutir sobre a possibilidade ou não de penhora dos valores restituídos. - A devolução ao contribuinte do imposto de renda retido, referente a restituição de parcela do salário ou vencimento, não desmerece o caráter alimentar dos valores a serem devolvidos. - Em princípio, é inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. - Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. - Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. - É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial. Recurso especial não provido.”

(RESP 200801111780, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, 14/10/2009).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO STJ. EXECUÇÃO. PENHORA. SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Na hipótese, há divergência entre a decisão desta Corte Superior - que entendeu não ser cabível a constrição sobre conta corrente destinada ao recebimento de salário - e a decisão proferida pelo Juízo de primeira instância, que manteve a penhora de 30% sobre conta-salário do devedor.

2. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que é possível a penhora on line em conta corrente do devedor, desde que observada a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras, prevista no art. 649, IV, do CPC.

3. Agravo não provido”.

(AgRg na Rcl 12.251/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 19/08/2013)

No mesmo sentido: Embargos de Divergência em Agravo 1090111/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 13/12/2010.

Também acerca do tema, colaciono precedentes desta Corte em julgamento proferido no Agravo Legal nº 0006917-30.2011.4.03.0000/MS, e Agravo de Instrumento nº 0008021-57.2011.4.03.0000/SP, ambos de relatoria da Desembargadora Federal Ramza Tartuce, no sentido da impenhorabilidade de valores depositados na conta bancária destinada ao pagamento de salário, dada a sua natureza alimentar.

Diante do exposto, com amparo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, *NEGO SEGUIMENTO* ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Ademais, a parte não trouxe argumentos que refutassem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ou que ensejasse a modificação da decisão monocrática.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo interposto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0018595-07.2013.4.03.6100
(2013.61.00.018595-0)

Apelante: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE LATICÍNIOS E PRODUTOS DERIVADOS DO AÇÚCAR E DE TORREFAÇÃO, MOAGEM E SOLÚVEL DE CAFÉ DOS MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO CAPITAL, GRANDE SÃO PAULO, MOGI DAS CRUZES E SÃO ROQUE

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Classe do Processo: AC 1977419

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2015

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE ANTE A NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REJEITADAS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não assiste razão à Caixa Econômica Federal no que concerne às preliminares arguidas de ilegitimidade passiva *ad causam* e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central. A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para figurar no polo passivo das ações em que se discute correção monetária de depósitos referentes às contas vinculadas ao FGTS, consoante dispõe a Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça: “A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS”. Com relação à alegada nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público Federal, entendo que o presente caso não se amolda às hipóteses previstas no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, notadamente por não verificar a existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide. Ademais, mesmo que fosse caso de intervenção do Ministério Público, para que se declare a nulidade, deveria ter havido debate e demonstração do prejuízo, e isso não se verifica, o que só reforça a inexistência de violação do dispositivo supracitado. Preliminares rejeitadas.

2. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.683-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial.

3. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90.

4. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, deter-

mina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA.

5. Incabível a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE LATICÍNIOS E PRODUTOS DERIVADOS DO AÇÚCAR E DE TORREFAÇÃO MOAGEM E SOLÚVEL DE CAFÉ DOS MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO (CAPITAL), MOGI DAS CRUZES E CAJAMAR contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara da Justiça Federal de São Paulo/SP, que, em ação coletiva objetivando a condenação da CEF a promover a substituição da TR, pelo INPC, ou IPCA, ou, ainda por qualquer outro índice de correção monetária que reponha as perdas inflacionárias das contas fundiárias de titularidade dos trabalhadores vinculados ao sindicato autor, julgou improcedente o pedido.

Alega o apelante, em síntese, que “quando o Poder Judiciário determina que se aplique o índice oficial de inflação no lugar da TR, ele não age como legislador positivo, ele age como Poder Judiciário, na medida em que garante que o direito à correção monetária, consectário dos direitos constitucionais ao FGTS, à segurança jurídica e à propriedade. Estes direitos só se perfectibilizam quando a integralidade da inflação é reposta, máxime no caso em concreto, que tem como agravante o fato de o legislador ter escolhido para repor a inflação um índice que não foi criado por lei para tal fim, como é o caso da TR” (fl. 231).

Aduz, ainda, que “se de outro gizo, a TR não tem natureza jurídica de índice de correção monetária na esteira da decisão do STF na ADI 493, reafirmada agora no julgamento da ADI 4357/DF, ainda assim remanesce a necessidade de que o FGTS seja corrigido monetariamente, porque a correção monetária apenas repõe a perda do capital causada pela inflação, mantendo intacto, ao menos em tese, o poder de compra” (fl. 241), sob pena de violação ao direito de

propriedade, bem como afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da segurança jurídica e o da dignidade humana.

Em contrarrazões, a CEF alegou, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva e a necessidade de litisconsórcio passivo necessário com a União e o Banco Central. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido (fls. 250/267).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal em seu parecer requereu a nulidade de todos os atos decisórios, com a devolução dos autos à primeira instância, em razão da ausência de intervenção do MPF no processo (fls. 280/281).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Inicialmente, não assiste razão à Caixa Econômica Federal no que concerne às preliminares arguidas de ilegitimidade passiva *ad causam* e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para figurar no polo passivo das ações em que se discute correção monetária de depósitos referentes às contas vinculadas ao FGTS, consoante dispõe a Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça: “A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS”.

Nesse sentido:

FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGITIMIDADE DA CEF. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE EXTRATOS DE CONTAS VINCULADAS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. SÚMULA 252 DO STJ. IPC DE ABRIL/90 (44,80%). HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO, NOS TERMOS DA LC Nº 110/01. HONORÁRIOS. PRECEDENTES.

1. Reconhece-se a ilegitimidade passiva da União. Somente a CEF deve responder às ações em que se discute correção monetária de depósitos relativos a contas de FGTS.

2. A comprovação da existência de contas vinculadas é razoavelmente efetivada por cópias das folhas do FGTS, inseridas nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social - CTPS dos autores. A propositura da ação prescinde da juntada de extratos.

4. Os recolhimentos para o FGTS possuem natureza de contribuição social e não tributária, prescrevendo em 30 anos a ação de cobrança dos recolhimentos não efetuados e dos juros.

5. Nos termos da Súmula nº 252, “os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF”.

6. Os índices referentes aos demais Planos Econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor II e Real) não constam da inicial, razão por que não integram a lide, nem podem ser examinados em grau de recurso.

7. No tocante aos co-autores que assinaram termo de adesão previsto pela Lei Complementar nº 110/01, as referidas transações ensejam a extinção do processo, porquanto não se demonstra, em bases mínimas, a invalidade dos acordos noticiados.

8. Verba honorária mantida, pois a condenação atende ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC.
9. Extinção do processo, com resolução de mérito, por transação, quanto aos autores que aderiram aos termos da LC nº 110/01.
10. Apelo da CEF parcialmente conhecido. Na parte conhecida, matéria preliminar rejeitada. No mérito, recurso improvido.
(TRF 3ª Região, AC 2000.03.99.039279-8/SP, 1ª Turma, REL. JUIZ CONVOCADO CESAR SABBAG, j. 24.05.2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04.06.2012).

FGTS. Legitimidade da CEF. Ilegitimidade da União e do Bacen. Correção monetária. Abril/90. Somente a CEF, na qualidade de gestora do fundo, deve responder às ações em que se discute correção monetária de depósitos relativos a contas de FGTS. Ilegitimidade da União e do Banco Central do Brasil Súmula nº 249 do Superior Tribunal de Justiça.
Ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, não sendo o caso do pedido de condenação em honorários advocatícios, previstos nos artigos 20 e 21 do CPC, devendo-se apenas verificar, quando da análise do mérito, se cabível sua aplicação ao presente caso. Preliminar afastada.
Os saldos das contas do FGTS são corrigidos em 42,72% (IPC, janeiro de 1989) e em 44,80% (IPC, abril de 1990). No caso presente, devido o índice 44,80% de IPC, abril de 1990. Preliminares afastadas. Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, AC 0033216-10.1993.4.03.6100/SP, 5ª Turma, REL. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, j. 25.05.2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08.06.2011 PÁGINA: 635).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. CÓPIAS REPROGRÁFICAS DE CTPS COM OPÇÃO PELO FGTS. ART. 515, PARÁGRAFO 3º DO CPC. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. LEGITIMIDADE DA CEF. CARÊNCIA DA AÇÃO EM RAZÃO DA L.C. 110/2001. IPC. JANEIRO/89, MARÇO/90 E ABRIL/90. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

I - Desnecessária à propositura da ação de cobrança de diferenças de atualização de contas do FGTS a juntada de extratos das mesmas.
II - Cópias das CTPS, com opção pelo FGTS, oferecidas com a inicial são documentos hábeis para autorizar o processamento da ação.
III - Conhecido o recurso de decisão que não apreciou o mérito, é de rigor o seu exame com esteio no art. 515, parágrafo 3º do CPC, com redação dada pela Lei 10352/01, eis que a questão é exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento.
IV - A prescrição, no caso, é trintenária (Súmula 210/STJ).
V - A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder às ações versando sobre correção monetária dos saldos de FGTS.
VI - A Lei Complementar nº 110/2001 apenas fez por reconhecer o direito que assiste aos optantes do FGTS à reposição monetária expurgada de suas respectivas contas vinculadas, propondo, de outro lado, acordo pelo qual o débito é recomposto em parcelas e com deságio, sendo evidente a optatividade da adesão, mantendo íntegro o direito de ação perante o Judiciário.
VII - Consoante jurisprudência pacífica do Egrégio STJ e desta Corte e observado o entendimento do Colendo STF, o índice aplicável, para fins de correção monetária, é o IPC, com os seguintes percentuais: janeiro/89 - 42,72%, março/90 (84,32%) e abril/90 - 44,80%.
VIII - As parcelas devidas devem ser corrigidas desde o momento em que se tornam devidas.
IX - Os juros de mora devem ser fixados ao percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, até a entrada em vigor da Lei 10406/02 e, posteriormente, no percentual de 1% ao mês de acordo com o artigo 161 do CTN.
X - Cada parte deve arcar com os honorários de seu advogado em razão da sucumbência recíproca.

XI - Recurso parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, AC 1301469-54.1995.4.03.6108/SP, 2ª Turma, REL. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, j. 08.04.2008, DJU DATA:25.04.2008 PÁGINA: 635).

Sendo assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central.

Com relação à alegada nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público Federal, entendo que o presente caso não se amolda às hipóteses previstas no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, notadamente por não verificar a existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Ademais, mesmo que fosse caso de intervenção do Ministério Público, para que se declare a nulidade, deveria ter havido debate e demonstração do prejuízo, e isso não se verifica, o que só reforça a inexistência de violação do dispositivo supracitado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

[...]

2. A ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo às partes ou para apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*.

3. Até mesmo nas causas em que a intervenção do Parquet é obrigatória, seria necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010).

[...]

Recurso especial não conhecido.

(REsp 1249050/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011).

Superada a matéria preliminar, passo à análise do mérito.

In casu, o sindicato apelante propôs ação coletiva, objetivando a condenação da Caixa Econômica Federal - CEF ao pagamento, a favor de cada trabalhador substituído pelo autor, o valor correspondente às diferenças de FGTS em razão da aplicação da correção monetária pelo INPC nos meses em que a TR foi zero ou inferior a inflação do período, nas parcelas vencidas desde 1999 ou alternativamente, que em lugar do INPC seja aplicado o IPCA ou qualquer outro índice de correção monetária que reponha as perdas inflacionárias nas contas do autor, desde janeiro de 1999.

Inicialmente, anoto que a determinação de sobrestamento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, de processos nos quais se discute a mesma tese jurídica do Recurso Especial nº 1.381.683-PE, eleito como representativo de controvérsia, refere-se apenas aos recursos especiais pendentes de admissibilidade nesta Corte, na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Assim, compartilho do entendimento de que tal providência não impede o julgamento dos recursos de apelação nos Tribunais de segundo grau, porquanto a suspensão, nesta hipótese,

ocorre apenas com a interposição de recurso especial, para o qual está prevista a possibilidade de retratação pelo Tribunal de origem quando o julgamento estiver em desconformidade com a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça.

Passo à análise do caso.

Inicialmente, verifica-se do disposto nos enunciados das Súmulas 210 e 398 do Superior Tribunal de Justiça que a prescrição não atinge o direito em si, mas apenas a pretensão do titular da conta do FGTS de postular o cumprimento das obrigações vencidas nos trinta anos que antecedem o ajuizamento da ação. “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos. A prescrição da ação para pleitear os juros progressivos sobre os saldos de conta vinculada do FGTS não atinge o fundo de direito, limitando-se às parcelas vencidas”.

No mais, o legislador, com o intuito de resguardar o trabalhador que não gozava da estabilidade prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para assegurar a efetividade do princípio da continuidade do contrato de trabalho.

Nos termos prescritos no artigo 2º da Lei 5.107/1966, incumbia ao empregador a obrigação de proceder ao depósito, em conta vinculada, da importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida no mês anterior a cada empregado, optante ou não.

Ainda de acordo com a norma prevista no artigo 3º do referido diploma legal, “os depósitos efetuados de acordo com o artigo 2º são sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação e capitalizarão juros segundo o disposto no artigo 4º”.

Pois bem. Muito embora a correção monetária dos saldos do FGTS seja legalmente devida, o Supremo Tribunal pacificou o entendimento jurisprudencial de que o “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado”. Portanto, não há direito adquirido a regime jurídico quanto à correção monetária (RE n 226.855-7, Rel. Ministro Moreira Alves).

Procederei à análise dos índices individualmente.

a) Fevereiro/86. Nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Decreto-lei nº 2.284/86 “A conversão para cruzados, de que trata este artigo, dos saldos de cadernetas de poupança, bem como do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS/PASEP, deverá ser precedida de uma aplicação pro rata da correção monetária e juros, na forma da legislação específica que vigorava em 27 de fevereiro de 1986.”

Dessa forma, considerando que os saldos das contas vinculadas do FGTS existentes em 02/01/1986 deveriam ser reajustados segundo os índices da caderneta de poupança, a parte autora não faz jus à diferença de correção monetária no mês de fevereiro, porquanto aqueles saldos, consoante previsto no artigo 1º, II, do Decreto nº 2.284/86, foram reajustados em percentual superior (32,92%) ao postulado pelo fundista (14,36%).

No que se refere à correção monetária dos saldos das contas do FGTS nos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, dispõe o art.13, § 1º, da Lei nº 8.036/90, *in verbis*:

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.

1º Até que ocorra a centralização prevista no item I do art. 7º, a atualização monetária e a capitalização de juros correrão à conta do Fundo e o respectivo crédito será efetuado na conta vinculada no primeiro dia útil de cada mês, com base no saldo existente no primeiro dia útil do mês anterior, deduzidos os saques ocorridos no período.

Quanto a maio de 1990, o STF entendeu que a CEF, ao aplicar o índice BTN, atualizou corretamente os saldos mantidos em conta vinculada do FGTS em maio de 1990.

No tocante ao mês fevereiro/91, aquela Corte também reputou como correto o percentual aplicado pela CEF, ao argumento de que a Medida Provisória nº 294, que instituiu a Taxa Referencial (TR), entrou em vigor no mês em que deveria ser procedida à atualização monetária do saldo, qual seja fevereiro de 1991.

Nesse sentido, é a jurisprudência.

ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - FGTS - CORREÇÃO DE CONTAS VINCULADAS - SÚMULA 343/STF - AFASTAMENTO - ÍNDICES DE JUNHO/87 (26,06%), JANEIRO /1989 (42,72%), ABRIL E MAIO/90 (44,80% e 7,87%) e FEVEREIRO/1991 (21,87%) - RESP 1.111.201/PE e 1.112.520/PE - ART. 543-C DO CPC - SÚMULA 252/STJ - PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

(...)

3. Segundo a Súmula 252/STJ: Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

4. Provimento do pedido para modificar os índices relativos aos meses de junho/87, maio/90 e fevereiro/91, fixando-os, respectivamente em 18,02% com base na LBC; 5,38% pelo BTN e no percentual de 7%, com base na TR, mantendo-se os demais. (g/n)

(...)

(STJ, AR nº 1465/PR, PRIMEIRA SEÇÃO, Ministra ELIANA CALMON, j. 11/12/2013, DJe 18/02/2014).

Quanto ao período de julho de 1990, o C. Superior Tribunal pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS deveria ser realizada pelo índice 10,79% (BTN), e não 12,92% como pretende a parte autora.

No que se refere à atualização referente a março/1991, a Lei nº 8.177/91, em seu artigo 17, estabeleceu que:

A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Posteriormente, a Lei 8.660/93, que estabelecia novos critérios para a fixação da Taxa Referencial - TR, extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, e estabeleceu a TR como critério de remuneração da poupança:

Art. 2º. Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

(...)

Art. 7º. Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

Assim, a atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da lei 8.177/91.

Destarte, os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS.

Com relação a sua aplicação sobre os valores devidos a título de FGTS, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 459: “A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo”.

Portanto, diante das disposições legais que estabelecem a TR como o índice legal devido, incabível a sua substituição pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador, violando o princípio constitucional da Separação dos Poderes.

Ressalto, ainda, que o excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

Trago à colação, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA REFERENCIAL. INCLUSÃO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. Acórdão recorrido assentando que a questão discutida no recurso versa erro de direito atingido pelo fenômeno da preclusão. 2. Agravo interposto na fase da expedição do precatório, consoante iterativa jurisprudência, não pode fazer às vezes de embargos do executado e superar a preclusão. 3. É assente no Egrégio STJ que omissa a sentença é lícita a inclusão de índices na conta de liquidação cujo trânsito da sentença, por ausência de oposição à subsequente correção inibe a impugnação quando da expedição do Precatório. Precedentes: ERESP nº 478359/SP, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 13.09.2004; RESP 445630/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003; RESP 463118, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.12.2003. 4. Destarte, *in casu*, não houve erro material, isto porque a inclusão de expurgos adveio da determinação contida na própria sentença. Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser cabível a inclusão dos chamados expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, na fase de execução, de modo a refletir a real desvalorização da moeda. Contudo, a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários adstringe-se ao momento anterior ao trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação, em respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada. 5. É assente restar correta a aplicação da TR nos cálculos, haja vista que o STF, em hipóteses análogas, em ADINs fundadas na sua impugnação como fator de correção monetária, concluiu que

referido índice referenciador não foi suprimido do ordenamento jurídico, restando apenas que o mesmo não poderia substituir outros índices previamente estabelecidos em lei ou em contratos, pena de violação do ato jurídico perfeito. Sob esse ângulo, “O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI.” (RE-175678/MG - Rel. Ministro Carlos Velloso) 6. A sentença exequenda determinou fosse a restituição “acrescida de correção monetária e juros de mora”, sem especificar índices, conforme fls. 29 dos autos. 7. No que pertine à aplicação da correção monetária, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. 8. O erro material caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação viciada da vontade, e pode ser sanado a qualquer tempo, para subtrair os expurgos da conta de precatório complementar, sem que se ofenda a coisa julgada, hipótese que o próprio Tribunal *a quo* entendeu inócua, *in casu*. 9. Recurso Especial desprovido. (STJ, 1ª T. RESP 706.633, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 27/06/2005).

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À SÚMULA 121/STF. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CDA. LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. FGTS NÃO RECOLHIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL - TR. SÚMULA 83/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. É inviável o conhecimento de Recurso Especial no que concerne à violação da Súmula 121/STF, uma vez que o tipo normativo não se enquadra, como regra, no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988. 3. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento (art. 106 do CTN). Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu pela higidez da certidão da dívida ativa. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 5. A Taxa Referencial - TR é aplicável como índice de correção dos valores de contribuições do FGTS não recolhidos pelo empregador. 6. Incide, *in casu*, a Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” 7. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: (AGRESP 201101471564, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:03/10/2011 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA.

1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.

A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que “a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)”. Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da

incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei nº 8.177/91, por intermédio da edição da Lei nº 8.218/91.

Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo. 3. Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005;

REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.

4. Recurso especial não-provido.

(REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS - APLICAÇÃO DA TR - JUROS REMUNERATÓRIOS - ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. 1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA. 3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei. 4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010. 5. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(TRF2, AC nº 524737, 5ª Turma Especial, Rel. MARCUS ABRAHAM, E-DJF2R - 30/11/2012, p. 62).

FGTS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA. PRELIMINAR REJEITADA. CORREÇÃO DE SALDOS DA CONTA VINCULADA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA, INPC OU QUALQUER OUTRO ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A INFLAÇÃO. LEIS 8.036/90, 8.117/91 E 8.660/93. SÚMULA 459 DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. *In casu*, não houve a declaração de extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo Juízo *a quo*, com base em suposta ausência de uma das condições da ação. Na verdade, o que de fato ocorreu foi o enfretamento da questão de mérito pela sentença recorrida, haja vista o julgamento liminar de improcedência do pedido, nos termos do art. 285-A c.c. 269, I, ambos do CPC. Assim, não há se falar em aplicação à hipótese do princípio da causa madura, como pretendem os apelantes, impondo-se a rejeição da preliminar de nulidade da sentença impugnada. 2. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. 3. A Lei 8.036/90, responsável por regular normas e diretrizes do FGTS, expressamente estabelece que os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalizarão juros de 3% ao ano. 4. À vista dessas disposições, sobreveio a Lei 8.177, de 1991, dispondo, em seu art. 17, parágrafo único, que, a partir de fevereiro de 1991, tanto os saldos da conta vinculada ao FGTS, como as contas de poupança, passariam a ser remunerados pela TRD - Taxa Aplicável à Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança. 5. Posteriormente, a Lei 8.660/93 foi expressa em extinguir, a partir de 01/05/1993, a TRD, tendo estabelecido a TR como critério de remuneração da poupança. 6. A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção

monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. 7. Descabe a substituição TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. 8. Além disso, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, haja vista que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. 9. Rejeição da preliminar argüida. Apelação do autor a que se nega provimento.

(AC 00000422120144036117, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. 1. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial. 2. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90. 3. A atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da Lei 8.177/91. 4. Os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS. 5. Descabe a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes. 6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. 7. Apelação improvida.

(AC 00028830720144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. 1. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial. 2. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90. 3. A atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da Lei 8.177/91. 4. Os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS. 5. Descabe a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes. 6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucio-

nalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. 7. Apelação improvida. (AC 00006520720144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. I - Considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal, recebo os embargos de declaração opostos pela parte autora como agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC. II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já alegado. Na verdade, busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte. III - A determinação de sobrestamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de processos nos quais se discute a mesma tese jurídica do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, eleito como representativo de controvérsia, refere-se apenas aos recursos especiais pendentes de admissibilidade nesta Corte, na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil. Tal providência não impede o julgamento dos recursos de apelação nos tribunais de segundo grau. IV - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. V - Nos termos do art. 13 da Lei nº 8.036/90, os depósitos efetuados nas contas vinculadas ao FGTS “serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança”, os quais são remunerados pela Taxa Referencial, a teor do que dispõe o art. 12, I, da Lei nº 8.177/91. VI - A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. VII - Descabe a substituição da TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. VIII - Sem dúvida, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, visto que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. IX - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, em momento algum declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei nº 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição aos índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. X - Recebidos os Embargos Declaratórios como agravo legal e negado provimento.

(AC 00019469420144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, verifica-se, que inexistente qualquer ilegalidade na aplicação da TR como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS.

Diante do exposto, *rejeito* a matéria preliminar e *nego provimento* à apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0021216-80.2014.4.03.9999

(2014.03.99.021216-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 171/172

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ALZIRA SOARES DE SOUZA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA PARANAIBA - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AC 1984307

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2016

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. APELAÇÃO INTEMPESTIVA DO INSS. INTIMAÇÃO POR CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO. INEXISTÊNCIA DE REPRESENTANTE DA PROCURADORIA FEDERAL NA SEDE DO JUÍZO.

I- Nos termos do art. 506, inc. I, do CPC, *in verbis*: “O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência”. Dessa forma, a apelação interposta pela autarquia encontra-se intempestiva.

II- *In casu*, o I. Procurador do Instituto não compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada, não obstante tenha tomado ciência da designação da mesma. Verifica-se que a intimação foi devidamente realizada por meio de carta, com aviso de recebimento, uma vez que o processo tramitou em comarca diversa do local onde situada da Procuradoria. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.352.882/MS, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin).

III- O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

IV- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC que, nos autos da ação em que se pleiteia a concessão de aposentadoria rural por idade, negou seguimento à apelação do INSS, sob o fundamento de intempestividade da mesma.

Inconformada, agravou a autarquia, pleiteando a reforma da decisão, alegando que não houve intimação pessoal do Procurador Federal e “OFENSA AO ARTIGOS 17 DA LEI nº 10.910/2004 e 6º DA LEI nº 9.028/95” (fls. 175).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Inicialmente, observo que o agravo regimental será conhecido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, tendo em vista que o recurso foi interposto contra a decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC, aplicando-se, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal.

Passo à análise do recurso.

Razão não assiste à agravante.

Conforme decidi a fls. 171/172, *in verbis*:

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão de aposentadoria rural por idade.

Foram deferidos à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo o benefício requerido, no valor de um salário mínimo mensal a partir do requerimento administrativo (21/8/12). “Os valores atrasados deverão ser atualizados conforme os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 11.960” (fls. 113). Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor devido até a data da prolação da sentença. Sem custas. Por fim, concedeu a tutela antecipada.

Inconformado, apelou o INSS, requerendo a reforma integral do *decisum*.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Encaminhados os autos ao Gabinete da Conciliação nos termos do art. 3º, da Resolução nº 309, de 9 de abril de 2008, do Conselho de Administração desta E. Corte, o INSS informou não ser possível fazer proposta de acordo.

É o breve relatório.

Inicialmente, analiso a tempestividade da apelação interposta pelo Instituto-réu.

Com efeito, o recurso, para ser admissível, deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei. Caso não seja exercido o direito de recorrer dentro deste, operar-se-á a preclusão temporal. Preceitua o art. 508 do Código de Processo Civil:

(...)

Com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.950/94, o mencionado dispositivo legal unificou os prazos da maioria dos recursos, prevendo o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição do recurso de apelação, tendo o Instituto Nacional do Seguro Social a prerrogativa do prazo em dobro (art. 188 do CPC).

Outrossim, nos termos do art. 506, inc. I, do CPC, *in verbis*: “O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência”.

Nesse sentido, comentando a hipótese, o E. Nelson Nery Junior explica:

(...)

Na hipótese em exame, o I. Procurador Federal do INSS não compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada em 8/4/14, não obstante tenha sido intimado da designação da mesma, conforme fls. 88.

Dessa forma, iniciando-se o prazo recursal na data da audiência, nos termos do art. 242, §1º, do CPC, e não havendo nos autos menção de qualquer causa interruptiva ou suspensiva, o prazo começou a fluir no primeiro dia útil seguinte a 8/4/14, a teor do art. 240 e parágrafo único do CPC.

Verifica-se que o recurso foi interposto somente em 15/5/14 (fls. 112), donde exsurge a sua manifesta extemporaneidade.

Ressalto que a intimação pessoal posterior à publicação do *decisum* na audiência (fls. 118) não tem o condão de reabrir o prazo recursal, à míngua de previsão legal.

Ante o exposto e com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 33, inc. XIII, do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento à apelação.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem, com as cautelas de praxe, promovendo-se a devida baixa na Distribuição. Int. (grifos meus)

No tocante à intimação da designação de audiência de instrução e julgamento, houve intimação da Procuradoria do INSS, realizada por carta, conforme *aviso de recebimento*, devidamente assinado (fls. 88vº).

Dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.028/95, *in verbis*:

Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

(...)

§ 2º As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.

Transcrevo o citado art. 237 do CPC:

Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

I - pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo;

II - por carta registrada, com aviso de recebimento quando domiciliado fora do juízo.

(...).

Dessa forma, verifica-se que a intimação foi devidamente realizada por meio de carta, com aviso de recebimento, uma vez que o processo tramitou na Comarca de Paranaíba/MS, sendo que a Procuradoria situa-se na cidade de Três Lagoas/MS, conforme Portarias PGF nº

765/08 e nº 997/12, que fixaram a competência territorial das Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e respectivos Escritórios de Representação.

Neste sentido, transcrevo o julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia* nº 1.352.882/MS, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. INÉRCIA DA EXEQUENTE. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA NO RESP 1.120.097/SP (ART. 543-C DO CPC). EXECUÇÃO FISCAL QUE TRAMITA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA EM QUE SEDIADO O ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA FAZENDA NACIONAL. INTIMAÇÃO POR CARTA, COM AVISO DE RECEBIMENTO. LEGALIDADE.

1. “A inércia da Fazenda exequente, ante a intimação regular para promover o andamento do feito e a observância dos artigos 40 e 25 da Lei de Execução Fiscal, implica a extinção da execução fiscal não embargada *ex officio*, afastando-se o Enunciado Sumular 240 do STJ, segundo o qual ‘A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu’.”

2. Orientação reafirmada no julgamento do REsp.1.120.097/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

3. *É válida a intimação do representante da Fazenda Nacional por carta com aviso de recebimento (art. 237, II, do CPC) quando o respectivo órgão não possui sede na Comarca de tramitação do feito. Precedentes do STJ.*

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.*

(STJ, 1ª Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 12/6/13, vu, DJe 28/6/13)

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CÍVEL

0000069-03.2015.4.03.6106

(2015.61.06.000069-0)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 99

Interessado: JUIZ FEDERAL WILSON PEREIRA JUNIOR

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe de Processo: ExcSusp 1212

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. DOCUMENTOS NOVOS. JUNTADA NA FASE RECURSAL. PRECLUSÃO.

A apreciação de novos fatos que, ao entendimento do excipiente, igualmente demonstrariam a alegada suspeição do magistrado, contudo apenas apresentados nesta instância recursal, não se mostram cabíveis no atual momento processual, devendo ser apreciados em novos autos.

Tratando-se de exceção de suspeição, esta deve ser arguida em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão (CPC, art. 138, §1º).

Relativamente ao requerimento de depoimento pessoal do Juiz Excepto, tendo em vista os elementos constantes dos autos, consubstanciados na prova documental, verifica-se que já houvera produção de subsídios suficientes para se proceder ao julgamento da causa, sendo prescindível o depoimento pessoal do Excepto.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo interposto por MARCOS ALVES PINTAR em face da r. decisão de fl.99 lavrada nos seguintes termos:

Fls.52/53: no dia 31 de julho do ano corrente, o excipiente apresentou petição anexando cópia

das decisões proferidas nos processos que indica, nos quais o excepto se declarou suspeito, formulando, ainda, pedido de oitiva do magistrado excepto em depoimento pessoal.

Preliminarmente, a exceção de que trata esta petição já foi pautada, e deverá ser julgada no próximo dia 19 de agosto.

Por outro lado, a referida petição e documentos não podem ser juntados a estes autos para consideração no julgamento a ser realizado no próximo dia 19 de agosto, pois a exceção de suspeição deve ser instruída no ato de sua arguição, para que o magistrado excepto possa respondê-la adequadamente.

Ora, a exceção deve ser arguida junto ao juiz de 1º Grau que, ao recebê-la, poderá dar-se por suspeito ou poderá respondê-la, determinando a remessa dos autos, em seguida, ao Tribunal. No caso dos autos, o excipiente comparece agora, já neste Tribunal, requerendo a juntada de documentos, bem assim o cumprimento de diligência.

A juntada de tais documentos levariam à necessidade, obrigatoriamente, de nova oitiva do MM. Juiz excepto, eternizando a solução.

Por isso, é de se indeferir a juntada de tais documentos e, em decorrência, o pedido de oitiva do magistrado excepto.

Com efeito, novas alegações não têm lugar nesta fase; novos fatos devem ensejar nova exceção. Nestas condições, indefiro a juntada da petição de fls. 52/53 e dos documentos que a acompanharam aos autos, devendo a Subsecretaria, devolvê-los ao ilustre signatário, com as cautelas de estilo.

Int.

Alega o agravante que os documentos que pretendia juntar retratavam uma nova prova da suspeição alegada surgida após a formação do incidente.

Sustenta ainda que a cognição neste incidente deve ser exauriente, pois, segundo aduz, não haverá nenhum outro momento para se questionar a parcialidade alegada, razão pela qual devem ser produzidos todos os meios de prova admitidos.

Aduz, finalmente, que a r. decisão carece de fundamentação.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa, para julgamento.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Tenho que desassiste razão ao agravante.

Desde logo, não prospera a alegação de que a decisão padece de fundamentação, vez que restou motivada, ainda que de forma sucinta, satisfazendo a norma do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ser a decisão monocrática sucinta e contrária aos interesses da parte, não condiz tachá-la de carente de fundamentação, achando-se a mesma suficientemente motivada.

Ademais, como já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal “a Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o Juiz ou Tribunal dê as razões de seu convencimento” (STF - 2ª Turma, AI 162.089-8/DF - AgRg, Relator Ministro Carlos Veloso, DJU de 15/03/1996).

A apreciação de novos fatos que, ao entendimento do excipiente, igualmente demons-

trariam a alegada suspeição do magistrado, contudo apenas apresentados nesta Corte, não se mostram cabíveis no atual momento processual, devendo ser apreciados em novos autos.

Como fundamentado na r. decisão agravada, por tratar-se a alegação de suspeição de Magistrado, matéria que enseja a nulidade relativa do feito, incumbe à parte arguir a questão pela via da exceção e com todos os documentos que comprovem o alegado, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão.

É o que se depreende do artigo 138, parágrafo 1º do CPC, *verbis*:

Art.138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

(...)

§1º A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o arguido no prazo de cinco (5) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.

(...)

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. PRECLUSÃO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ACÓRDÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I.Tratando-se de hipótese de suspeição, esta deve ser arguida em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão (CPC, art. 138, §1º).

II.O julgamento da exceção de suspeição, por constituir incidente processual que independe de pauta - por não se incluir naqueles previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil - pode ser realizado sem prévia intimação das partes e seus advogados, caso em que os regimentos internos dos tribunais podem dispor soberanamente. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1157079/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 24/02/2010)

Destaque-se que na hipótese em que o juiz de primeira instância rejeita a exceção, impõe a remessa dos autos ao Tribunal para nova análise por meio de órgão colegiado, razão pela qual se mostra despropositada nova instrução nesta fase processual.

Relativamente ao requerimento de depoimento pessoal do Juiz Excepto, tendo em vista os elementos constantes dos autos, consubstanciados na prova documental, verifica-se que já houvera produção de subsídios suficientes para se proceder ao julgamento da causa, sendo prescindível o depoimento pessoal do Excepto.

Convém ressaltar que o destinatário da prova é o Magistrado. Este detém liberdade na direção do processo, podendo determinar todas as providências necessárias ao esclarecimento da causa e indeferir os requerimentos inúteis, tudo em prol da celeridade e economia processuais, sem que tais atos configurem cerceamento de defesa. Nesse aspecto, ao juiz é conferida ampla liberdade de direção do processo (art. 125 do CPC), podendo determinar a produção de provas que reputar necessárias e refutar as que entender inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo para o fim de manter a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Tributário



Maze L. Site

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001140-43.2001.4.03.6102

(2001.61.02.001140-9)

Agravante: DISSOLTEX IND. QUÍMICA LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 171/173

Apelante: DISSOLTEX IND. QUÍMICA LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1446939

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. AQUISIÇÕES DE INSUMOS NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. CRÉDITO DE IPI. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Está pacificado no STJ que ao creditamento de IPI é aplicável a regra do Decreto nº 20.910/1932, que estabelece prazo prescricional de cinco anos, contados do fato ou ato que originou o crédito (Resp. 541.239/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, D.J.e. 05.06.2006; AERESP 449008, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, D.J.e. 14/02/2007)

2. No caso em tela, portanto, estão prescritos os créditos anteriores a 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, que se deu em 02.02.2001.

3. É pacífico o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal de que a operação anterior desonerada do tributo não gera direito aos créditos de IPI na operação consequente. Precedentes do STF, inclusive com reconhecimento de repercussão geral (RE 398365, Rel. Min. Gilmar Mendes, D.J.e. 22.09.2015; RE 562980, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, repercussão geral, D.J.e. 16.05.2008; RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, D.J.e. 07.03.2008).

4. O agravo apenas reiterou o que havia sido antes deduzido e já enfrentado no julgamento monocrático, não restando espaço para a reforma postulada.

5. Não há no agravo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo regimental, previsto nos artigos 250 e 251 do Regimento Interno deste Tribunal, interposto pela *Dissoltex Indústria Química Ltda.*, inconformada com a r. decisão monocrática de f. 171-173.

Em suas razões, a agravante sustenta, em síntese, que:

a) o IPI é exação sujeita a lançamento por homologação, razão pela qual se deve aplicar o prazo prescricional de 10 (dez) anos;

b) em virtude do princípio da não-cumulatividade previsto no artigo 153, IV e §3º, II, da Constituição Federal, a agravante possui o direito de creditar do valor do IPI o montante relativo às aquisições de insumos isentos, utilizados na industrialização de produtos;

c) a possibilidade de aproveitamento do saldo credor está especificada no artigo 11 da Lei nº 9.779/99 e nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96.

A agravante requer, ainda, a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

O agravo não merece acolhimento.

Não há o que reconsiderar. Adoto como razão de decidir os fundamentos expendidos pelo então Relator, Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, por ocasião da prolação da decisão monocrática de f. 171-173, proferida nos seguintes termos:

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A matéria discutida nos autos diz respeito ao direito de creditamento de IPI relativo a aquisições de insumos (matéria-prima, produtos intermediários e embalagens) não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero utilizados na industrialização de produtos sobre os quais há recolhimento do imposto (posterior saída tributada).

DA PRESCRIÇÃO

Por se tratar de prejudicial de mérito, analiso a questão atinente à prescrição.

Particularmente acredito que créditos atinentes ao regime de não cumulatividade do IPI estão sujeitos ao prazo prescricional quinquenal do CTN. Ao pedir o creditamento de IPI para fazer valer a não cumulatividade em relação a pagamentos vincendos, por certo o tema se insere na seara tributária. Se o pedido for formulado no sentido de recuperação de indébitos por conta do não creditamento, com igual ou maior razão deve ser aplicado o CTN.

Ademais, tratando-se de matéria tributária, somente lei complementar pode cuidar de prescrição e decadência, ao teor da Súmula Vinculante 08 do E.STF, levando à aplicação do CTN (assim recepcionado pelo ordenamento constitucional de 1988, como pacificado). A esse propósito há a conhecida distinção dos termos iniciais do prazo quinquenal em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, qual seja, 05 anos do fato gerador (no entendimento dos 05 mais 05, aplicável a indébitos anteriores à vigência da Lei Complementar 118/2005) e 05 anos do recolhimento indevido (para indébitos posteriores à Lei Complementar 118/2005).

Contudo, reconheço que está pacificado no E.STJ que ao creditamento de IPI é aplicável a regra do Decreto nº 20.910/1932, que estabelece prazo prescricional de cinco anos, contados do fato ou ato que originou o crédito (Resp. 541.239/DF, DJ 5/6/2006, Relator Ministro Luiz Fux). No mesmo sentido, transcrevo, para melhor ilustrar a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ementa de julgado proferido pela Primeira Seção daquela Corte.

“TRIBUTÁRIO - CREDITAMENTO ESCRITURAL DE IPI - ISENÇÃO E ALÍQUOTA ZERO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a prescrição para o creditamento de IPI por ser hipótese de aproveitamento de crédito decorrente da regra constitucional da não-cumulatividade, está sujeita ao prazo quinquenal.

2. Agravo regimental improvido.”

(STJ, Primeira Seção, AERESP - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - 449008, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 14/02/2007, vu) No caso em tela, portanto, estão prescritos os créditos anteriores a 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, que se deu em 2 de fevereiro de 2001, tendo ocorrido, pois, a prescrição parcial.

DOS INSUMOS NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO

A não-cumulatividade foi inserida no artigo 153, § 3º, II, da Constituição de 1988 no tocante ao IPI, de modo que produtos que tenham sido tributados por esse imposto geram créditos na entrada em estabelecimentos contribuintes para fins de compensação com o que for devido a título dessa mesma exação em saídas tributadas realizadas num período de apuração.

A não cumulatividade é técnica de tributação que distribui a quantificação tributária por várias etapas de processo produtivo plurifásico, evitando que a última etapa da cadeia (venda ao consumidor final) seja onerada pelo que se agregou em cada fase anterior. Pelas mesmas razões, se não houver recolhimento de IPI nas operações precedente não há que se falar em creditamento, motivo pelo qual se a operação antecedente restou não tributada (vale dizer, fora do campo constitucional de incidência) ou sujeita à alíquota zero, inexistirá direito a creditamento.

Embora reconheça dificuldades de identificação de operações, montantes e congêneres, particularmente acredito que se houve etapas tributadas anteriores a uma etapa sujeita à alíquota zero, deveria ser assegurado o creditamento pelo adquirente daquilo que foi pago nas operações anteriores e na própria operação sujeita à alíquota zero, sob pena de ser violada a não cumulatividade na posterior saída tributada promovida por esse adquirente. Exceto no caso da imunidade (ou não incidência qualificada), o mesmo entendimento é inaplicável às hipóteses de não incidência porque, salvo melhor juízo, seria o caso de operações anteriores envolvendo produto até então não industrializado, o que, de per si, impede a tributação e a geração de crédito de IPI.

Contudo, a matéria já recebeu apreciação pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 370.682-SC e 353.657-PR, em 15 de fevereiro de 2007, Acórdãos publicados em 19/12/2007, nestes termos:

“Por maioria, deu-se provimento aos recursos, por se entender que a admissão do creditamento implica ofensa ao inciso II do § 3º do art. 153 da CF. Asseverou-se que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, *tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero, não existe parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada*. Ressaltou-se que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em ato de criação normativa para o qual o Judiciário não tem competência. Aduziu-se que o reconhecimento desse creditamento ocasionaria inversão de valores com alteração das relações jurídicas tributárias, dada a natureza seletiva do tributo em questão, visto que o produto final mais supérfluo proporcionaria uma compensação maior, sendo este ônus indevidamente suportado pelo Estado. Além disso, importaria em extensão de benefício a operação diversa daquela a que o mesmo está vinculado e, ainda, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas. *Por fim,*

esclareceu-se que a Lei 9.779/99 não confere direito a crédito na hipótese de alíquota zero ou de não-tributação e sim naquela em que as operações anteriores foram tributadas, mas a final não o foi, evitando-se, com isso, tornar inócuo o benefício fiscal. Ficaram vencidos, em ambos os recursos, os Ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que lhes negavam provimento. O Min. Sepúlveda Pertence ressaltou a extensão, que alguns votos fizeram, da mesma equação jurídica à hipótese de não incidência do IPI.” (Destaquei).

DOS INSUMOS ISENTOS

Embora os julgados acima citados não tenham tratado da hipótese de creditamento no caso de insumos isentos, acredito que a mesma solução dada pelo E. STF para os produtos não tributados e sujeitos à alíquota zero deve ser estendida aos casos de isenção. Isso porque a desoneração feita no âmbito jurídico da isenção pressupõe que a operação está no campo de incidência confiado pelo Constituinte ao Legislador, de modo que cabe ao ente federativo (no caso em tela, a União) realizar a desoneração concedendo isenção por discricionariedade política. A rigor, do ponto de vista prático, não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero resultam na desoneração tributária, mas do ponto de vista jurídico são institutos muito distintos, sendo que os mais próximos são isenção e alíquota zero por partirem do pressuposto de inclusão da hipótese material no campo de incidência constitucionalmente confiado ao ente estatal, sendo ambos sujeitos à discricionariedade normativa do ente federativo.

Admito que isenção de IPI depende de lei ordinária da União (à luz do contido no art. 150, § 6º da Constituição) ao passo em que a alíquota zero pode ser manuseada por atos infralegais (notadamente decretos regulamentares, por força do art. 153, § 1º, da ordem constitucional de 1988), mas substancialmente são institutos próximos sob o aspecto jurídico material.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.819, decidiu pela negativa da possibilidade de creditamento em relação a insumo adquirido sob qualquer regime de desoneração, assentando, em síntese, que o raciocínio desenvolvido no caso de insumo, sujeito à alíquota zero ou não-tributado é próprio também para a hipótese de insumo isento, inexistindo dado específico a conduzir ao tratamento diferenciado.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

“IPI - CRÉDITO. A regra constitucional direciona ao crédito do valor cobrado na operação anterior. IPI - CRÉDITO - INSUMO ISENTO. Em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito. IPI - CRÉDITO - DIFERENÇA - INSUMO - ALÍQUOTA. A prática de alíquota menor - para alguns, passível de ser rotulada como isenção parcial - não gera o direito a diferença de crédito, considerada a do produto final.”

(RE 566819, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-027 de 10-02-2011)

Em conclusão, curvo-me ao entendimento assentado pelo E. STF, em favor da unificação do Direito e da pacificação dos litígios.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC, *nego provimento à apelação da autora*.

Com efeito, as alegações da agravante não merecem prosperar, pois o agravo apenas reiterou o que já havia sido antes deduzido e enfrentado no julgamento monocrático, não restando espaço para a reforma postulada.

A corroborar o entendimento externado na decisão monocrática, citem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral reconhecida:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. *Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição*

Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência. (RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015) (grifei)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INSUMOS TRIBUTADOS E PRODUTO FINAL SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO OU ISENTO. PRETENSÃO AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. I - O tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico e econômico. II - Repetição em múltiplos feitos com fundamento em idêntica controvérsia. III - Repercussão geral reconhecida. (RE 562980 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/03/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-10 PP-02007)

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. *Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.* IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. (RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807) (grifei)

Sendo assim, não havendo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, que se fundamentou em jurisprudência assente do e. Supremo Tribunal Federal, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO ao agravo.*

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0028030-65.2001.4.03.9999
(2001.03.99.028030-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: DESTILARIA ARCHANGELO LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO - SP
Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Relatora em Substituição Regimental: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Classe de Processo: AC 701648
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/12/2015

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMOS A SÓCIOS. INEXISTÊNCIA DE LUCROS ACUMULADOS OU RESERVAS DE LUCROS À ÉPOCA. TRIBUTAÇÃO INDEVIDA.

- Embargos à execução fiscal versando sobre cobrança de valores do IRPJ exigidos em razão de distribuição disfarçada de lucros, decorrente de empréstimos da empresa embargante a seus sócios cotistas.
- As hipóteses de distribuição disfarçada de lucros são previstas taxativamente no direito pátrio, sob a égide dos princípios da legalidade estrita e da tipicidade fechada, consoante jurisprudência de nossos Tribunais.
- O empréstimo de dinheiro, da pessoa jurídica a pessoa a ela ligada, constitui hipótese de distribuição disfarçada de lucros descrita no artigo 60, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que prevê, como condição para sua caracterização, a posse de lucros acumulados ou reservas de lucros pela empresa na data do empréstimo.
- Ausente, no caso, o pressuposto da existência de lucros acumulados ou reservas de lucros à época dos empréstimos, não se caracteriza a hipótese típica de distribuição disfarçada de lucros, apta a ensejar o lançamento tributário, restando inexigível o IRPJ cobrado da embargante. Precedentes.
- Honorários advocatícios, a cargo da União Federal, mantidos em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.
- Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial em embargos à execução fiscal, ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional) objetivando a cobrança de crédito tributário relativo ao IPRJ, constituído mediante auto de infração em que apurada a prática de distribuição disfarçada de lucros pela empresa executada, na forma de empréstimos efetuados aos seus sócios sem a cobrança de encargos financeiros.

A embargante, DESTILARIA ARCHANGELO LTDA., alegou na inicial a nulidade do procedimento administrativo, em razão de erro na capitulação legal da infração, tornando inválida, em consequência, a certidão de dívida ativa, e, quanto ao mérito, a ausência da irregularidade apontada pelo Fisco, por não se ter configurado hipótese de distribuição disfarçada de lucros, tendo em vista consistirem os supostos empréstimos em adiantamentos de numérico aos sócios-fornecedores por conta de entrega futura de matéria prima (cana-de-açúcar) e não possuir a empresa, à época das operações, lucros acumulados nem reservas de lucros.

Em sua impugnação, aduziu a embargada a correção do procedimento fiscal, a higidez do título executivo e a efetiva caracterização das operações praticadas pela embargante como empréstimos a seus sócios, sem cobrança de encargos financeiros (juros e correção monetária), de cujo valor decorreu a exigência tributária.

Deferida prova pericial, vieram aos autos laudos do perito nomeado pelo Juízo (fls. 186/188) e do assistente técnico indicado pela Fazenda Nacional (fls. 202/206).

A r. sentença, apesar de considerar configurada hipótese de distribuição disfarçada de lucros e existente imposto devido, incidente sobre o valor do benefício auferido pelos sócios - correspondente aos encargos de juros e correção monetária que não lhes foram cobrados -, julgou procedentes os embargos e declarou extinta a execução, ao fundamento de caber somente aos sócios (pessoas físicas) beneficiados a obrigação de pagar o tributo e, portanto, não poder este ser exigido simultaneamente da pessoa jurídica, em razão do *bis in idem* (dupla incidência sobre a mesma base de cálculo), condenando a embargada em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa (atualizado. Decisão não submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, sustentando, em síntese, a validade da CDA, bem como a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa, e a legalidade da exigência fiscal, diante da ocorrência incontestada de distribuição disfarçada de lucros, consubstanciada na concessão de empréstimos da empresa aos seus sócios cotistas, a título de adiantamento a fornecedores de matérias primas, sem a devida cobrança de juros e correção monetária, a permitir a aplicação do art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983 ao caso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Observe, de início, que, a despeito da falta de pronunciamento do Juízo *a quo* sobre a remessa *ex officio*, a r. sentença está sujeita ao reexame necessário, independentemente da observância do limite de alçada, visto ter sido proferida em data anterior (10.03.2000) à edição

da Lei nº 10.352/2001, conforme entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no REsp representativo de controvérsia nº 1.144.079/SP.

A questão posta nos autos cinge-se, em verdade, à discussão sobre a ocorrência ou não de hipótese de distribuição disfarçada de lucros e, conseqüentemente, sobre a exigibilidade do tributo dela derivado, cobrado por via da execução fiscal embargada.

A execução, de fato, visa à cobrança de valores do imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ relativos aos anos-base de 1984 e 1985 (exercícios de 1985 e 1986), exigidos em razão de pretensa distribuição disfarçada de lucros, decorrente de empréstimos repassados pela empresa embargante aos seus sócios cotistas, pessoas físicas, detectada em procedimento fiscalizatório.

À época dos fatos, o instituto da distribuição disfarçada de lucros, no que interessa à solução da controvérsia, era regido pelas seguintes disposições legais, contidas no Decreto-Lei nº 1.598/1977, com as alterações introduzidas pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065/1983:

Art. 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:
(...)

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;

(...)

VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros;

§ 1º O disposto no item V não se aplica às operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito, desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

§ 2º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.

§ 3º Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica:

a) o sócio desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;

(...)

Responsabilidade Tributária

Art. 62 - Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:

(...)

IV - no caso do item V do artigo 60, a importância mutuada em negócio que não satisfaça às condições do § 1º do mesmo artigo será, para efeito de correção monetária do patrimônio líquido, deduzida dos lucros acumulados ou reservas de lucros, exceto a legal;

(...)

VI - no caso do item VII do artigo 60, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis.

§ 1º O lucro distribuído disfarçadamente será tributado como rendimento classificado na cédula H da declaração de rendimentos do administrador, sócio ou titular que contratou o negócio com a pessoa jurídica e auferiu os benefícios econômicos da distribuição, ou cujo cônjuge ou parente até o 3º grau, inclusive os afins, auferiu esses benefícios.

Consta do auto de infração (fls. 161/161 vº.) que, nos anos-base de 1984 e 1985 a fiscalizadora, ora embargante, “tomou empréstimos onerosos e repassou-os aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária”, e

que, “sem cobrança de qualquer encargo financeiro dos sócios beneficiários dos empréstimos, fica caracterizada a distribuição disfarçada de lucros em valor correspondente aos juros e correção monetária calculados conforme quadros demonstrativos de fls”.

Os agentes fiscais responsáveis pela lavratura do auto enquadraram esses fatos como “infração aos artigos 367, VII do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo art. 20 II do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370 VI do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20 VIII do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80”.

Conclui-se dessa capitulação que a efetiva base legal da autuação foram os incisos II e VIII do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065/1983, que correspondem, respectivamente, ao inciso VII, do art. 60, e ao inciso VI, do art. 62, ambos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, acima transcritos.

Todas as manifestações da Fazenda Nacional nestes autos, corroborando o teor do auto de infração, afirmam categoricamente que as operações praticadas pela empresa embargante, objeto da autuação, consistiram em empréstimos (mútuos em dinheiro) efetuados aos seus sócios, em condições que os favoreceram.

O Fisco, no entanto, enquadrando tais operações na hipótese do art. 60, VII, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983), que trata de “qualquer outro negócio em condições de favorecimento”.

Ao assim fazer, procedeu incorretamente.

Com efeito, conforme preleciona Luís Eduardo Schoueri - referindo-se ao inciso VII do art. 432 do RIR/1994, que reproduz o texto do inciso VII do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 -, a mencionada hipótese “não abrange todo e qualquer negócio jurídico, mas tão-somente aqueles não previstos nos incisos I a VI do mesmo dispositivo regulamentar”, dos quais “constam normas específicas para determinados negócios jurídicos, enquanto o último trata de outros negócios. Destarte, por exemplo, quando se estiver diante de um negócio de mútuo em dinheiro, não pode o intérprete aplicar a regra do inciso VII, (...), uma vez que o inciso V do mesmo artigo 432 prevê condições específicas para o empréstimo de dinheiro a pessoas ligadas, prevendo, dentre outras condições, que a pessoa jurídica tenha, na data do empréstimo, lucros acumulados ou reservas de lucros. Para o mútuo, a única regra aplicável é a do inciso V (mesmo teor do inc. V do art. 60 do DL 1598/1977), não a do inciso VII, que só trata de outros negócios”. (in: “Distribuição Disfarçada de Lucros”, SP, Dialética, 1996, pp 70/71.)

Prossegue o preclaro doutrinador, ainda, asseverando que tal raciocínio “vale, até mesmo, se for caso de mútuo em que é mutuante a pessoa ligada e mutuária a pessoa jurídica, com juros acima do valor de mercado. Apesar de notória a condição de favorecimento, não se tratará de ‘outro negócio’, já que o mútuo foi tratado no inciso ‘V’ do art. 432 do RIR/94”.

É que as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros são descritas taxativamente no direito pátrio, sob a égide dos princípios da legalidade estrita e da tipicidade fechada, consoante jurisprudência há muito consolidada em nossos Tribunais.

A esse respeito, trago à colação:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO. CONTRATO DE MÚTUA ENTRE SÓCIO E EMPRESA. REGISTRO EM CARTÓRIO. DESNECESSIDADE.

1. A enumeração das hipóteses de distribuição disfarçada de lucro é taxativa no direito brasileiro, figurando entre elas o contrato de mútuo firmado entre a pessoa jurídica e o sócio, consoante dispõe o art. 367 do RIR - Regimento do Imposto de Renda.

(...)

3. A distribuição disfarçada de lucro, por se tratar de preceito com inegável conotação sancionatória, reclama, para a sua configuração concreta, sejam observados os Princípios da Tipicidade Cerrada e da Legalidade.

(...)

5. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 499.309/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2004, DJ 23/08/2004, p. 123)

TRIBUTARIO- IMPOSTO DE RENDA- DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. LEI 4.506/64 - TAXATIVIDADE DA ENUMERAÇÃO.

CONSIDERADA A ENUMERAÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 73 DA LEI Nº 4.506/64 COMO HIPOTESE DE IMPOSTO OU DE PENALIDADE, SUJEITA-SE, DE QUALQUER SORTE, A EXIGENCIA DA TIPICIDADE, NÃO COMPORTANDO TENHA SUA INCIDENCIA ESTENDIDA A OUTROS CASOS, A FUNDAMENTO DE QUE ANALOGOS. (...)

(TFR, AC 79027/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/1986, DJ 11/12/1986)

TRIBUTARIO - IMPOSTO DE RENDA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - ART.251, LETRA B DO R.I.R. APROVADO PELO DECRETO Nº 58.400/66

- O ART.251 EM APREÇO, AO EXCEPCIONAR A REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO, ESTABELECE UMA ALIQUOTA MAIS GRAVOSA, ASPECTO QUE, POR SI SO, IMPÕE INTERPRETAÇÃO ESTRITA, NÃO COMPORTANDO AMPLIAÇÕES INDEVIDAS: OUTROSSIM, A EXTENSÃO DAS LETRAS “A” E “B” AS TRANSAÇÕES ENTRE PESSOAS JURIDICAS TRARIA IMPLICAÇÕES DE RELEVO A CIRCULAÇÃO ECONOMICA ENTRE AS EMPRESAS, DE MOLDE A RECLAMAR UM POSICIONAMENTO EXPLICITO DO LEGISLADOR, QUE NÃO PODE SER INFERIDO ATRAVES DE ILAÇÕES, POIS ESTAMOS NO CAMPO TRIBUTARIO, COMANDADO PELO PRINCIPIO DA LEGALIDADE. O DIREITO BRASILEIRO, NO PARTICULAR, ADOTARIA TECNICA DA TIPIFICAÇÃO DAS HIPOTHESES DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS, “NUMERUS CLAUSUS”, DE SORTE QUE O FATO GERADOR CORRESPONDENTE DEVE COINCIDIR COM O MODELO LEGAL, NÃO PODENDO FICAR ALEM OU AQUEM DO SEU “TYPUS”. SENTENÇA DE PROCEDENCIA MANTIDA; IMPROVIDOS OS RECURSOS DA UNIÃO E A REMESSA OFICIAL, DADA COMO INTERPOSTA. (TFR, AMS 87927/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/1981, DJ 05/02/1981)

Por conseguinte, não há como estender-se aos empréstimos feitos pela embargante a seus sócios a aplicação do inc. VII do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (introduzido pelo art. 20, II, do DL 2.065/1983), porquanto subsumidos inequivocamente, em tese, na hipótese típica já prevista no inciso V do mesmo dispositivo legal.

O fato de terem os referidos mútuos sido realizados em condições de favorecimento aos sócios beneficiários em nada altera esta conclusão, eis que o favorecimento é ínsito à norma do art. 60, V, do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Não fosse assim, seria absolutamente inócua em relação a essa norma a ressalva contida no § 2º do mesmo artigo (“A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.”).

Desse modo, *in casu*, considerados os empréstimos aos sócios como os fatos caracterizadores da distribuição disfarçada de lucros supostamente apurada pelo Fisco, somente no inciso V do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 poderia ter sido adequadamente enquadrada

a infração atribuída à empresa e, com esse fundamento, realizado o consequente lançamento do IRPJ contra ela.

Nesse passo, impende indagar da possibilidade da subsistência da infração e da tributação correspondente à vista do disposto naquele dispositivo (art. 60, V, DL 1.598/1977), vale dizer, se os mútuos em dinheiro da empresa aos sócios traduziram efetivamente distribuição disfarçada de lucros, que o Fisco afirma ter ocorrido.

A empresa defendeu-se alegando que as referidas transações não constituíram na realidade empréstimos, mas sim adiantamentos aos seus sócios, também fornecedores, para viabilizar a entrega futura de matéria prima indispensável à sua atividade (cana-de-açúcar), operações rotineiras entre as usinas de açúcar/álcool e seus fornecedores, e que, de qualquer maneira, não acumulava na ocasião lucros ou reservas de lucros.

Não há controvérsia quanto à ocorrência das operações, mas sim quanto à sua natureza, afirmando a Fazenda constituírem de fato empréstimos com vantagens para os sócios, que levaram à glosa dos respectivos encargos financeiros (juros e correção monetária), não repassados aos mutuários.

Tendo sido tributado somente o valor daqueles encargos, e não do principal, infere-se o reconhecimento, pelo Fisco, da realização da contrapartida dos sócios (pagamento) em montante, ao menos, equivalente ao valor principal da operação.

Ocorre que a distribuição disfarçada de lucros decorrente de empréstimo em dinheiro de empresa a sócio exige, para sua caracterização, a presença inarredável do pressuposto da existência de lucros acumulados ou reservas de lucros em posse da pessoa jurídica, na ocasião da transação.

Ora, no caso em tela, a prova técnica produzida nos autos revela a inexistência de disponibilidade de lucros ou reservas de lucros pela empresa à época dos fornecimentos de numerário aos sócios, fato a respeito do qual convergiram em seus laudos tanto o perito judicial - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 187) - como o assistente técnico da Fazenda Nacional - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 204) -, conquanto este tenha afirmado a irrelevância desse dado, para efeito do previsto no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983.

Portanto, ausente o pressuposto indispensável da posse, pela empresa, de lucros acumulados ou reservas de lucros à época dos empréstimos, não se configurou a hipótese típica de distribuição disfarçada de lucros, apta a ensejar o lançamento contra a embargante, restando inexistente o tributo derivado e não podendo, consequentemente, prosperar a execução fiscal.

Confira-se, a propósito, a orientação da jurisprudência acerca do tema:

TRIBUTÁRIO. IRPJ. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRESUNÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMO A SÓCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 60 DO DECRETO-LEI Nº 1.598/77. PROVA PERICIAL. HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS. 1A prova técnica confirmou a inexistência de lucros ou reservas de lucros na data dos empréstimos, situação igualmente exigida para que sejam invocados os demais dispositivos do Decreto-lei nº 1.598/77 citados. Trata-se de interpretação técnica dos artigos, parágrafos e alíneas. Somente diante da presença de lucros ou reservas de lucros na data em que realizados os empréstimos ao sócio da pessoa jurídica, é que se passa a verificar se incide uma das causas de exclusão do § 1º do art. 60 e, quando o caso, se há necessidade da comprovação mencionada no § 2º.

(...)

4Apelo da União e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0604240-50.1998.4.03.6105, Rel.

JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 18/12/2008, e-DJF3 Judicial 2 DATA:27/01/2009 PÁGINA: 294)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. BASE DE CÁLCULO. CÉDULA H. RIR/80.

1. Constituiu distribuição disfarçada de lucros, sujeita à tributação sobre o rendimento transferido, o empréstimo de dinheiro à pessoa física (sócio-presidente), por empresa que, à época, possuía lucros acumulados ou reserva de lucros. Precedentes.

2. Apelação não provida.

(TRF1, AC 0038301-22.1998.4.01.0000/BA, Rel. JUIZ FEDERAL VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA (CONV.), TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR (INATIVA), DJ p.111 de 11/11/2004)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CDA. LIQUIDEZ E CERTEZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

- No caso em tela a presunção de liquidez e certeza de que se reveste o título executivo sucumbiu ante a realização de perícia contábil pela qual restou constatado que o empréstimo auferido pelo embargante junto à empresa não foi proveniente dos lucros da Pessoa Jurídica, de forma que havendo comprovação da origem do recurso repassado pela empresa ao seu sócio não há se falar em distribuição disfarçada de lucros, tampouco em tributo desta operação decorrente. (TRF4, AC 2001.04.01.006476-3, Primeira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 19/05/2004)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. LAUDO PERICIAL. DL Nº1.598/77 ART.60.

I- Laudo técnico pericial, atestando a inexistência de lucros acumulados pela empresa à época do empréstimo concedido ao sócio, afasta a presunção pela Fazenda Nacional de distribuição disfarçada de lucro, nos termos do art. 60 Decreto-Lei nº1.598/77.

II- Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF1, AC 0023419-84.2000.4.01.0000/GO, Rel. JUIZ CARLOS OLAVO, QUARTA TURMA, DJ p.188 de 26/01/2001)

TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMO A SÓCIO EM CONDIÇÕES PRIVILEGIADAS. RIR/80.

1. NA SISTEMÁTICA DO RIR/80, OCORRIA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS QUANDO A EMPRESA, POSSUINDO LUCROS ACUMULADOS, FAZIA EMPRÉSTIMO A SÓCIO EM CONDIÇÕES EXCEPCIONALMENTE FAVORÁVEIS, DIVERSAS DAQUELAS EXISTENTES NO MERCADO (ART.367).

(...)

3. APELAÇÃO IMPROVIDA.

(TRF5, AC 193073/CE, Rel. Desembargador Federal Castro Meira, Primeira Turma, DJ p.144 - 22/11/2000)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - ART. 367, V, DO RIR/80 - IRRELEVÂNCIA DO PAGAMENTO DO EMPRÉSTIMO NO MESMO EXERCÍCIO - CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO.

1. Nos termos do art. 367, V, do RIR/80, aprovado pelo Decreto 85.450/80, presume-se haver distribuição disfarçada de lucros na concessão de empréstimo pela pessoa jurídica a seu sócio, se na época possuía a sociedade lucros acumulados ou reservas de lucros.

2. A presunção pode ser afastada nas hipóteses contidas nos §§ 1ª e 2º do art. 367 do RIR/80, entre as quais não se inclui o pagamento do empréstimo no mesmo exercício de sua concessão.

(...)

4. Apelação a que se nega provimento.

(TRF1, AC 0012946-49.1994.4.01.0000/GO, Rel. JUIZ OSMAR TOGNOLO, TERCEIRA TURMA, DJ p.14 de 01/03/2000)

TRIBUTARIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO. DECRETO-LEI Nº 1598, DE 1977, ART. 60, V E PARAGRAFOS 1 E 2, COM A REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2065, DE 1983.

1. EMPRESTIMO A SOCIO-MAJORITARIO DE PESSOA JURIDICA QUE DISPÕE DE RESERVA DE LUCROS E LUCROS ACUMULADOS, MEDIANTE CLAUSULA DE JUROS E CORREÇÃO MONETARIA EM PERCENTUAL BEM INFERIOR AO DOS INDICES INFLACIONARIOS, CONFIGURA HIPOTESE TIPICA DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

2. A DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS SE CONFIGURA COM A OCORRENCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA, OU SEJA, POR OCASIÃO DO ENCERRAMENTO DO EXERCICIO FINANCEIRO, SENDO IRRELEVANTE, PARA ESSE EFEITO, A POSTERIOR RESTITUIÇÃO DO EMPRESTIMO, EM CONDIÇÕES DIFERENTES DAS PREVISTAS NO CONTRATO EM VIGOR.

(...)

4. SENTENÇA REFORMADA.

(TRF4, AC 92.04.24681-2, Segunda Turma, Relator Teori Albino Zavascki, DJ 07/12/1994)

A verba honorária a que foi condenada a União Federal deve ser mantida em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo o decreto de procedência dos embargos, todavia, com a fundamentação expendida no presente voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA:

Com o ajuizamento da presente ação, pretende, em suma, a apelada, ora embargante, Destilaria Archangelo Ltda., obter provimento jurisdicional que reconheça a nulidade do procedimento administrativo contra ela instaurado, sob nº 13831.000053/89-40, anexo por cópia, por ocorrência de alegado erro na capitulação legal do auto de infração de que cuida, o que invalidaria a certidão de dívida ativa. No mérito, sustenta não ter havido distribuição disfarçada de lucros, configurando-se os empréstimos adiantamentos de numerário por ela feitos aos seus sócios-fornecedores, à conta de entrega futura de cana-de-açúcar, não possuindo a empresa, à época dos eventos financeiros, nos anos-base de 1984 e 1985, lucros acumulados ou reserva de lucros.

A ação de execução fiscal, sob nº 26/93 (originário), refere-se à cobrança de IRPJ, no anos-base 1984 e 1985, ajuizada em decorrência dos fatos acima referidos.

Em face da sentença de procedência do pedido, a União Federal (Fazenda Nacional), ora embargada, interpôs recurso de apelação, sustentando a higidez do procedimento fiscal levado a efeito, exurgindo incontestemente, no seu dizer, a distribuição disfarçada de lucros, representada pela concessão de empréstimos da empresa aos seus sócios, a título de adiantamento a fornecedores de cana-de-açúcar, sem a cobrança de encargos financeiros, atraindo a aplicação do disposto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83.

Adoto os termos do relatório lançado pela e. Relatora, Desembargadora Federal Diva Malerbi, em cujo voto apreciou a matéria inclusive por força da remessa oficial, por ter sido a sentença proferida anteriormente à edição da Lei nº 10.352/2001, e, no mérito, negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Concessa vênha, guardado o respeito devido ao entendimento consignado pela e. Relatora, tenho por pertinente suscitar algumas reflexões a ensejarem solução de mérito diversa para o problema em julgamento.

Postula a embargante o reconhecimento da nulidade da Certidão de Dívida Ativa, bem como a improcedência do auto de infração (fl. 32), argumentando ter ocorrido cerceamento de defesa, porquanto invocou-se no auto de infração “apenas o artigo 367, VII, do RIR/80, inciso este que foi acrescido pelo artigo 20, II, do Decreto nº 2.065/88, c/c o artigo 370, VI, do mesmo regulamento, inciso que lhe fora dada nova redação pelo art. 20, VII, do DL já citado e artigo 387, do Estatuto do Imposto de Renda, aprovado pelo D. 85.450/80”. (fl. 03 - redação do original)

Por ocasião de sua defesa administrativa, teria arguido “a falta de menção ao inciso V, do art. 367, do RIR/80, ficando o Auto de Infração SEM O SUSTENTÁCULO DE SUA VALIDADE JURÍDICA corroída” (fl. 03), o que, teria dificultado a defesa, desclassificaria o auto de infração e provocaria a nulidade do procedimento fiscal, porquanto, não tinha a pessoa jurídica lucro acumulado ou reserva de lucro a distribuir.

Anteriormente, diz ter sido autuada em 20/11/86, sob a alegação de “que houvera favorecimento da empresa para com seus sócios. Foram lavrados vários autos de infrações, contra os sócios da empresa, alegando a DDL”. (fl. 10). Os recursos teriam sido acolhidos pelo Conselho de Contribuintes. A embargante/apelada parece estar se referindo ao acórdão nº 104-6.209, exarado no procedimento administrativo nº 13831/000.055/87-11, em 11/07/88. (fl. 51 e vº e também fls. 49, 50, 52 a 60)

Como não logrou êxito no primeiro procedimento fiscal, prossegue a embargante, voltou-se a autoridade fiscal contra a pessoa jurídica e, dessa atuação fiscal, originou-se auto de infração, que deu origem ao procedimento administrativo nº 13831.000053/89-40; à ação executiva nº 26/93 (em anexo por cópia); e aos presentes embargos à execução, sob nº 2001.03.99.028030-7.

O auto de infração lavrado contra a Embargante, Destilaria Archangelo Ltda., foi trazido aos autos, por cópia, pela Fazenda Nacional, com a impugnação aos embargos, à fl. 161 e verso, e com a apelação, à fl. 271 e verso.

Teve como enquadramento legal o art. 728, II, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, e foi lavrado com fulcro no art. “367, VII, do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo artigo 20 II do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370, VI, do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20, VIII, do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80”. (vº de fls. 161 e 271).

Do arcabouço legal em que se sustenta o auto de infração lavrado:

a) RIR/80:

Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60):

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de

pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;
IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;

VI - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado.

§ 1º O disposto no inciso V não se aplica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, § 1º):

a) as operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros;

b) aos negócios de mútuo contratados por escrito, com estipulação de juros e correção monetária nas condições usuais no mercado financeiro e que sejam resgatados no prazo máximo de 2 (dois) anos.

§ 2º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, § 2º).

Art. 370. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 62):

I - nos casos dos incisos I e IV do art. 367, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do exercício;

II - no caso do inciso II do art. 367, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;

III - no caso do inciso III do art. 367, a importância perdida não será dedutível;

IV - no caso do inciso V do art. 367, a importância mutuada em negócio que não satisfaça às condições dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo será, para efeito de correção monetária do patrimônio líquido, deduzida dos lucros acumulados ou reservas de lucros, exceto a legal;

V - no caso do inciso VI do art. 367, o montante dos rendimentos que exceder ao valor de mercado não será dedutível;

VI - nos casos do art. 369, as importâncias pagas ou creditadas ao acionista controlador que caracterizarem as condições de favorecimento não serão dedutíveis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos lucros disfarçadamente distribuídos e não prejudica as normas de indedutibilidade estabelecidas neste Regulamento.

Art. 387. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do exercício (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Regulamento, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Regulamento, devam ser computados na determinação do lucro real.

Parágrafo único. Incluem-se nas adições de que trata este artigo:

a) ressalvadas disposições especiais deste Regulamento, as quantias tiradas dos lucros ou de quaisquer fundos ainda não tributados para aumento do capital, para distribuição de quaisquer interesses ou destinadas a reservas, quaisquer que sejam as designações que tiverem, inclusive lucros suspensos e lucros acumulados (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 43, § 1º, f, g, e i);

b) os eventuais prejuízos verificados na alienação de imóveis que tenham sido reavaliados com o uso do benefício fiscal concedido pelo art. 15 do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de

1968 (Decreto Lei nº 401/68, art. 15, § 3º.

Art. 728. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas (Decreto-Lei nº 401/68, art. 21) :

I - de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), a Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), se o contribuinte, pessoa física ou jurídica, obrigado à declaração do imposto demonstrar, em resposta à intimação para apresentá-la, não haver auferido rendimentos tributáveis, de acordo com as disposições legais;

II - de 50% (cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto devido, nos casos de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

III - de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença do imposto devido, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

b) Decreto-lei nº 2.065/83:

Art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/83:

São procedidas as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

.....
II- Fica acrescentado o seguinte item ao Art. 60: (do DL 1.598/83)

“VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros”.

Cite-se, por pertinente, também o art. 60 do Decreto-lei nº 1.598/83, a que alude o inciso II, do art. 20, retro citado:

Art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/83: (com a redação do art. 20, II, do DL 2.065/83)

Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

.....
.....“VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros”.

Da mesma forma, pertinente a citação do art. 20, VIII, do Decreto-Lei 2.065/83, no qual também se apoia o auto de infração lavrado:

VIII - O item VI do Art. 62 passa a vigorar com a seguinte redação:

“VI - no caso do item VII do artigo 60, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis”.

Insiste a embargante ter havido cerceamento de defesa por não ter o auto de infração, cuja improcedência postula, culminada com o reconhecimento da nulidade da Certidão de Dívida Ativa, sido lavrado com fulcro no art. 367, V, do RIR/80, de seguinte redação:

Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60):
.....

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros.

Ora, por óbvio, o auto de infração não foi lavrado com supedâneo no preceito legal reproduzido, o art. 367, V, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, por não se tratar o caso concreto da vertente que disciplina. Não se cuida, aqui, da “pessoa jurídica [que] empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros”. A hipótese é outra, precisamente, conforme capitulou o auto de infração, prevista no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83 e outros dispositivos legais aplicáveis, o que afasta o alegado cerceamento de defesa. Confira-se:

Art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/83:

São procedidas as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

.....
II- Fica acrescentado o seguinte item ao Art. 60: (do DL 1.598/83)

“VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros”.

Incorre na infração, ou seja, na distribuição disfarçada de lucros, a pessoa jurídica que “realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros”.

Esta a realidade fática encontrada no exame da documentação fiscal, e apurada pela autoridade administrativa competente, no regular procedimento instaurado para esse fim.

A embargante sustenta que o repasse de numerário tomado pela pessoa jurídica, junto à rede bancária, a custo de mercado (com juros e correção monetária), e carreado aos sócios, representou adiantamento de recursos para cobrir as despesas de produção da cana-de-açúcar (preparação do solo, máquinas, combustível etc.), e não empréstimo, com favorecimento, aos sócios.

Recorde-se, entretanto, que, segundo apurou o Fisco, nos anos-base de 1.984 e 1.985, a que se refere a apuração fiscal, a embargante, como produtora de álcool, tomou empréstimos onerosos, junto à rede bancária, e os repassou aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária. Tais “adiantamentos” eram sempre em favor dos sócios da empresa, e nunca em favor de terceiros também fornecedores de cana. Não justifica a embargante porque não cobrou dos seus sócios os juros e correção monetária incorridos, muito embora alegue dificuldades financeiras, nem porque os “adiantamentos” não se estenderam também aos terceiros, com quem, afirma, mantinha acordos de fornecimento de cana-de-açúcar.

Além dessas constatações, apurou o Fisco que os “adiantamentos” aos sócios, advindos dos empréstimos onerosos, eram sempre superiores ao fornecimento do produto adquirido. Por outro lado, muitos dos créditos pela entrega da matéria prima não foram escriturados na conta “Adiantamento a Fornecedores de Matéria Prima”, sendo, entretanto, utilizados para aumento de capital da empresa, em dinheiro, ou para pagamento, em espécie, pelos fornecimentos da cana-de-açúcar.

As razões que afirmam a legalidade do procedimento fiscal adotado e o acerto de suas decorrências legais vão abaixo transcritas, e podem ser encontradas no verso do auto de in-

fração lavrado, cujas cópias foram carreadas, repita-se, às fls. 161 e 271 destes autos. São elas:

Distribuição Disfarçada de Lucros:

Nos anos base de 1.984 e 1.985 a fiscalizada tomou empréstimos onerosos e repassou-os aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária. Como produtora de álcool, a empresa adquiria matéria prima, cana, de terceiros e dos sócios que também eram produtores. Por conta desse fornecimento sistematicamente eram transferidos recursos da pessoa jurídica para os sócios, à título de adiantamento porém, sempre em valores superiores ao fornecimento, constatação feita através das contas “Fornecedores de Matéria Prima” e “Adiantamento a Fornecedores de Matéria Prima”. Os saldos devedores registrados nessa última conta correspondem a adiantamentos de numerários realizados durante o período, e como pode-se observar na conta gráfica anexada as fls. a (...), apresenta-se devedora durante todo o ano. E apesar do elevado saldo devedor registrado, muitos créditos por entrega de matéria prima não transitaram por ela, mas foram utilizados pelos sócios pa-(ra) aumento de capital em dinheiro, ou pagamentos em espécie pelos fornecimentos. Esclareça-se que tais adiantamentos eram sempre em favor dos sócios da empresa, e nunca em favor de terceiros também fornecedores de cana. Embora beneficiando os sócios com os adiantamentos de numerários, a empresa constantemente tomava empréstimos bancários, arcando com juros e correção monetária às taxas de mercado. Sem cobrança de qualquer encargo financeiro dos sócios beneficiários dos empréstimos, fica caracterizada a distribuição disfarçada de lucros em valor correspondente aos juros e correção monetária calculados conforme quadros demonstrativos de fls.

Desta forma estamos procedendo à tributação das importâncias de CR\$ 19.409.031, no ano base de 1.984, e CR\$ 900.511.124, no ano base de 1.985, de encargos financeiros não dedutíveis na pessoa jurídica, por serem de responsabilidade dos sócios. (...)

Quanto à natureza dos repasses aos sócios, exsurtem duas versões: ou constituíram antecipação de pagamento pelo fornecimento de matéria prima, na ausência de lucros ou de reserva de lucros a serem distribuídos pela empresa (conforme alega a embargante); ou representaram empréstimos, com favorecimento aos sócios (conforme defende a Fazenda Nacional). Aduz a sentença que a “contradição entre essas duas versões não ficou resolvida pelo esforço pericial e pelo conteúdo do respectivo laudo, estando este vazado em considerações atécnicas, desprovido de referências bastantes a dados contábeis concretos, ensejadores de convencimento seguro acerca das conclusões ali adotadas”. (fl. 256)

Por seu turno, o julgado produzido pela e. Relatora aduz que “a prova técnica produzida nos autos revela a inexistência de disponibilidade de lucros ou reservas de lucros pela empresa à época dos fornecimentos de numerário aos sócios, fato a respeito do qual convergiram em seus laudos tanto o perito judicial - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 187) - como o assistente técnico da Fazenda Nacional - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 204) -, conquanto este tenha afirmado a irrelevância desse dado, para efeito do previsto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/1983”.

Com o costumeiro respeito que dispenso à d. Relatora, e, em consonância com o direcionamento que venho desenvolvendo, diverso é o meu entendimento. Com efeito, para os fins do disposto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83, com razão o assistente-técnico da União Federal (Fazenda Nacional). Conforme aduzi, cuida-se nestes autos de outra hipótese, que não aquela disciplinada pelo art. 367, V, do RIR/80, em que, aí sim, seria de relevo o dado apurado, para a solução da controvérsia. No caso presente, entendo, respeitosamente, que não, pois, conforme já se disse, trata-se de distribuição disfarçada de lucros, tal como prevista e

capitulada no auto de infração, que teve como enquadramento legal o art. 728, II, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, e foi lavrado com fulcro no art. 367, VII, do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo artigo 20, II, do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370, VI, do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20, VIII, do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80.

Julgou a sentença procedente o pedido, muito embora infira fossem mais favoráveis as taxas cobradas, pelos bancos, da pessoa jurídica, o que explicaria a opção, reconhecendo, entretanto, que o repasse aos sócios, sem a cobrança “dos encargos relativos aos juros e à correção monetária originalmente contratados constituiu efetivo favorecimento a eles, em prejuízo da empresa”. (fl. 257). Justifica a procedência do pedido, apontando que pode o Fisco exigir “das pessoas físicas o pagamento do tributo e, ao mesmo tempo, buscá-lo da pessoa jurídica, mediante o expediente de glosar os encargos do empréstimo bancário, (o que) configura verdadeiro *bis in idem*”. (fl. 259).

Entendo, no entanto, não ser caso de *bis in idem*. A pessoa jurídica responderá pela infração que cometeu, na distribuição disfarçada de lucros aos seus sócios, conforme apurado nestes autos, enquanto os seus sócios, pessoas físicas, responderão, nos processos próprios, incursos noutra capitulação legal, pelo não recolhimento do IRPF, à vista do acréscimo patrimonial obtido, representado pelos juros e correção monetária dos empréstimos a eles repassados pela pessoa jurídica, que não lhes foram cobrados.

De rigor, portanto, a reforma da sentença de procedência do pedido, em todos os seus termos, invertendo-se os ônus da sucumbência. Deixo, contudo, de condenar a embargante em honorários advocatícios ante a suficiência do encargo de 20% do DL 1.025/69.

Ante o exposto, divirjo da e. Relatora para, quanto ao mérito, dar provimento à apelação e à remessa oficial e julgar improcedentes os presentes embargos, mantendo-se hígida a execução fiscal.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA

APELAÇÃO CÍVEL
0002464-65.2011.4.03.6119
(2011.61.19.002464-0)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM EM SÃO PAULO COREN/SP
Apelada: ANGELA MARIA DE SOUZA BRUN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AC 2111423
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/11. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.404.796/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.404.796/SP, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, de acordo com a teoria dos atos processuais isolados e o princípio *tempus regit actum*. Assim, a Lei nº 12.514/11 não pode ser aplicada retroativamente:
2. A execução fiscal foi ajuizada em 23/03/2011, ou seja, em data anterior a edição da Lei nº 12.514, que é de 28/10/2011, restando, portanto, afastada sua aplicação.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de apelação em execução fiscal que tem por objeto a cobrança de crédito relativo à anuidade de Conselho Profissional acrescido de juros, multa e correção monetária cujo valor constante na CDA é de R\$ 834,31.

A sentença (fls. 45/46) extinguiu o feito, sem resolução do mérito, a teor do disposto no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, com base no artigo 8º da Lei 12.514/11.

Apela o Conselho Regional de Enfermagem (fls. 49/56) requerendo a reforma da r. sentença e regular continuidade do feito, alegando inaplicabilidade da Lei nº 12.514/2011 aos débitos oriundos de multa administrativa às execuções fiscais ajuizadas antes de seu advento.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.404.796/SP, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, de acordo com a teoria dos atos processuais isolados e o princípio *tempus regit actum*. Assim, a Lei nº 12.514/11 não pode ser aplicada retroativamente:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. “TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS”. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 (“Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”) às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”. Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada “Teoria dos Atos Processuais Isolados”, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. (grifei)

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que “Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”. O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda)

não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

No caso em tela, a execução fiscal foi ajuizada em 23/03/2011, ou seja, em data anterior a edição da Lei nº 12.514, que é de 28/10/2011, restando, portanto, afastada sua aplicação.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0005852-97.2011.4.03.0000

(2011.03.00.005852-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

Agravado: NATU'S COM. DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AI 432596

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

AGRAVO INOMINADO - ART. 543-c, § 7º, II, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO - REDIRECIONAMENTO - ART. 135, CTN - NÃO APLICAÇÃO - ART. 50, CC - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÚMULA 435/STJ - NÃO INDICAÇÃO DO SÓCIO PELO AGRAVANTE - PEDIDO GENÉRICO - ART. 286, CPC - JULGADO ANTERIOR MANTIDO, AINDA QUE FUNDAMENTO DIVERSO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios -gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

2. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é de que é inaplicável o art. 135, III do CTN às dívidas de natureza não-tributária.

3. A punição administrativa sem indicação de dolo especial dos sócios com a devida especificação da participação, não enseja a responsabilidade. Prática desse jaez tornaria a responsabilidade objetiva.

4. Quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Código Civil.

5. São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial.

6. Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que não localizada pelo Oficial de Justiça (fl. 32). Assim, cabível o redirecionamento pleiteado, com fundamento no art. 50, CC, bem como na Súmula 435/STJ, consoante disposto no REsp nº 1.371.128.

7. O presente recurso não merece prosperar, considerando seu pedido (inclusão “dos sócios gerentes da empresa” no polo passivo), posto que o recorrente não indicou o sócio que pretende responsabilizar pelo débito. Outrossim, o agravante não trouxe à colação, ainda que intimado para tanto, cópia integral da petição que ensejou a prolação da decisão agravada, proferida pelo Juízo *a quo*, não sendo possível a ilação de qual sócio gerente (ou quais sócios gerentes) o agravante pleiteia o reconhecimento da responsabilidade pelo crédito exequendo. O agravante, após intimado, trouxe aos autos somente as comunicações internas, via correio eletrônico (fls. 94/97), sem qualquer indicação do sócio que pretende incluir.

8. Ainda que possível o redirecionamento do feito, com base na fundamentação supra, o julgado anterior não merece reforma, pela impossibilidade de acolhimento do pedido genérico do recorrente (art. 286, CPC).

9. Julgado anterior mantido, para negar provimento ao agravo inominado, ainda que fundamento diverso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, manter o julgado anterior, para negar provimento ao agravo inominado, ainda que por fundamento diverso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de agravo inominado interposto em face de decisão que, nos termos do disposto no artigo 557, § 1º, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto em face de decisão que indeferiu a inclusão de sócio no polo passivo à execução fiscal.

Alegou o agravante que há prova nos autos da não localização da empresa no domicílio fiscal, aplicando-se, portanto, à hipótese, o teor da Súmula 435/STJ. Ressaltou que se executada multa administrativa por conduta praticada pelos dirigentes da empresa (já que a pessoa jurídica é desprovida de vontade). Teceu argumentos acerca da aplicação da multa em ofensa do Código do Consumidor. Reconheceu que, em face da natureza não-tributária da dívida, o art. 135, III, CTN, não incide, todavia, argumentou que, indiretamente incide por força do disposto no art. 4º, § 2º, LEF. Asseverou que por “atos ilícitos”, responde, sempre, solidariamente à pessoa jurídica, a pessoa física que os pratica (art. 592, CPC; art. 942, CC). Sustentou o redirecionamento com base no art. 4º, Lei nº 6.830/80 e art. 1046, CC.

Na sessão de julgamento, em 9 de junho de 2011, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo inominado.

Frente ao teor do acórdão, a UNIÃO FEDERAL interpôs Recurso Especial.

Em 3 de setembro de 2015, a Vice-Presidência desta Corte, ao apreciar a admissibilidade do Recurso Especial, vislumbrou a desconformidade entre o acórdão recorrido e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.371.128/RS), quanto a questão devolvida, determinando a devolução dos autos a esta Turma Julgadora, conforme previsão do art. 543-C, § 7º, II, CPC, do Código de Processo Civil, para eventual juízo de retratação.

Instado, em 19/10/2015, para indicar expressamente os sócios que pretende incluir no polo passivo da execução fiscal, o agravante, em 11/12/2015, peticionou, informando que “por um descuido no setor de protocolo desta PRF a petição anexa foi protocolizada equivocadamente no Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região - TRT em 10/11/2015”.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Discute-se nestes autos a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal para os sócios-gerentes da sociedade executada.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.

Compulsando os autos, verifica-se que se executa multa administrativa, portanto, de natureza não tributária.

É cediço que a inclusão de sócio no pólo passivo de execução fiscal de *dívida não-tributária* é indevida, nos termos do art. 135, III, do CTN.

A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é de que é *inaplicável o art. 135, III do CTN às dívidas de natureza não-tributária*. Nesse sentido, confirmam-se as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284 DO STF. NÃO CONHECIMENTO. FGTS. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 135, III, DO CTN.

(...)

3. Afastada a natureza tributária das contribuições ao FGTS, consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido da inaplicabilidade das disposições do Código Tributário Nacional aos créditos do FGTS, incluindo a hipótese de responsabilidade do sócio -gerente prevista no art. 135, III, do CTN. Precedentes

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 727.732/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 27.03.2006 p. 191)

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO -GERENTE - MULTA POR INFRAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CLT - NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA - NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 135, III, DO CTN À ESPÉCIE - PRECEDENTE.

A Lei de Execução Fiscal dispõe, em seu artigo 4º, que a execução fiscal poderá ser promovida contra “o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado”.

O artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, porém, determina quais são os responsáveis pelos créditos correspondentes apenas a obrigações tributárias. Dessa forma, o aludido dispositivo legal não se aplica às execuções de dívidas decorrentes de multa por infração da Consolidação das Leis do Trabalho, pois referidos débitos não têm natureza tributária. Precedente. Recurso especial improvido.

(REsp 638.580/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.08.2004, DJ 01.02.2005 p. 514)

A punição administrativa sem indicação de dolo especial dos sócios com a devida especificação da participação, não enseja a responsabilidade. Prática desse jaez tornaria a responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Novo Código Civil, que assim prevê:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial. Transcrevo passagem da obra Novo Código Civil Comentado, coordenada por Ricardo Fiúza, que bem ilustra a assertiva acima:

Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão julgante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para *coibir fraudes de sócios* que dela se valeram como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o *princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva*, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (Ed. Saraiva, pág. 65, grifou-se)

Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que não localizada pelo Oficial de Justiça (fl. 32).

Assim, cabível o redirecionamento pleiteado, com fundamento no art. 50, CC, bem como na Súmula 435/STJ, consoante disposto no REsp nº 1.371.128.

Todavia, o presente recurso não merece prosperar, considerando seu pedido (inclusão “dos sócios gerentes da empresa” no polo passivo), posto que o recorrente não indicou o sócio que pretende responsabilizar pelo débito.

Outrossim, o agravante não trouxe à colação, ainda que intimado para tanto, cópia integral da petição que ensejou a prolação da decisão agravada, proferida pelo Juízo *a quo*, não sendo possível a ilação de qual sócio gerente (ou quais sócios gerentes) o agravante pleiteia o reconhecimento da responsabilidade pelo crédito exequendo.

Cumprе acrescentar que o agravante, após intimado, trouxe aos autos somente as comunicações internas, via correio eletrônico (fls. 94/97), sem qualquer indicação do sócio que pretende incluir.

Destarte, ainda que possível o redirecionamento do feito, com base na fundamentação supra, o julgado anterior não merece reforma, pela impossibilidade de acolhimento do pedido genérico do recorrente (art. 286, CPC).

Ante o exposto, *mantenho* o julgado anterior, para *negar provimento* ao agravo inominado, ainda que fundamento diverso.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002363-91.2012.4.03.6119
(2012.61.19.002363-9)

Apelantes: EGO GALLERY LTDA - EPP E TIAGO JOSE RIBEIRO
Apeladao: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2043845
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIA OCULTADA DA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE BASE LEGAL DA IMPUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO EM ÚNICA INSTÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. REGIME ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. IMAPLICABILIDADE. FALSA DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO. INTERPOSIÇÃO DE TERCEIRO. DANO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE DE PREJUÍZO DE CUNHO FINANCEIRO. PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Caso em que não cabe cogitar de nulidade do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, vez que, diversamente do que alegam os apelantes, não houve modificação a destempo de sua fundamentação, para fins de convalidação. A supressão do artigo 24 do Decreto-Lei 1455/1976 da fundamentação do auto de infração, no momento do julgamento da impugnação do apelante, de maneira alguma infirma os demais dispositivos indicados no documento como base legal das infrações apontadas (artigo 105 do Decreto-Lei 37/1966 e artigo 23 do Decreto-Lei 1455/1976), já suficientes tanto à sua caracterização quanto à cominação da pena de perdimento, como se depreende de sua transcrição acima. Não se trata, portanto, de modificação da fundamentação, tanto menos de convalidação do auto de infração, mas de simples rejeição de referência normativa supérflua e inaplicável à espécie.

2. Nem se alegue prejuízo à defesa, que somente ocorreria se tivesse havido adição ou substituição de fundamentação legal que imputasse fato diverso dos constantes do auto, o que não ocorreu. Se tivesse ocorrido, caberia a abertura de vista para análise e contraditório. Todavia, a mera exclusão de dispositivo irrelevante da base legal das infrações descritas no auto de infração não causa qualquer prejuízo às alegações lançadas na impugnação, pois ausente inovação concernente aos fatos e fundamentação legal de que já tinha conhecimento e dos quais já havia se defendido, ab initio, o apelante.

3. Caso em que inexistente nulidade na aplicação da pena de perdimento por julgamento em única instância administrativa, por supressão de duplo grau de jurisdição. A jurisprudência do STJ, neste sentido, reconhece inexistir tal garantia no âmbito do procedimento administrativo.

4. Manifestamente improcedente a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de perícia para identificação precisa da natureza da mercadoria apreendida.

O acervo documental acostado nestes autos revela que as mercadorias apreendidas foram, de fato, periciadas. Ainda que assim não fosse, o procedimento tampouco poderia ser tido como necessário e obrigatório.

5. O gênero da mercadoria apreendida não foi objeto de discussão; não se pôs em dúvida, em qualquer momento, a conclusão do auto de infração de que se trata de itens de joalheria. Pelo contrário, os próprios apelantes - uma empresa que, segundo seu contrato societário, dedica-se à importação, exportação, indústria e comércio de joias e um de seus empregados - sustentam que as mercadorias são joias retiradas em consignação de estabelecimento na Alemanha, para exposição e posterior devolução. Ademais, os documentos carreados junto à inicial - destacadamente a nota de consignação e as fotos - demonstram cabalmente a natureza de peças de joalheria das mercadorias apreendidas. Tampouco houve divergência pertinente à quantidade de bens apreendidos; são 17 objetos, plenamente individualizados, como demonstra a prova documental colacionada neste feito. O valor dos itens, US\$ 77.540,00, por sua vez, resta especificado na nota de consignação encontrada em posse do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, e ratificado pelo restante do acervo probatório destes autos.

6. Restando indiscutível que se trata de joalheria de expressivo valor, é consequência evidente que os itens compõem-se de metais preciosos. Note-se, assim foram classificados (NCM 71131900), não só pelo Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, como também pela documentação de exportação que os acompanhava. Ademais, as razões de apelo não lograram contradizer quaisquer das conclusões alcançadas pelo Fisco - a reverter a presunção de legitimidade que acompanha o ato administrativo e justificar a necessidade do exame pericial acompanhado por assistente técnico de sua escolha -, limitando-se a ilações genéricas a respeito de violações a princípios constitucionais que, a teor do demonstrado acima, não ocorreram, em absoluto. O que se verifica é que se pretende a realização de novo exame pericial que, pelo contrário, *in casu*, revela-se de todo impertinente, configurando mera diligência protelatória. Como adiante demonstrado, é inequívoco existir expressividade econômica dos bens e, ante a descrição dos fatos sustentada pelos apelantes, não é sequer relevante a sua classificação tributária, para fins de aplicação de pena de perdimento.

7. As razões recursais reiteram a tese de que as joias apreendidas seriam objeto de exposição, em evento único, e, após, remetidas novamente ao país de origem. Logo, os fatos discutidos nestes autos derivariam de “descuido” e “desconhecimento da legislação” de parte dos apelantes. Aduziu-se que as mercadorias estariam sujeitas ao Regime Especial de Admissão Temporária, pelo que não houve prejuízo ao erário, dado ser hipótese em que indevida qualquer tributação sobre os bens. A despeito de tais afirmações, não há que se falar, na espécie, de inexistência de dano ao erário. Primeiro porque a imputação constante dos artigos 23 do Decreto-Lei 1455/1976 e 689 do Regulamento Aduaneiro tem natureza objetiva, decorrendo de tais dispositivos a presunção legal de dano nas hipóteses descritas. Em segundo lugar porque, ainda que assim não fosse, consolidada a jurisprudência no sentido de que o dano ao erário prescinde de prejuízo financeiro aos cofres públicos, visto que se aperfeiçoa pelo desrespeito à legislação e controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país.

8. Ainda que não fossem suficientes tais razões, a conduta do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO infirma a alegação de que se pretendia a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária, pois, sendo certo que as características das mercadorias

afastam sua qualificação como bagagem, conforme a definição dada pelo o artigo 2º da IN RFB 1.059/2010, deveria o apelante declará-las na Aduana, nos termos do artigo 6º, V, da mesma normativa. Contudo, as reprografias da Declaração de Bagagem Acompanhada acostadas aos autos revelam que, a despeito de ter consigo joias em valor nominal de nada menos do de US\$ 77.540,00, o apelante *declarou não portar “bens em valor superior a US\$ 3.000,00 (via área ou marítima) ou em qualquer valor (via terrestre fluvial ou lacustre) para ingresso temporário”*, a evidenciar o dolo e a intenção de ocultar tais bens da fiscalização aduaneira. Em tais condições, manifestamente despropositado que se admita ter ocorrido mero “engano” ou “desconhecimento da legislação aduaneira”, ou que se cogite de boa-fé e abrandamento de pena administrativa, como pretendido nas razões de apelo, circunstâncias que, além de inservíveis enquanto excludentes de culpabilidade, para supressão de sanção, são manifestamente incompatíveis com a omissão da existência dos bens na DBA. Em verdade, sequer poderia o apelante carregar tais itens consigo, e como se fossem próprios, quando comprovadamente não eram, segundo os artigos 156 do Regulamento Aduaneiro e 4º da Instrução Normativa RFB 1059/2010. Por outro lado, a concessão do Regime Especial de Admissão Temporária exige o preenchimento de requisitos documentais que não foram nem poderiam ser atendidos frente à conduta adotada pelo apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, a teor do que dispunha a IN RFB 285/2003, vigente à época dos fatos acerca da “aplicação do regime aduaneiro especial de admissão temporária”.

9. O exame da conduta do apelante frente à legislação aplicável torna inegável a existência de falsa declaração de conteúdo, dado que se suprimiu da DBA a existência de mercadorias em importação. Por igual, na medida em que demonstrado que a EGO GALLERY LTDA. interpôs terceiro (irrelevante se com vínculo empregatício), em burla ao atendimento das prescrições determinadas pela legislação de regência (seja para o Regime Comum de Importação das mercadorias, ou para a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária) que, exitosa, a ocultaria da fiscalização enquanto importadora, irretocáveis as imputações contidas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, com a consequente aplicação da pena de perdimento das mercadorias, que, à luz do caso concreto, não se revela desproporcional.

10. Caso em que manifesta a improcedência da alegação de que a sanção de perdimento de mercadoria prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 não foi recepcionada pela Constituição, como já vislumbrado pelos julgados supratranscritos. Pelo contrário, a Carta Magna menciona expressamente a pena de perdimento de bens, sem qualquer vedação ao perdimento de mercadorias, na esfera administrativa, segundo torrencial jurisprudência. Precedentes.

11. A alegação de que a pena de perdimento é confiscatória, por igual, não supera a jurisprudência referida. De todo o modo, para além de que a pena se aplica por fundamento que prescinde de qualquer incidência tributária (a existência de dano ao erário, como demonstrado, não pressupõe prejuízo de cunho financeiro), há que se ressaltar que, em verdade, a aplicação da pena de perdimento é incompatível a exigência de crédito tributário: ainda que se considerasse a ocorrência de fato gerador - não obstante jamais tenha sido preenchida, na espécie, qualquer DI ou realizado qualquer lançamento (artigo 19 do CTN c/c artigo 1º e 23 do Decreto-Lei 37/1966) -, a retenção dos bens, bem observada, suprime a base de cálculo do tributo. Inteligência

dos artigos 1º, §4º, III, do Decreto-Lei 37/1966 e 71, III, do Regulamento Aduaneiro. 12. Improcedente também a pretensão subsidiária deduzida nestes autos, de liberação das mercadorias pela satisfação do crédito tributário, cumulado com a aplicação de multa percentual. Com efeito, a configuração do dano ao erário - fartamente demonstrada acima - submete os fatos a procedimento e sanção específicos, incompatíveis com o pedido referido. Note-se, ademais, que o caso não se compatibiliza com as hipóteses de conversão da pena de perdimento em multa, na forma do disposto no Decreto-Lei 1.455/1976.

14. Patentemente infundada a alegação de violação ao sigilo bancário dos apelantes. Houve, diversamente, a consulta ao sistema RADAR, que, conforme descreve o sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, “objetiva disponibilizar, em tempo real, informações de natureza aduaneira, contábil e fiscal que permitam à fiscalização identificar o comportamento e inferir o perfil de risco dos diversos agentes relacionados ao comércio exterior, tornando-se uma ferramenta fundamental no combate às fraudes”. Como asseverou o Juízo de origem, não houve divulgação a terceiros e as informações nem mesmo foram utilizadas como fundamento da atuação. Por razões evidentes, o sigilo fiscal não se impõe à própria autoridade fiscal, que gerencia o sistema e tempo por competência primordial a fiscalização dos contribuintes.

15. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação à sentença de improcedência em ação, objetivando “anular o processo administrativo [autos 10814.722272/2011-12] na íntegra, cancelando-se a cobrança, liberando-se as mercadorias apreendidas e/ou eventual depósito judicial” ou “determinar o refazimento do auto de infração lavrado, para os fins de corrigir os erros que macularam o procedimento administrativo e exigir eventual tributo devido sobre os bens importados, com aplicação de multa conforme exposto nesta medida de acordo com a planilha constante do documento 7 - fls. 109 do auto de infração” (f. 39/40).

Apelaram os autores, alegando, em essência, que: (1) a sentença é omissa, na medida em que não analisou aspectos fáticos relevantes ao curso da demanda; (2) a autoridade fiscal alterou a fundamentação da infração imputada, sem redigir novo auto de infração ou abrir vista para manifestação, porém os órgãos julgadores não podem modificar a fundamentação do auto de infração, pretendendo sua convalidação, logo se o fundamento ou motivação adotado foi equivocado o AIIM é “absolutamente nulo”, conforme doutrina e jurisprudência administrativa; (3) ante as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LV, da

Constituição), tanto administrativa quanto judicialmente, a prova pericial, na esfera administrativa, era de rigor no caso presente, vez que, conforme precedente da 1ª Região, é diligência indispensável para a análise de suposta fraude no procedimento de importação temporária de joias; (4) por igual, a supressão do duplo grau de jurisdição no âmbito administrativo representa violação ao devido processo legal; (5) as peças apreendidas serviriam para exposição no Brasil e posterior devolução à Alemanha e, assim, não há que se falar em dano ao erário, pois as mercadorias estariam sujeitas ao Regime de Admissão Temporária (Instrução Normativa 285/2003), não havendo incidência tributária; (6) “não há qualquer vedação sobre o Regime de Admissão Temporária para viajantes, logo o Apelante (Sr. Tiago empregado da empresa Ego) deixou claro para os auditores das receita Federa (sic) do Brasil por qual motivo estava com a mercadoria apreendida”; (7) assim, “os Apelantes por não conhecerem de forma detalhada a legislação, por completo descuido cometeram ato que lhes causou prejuízo imenso” (8) em casos similares, o Ministério da Fazenda adotou postura diversa e o Conselho de Contribuintes, analisando situações em que não houve prejuízo ao erário ou dolo, afastou a pena de perdimento das mercadorias; (9) conforme as normativas que regem a matéria, a perícia tem como finalidade primordial propiciar a correta classificação fiscal das mercadorias apreendidas, de modo a assegurar sua correta tributação e, “quando houver alguma divergência, é curial que o interessado tenha acesso ao referido laudo e possa dele se manifestar na impugnação ao auto de infração, o que não ocorreu no presente caso”, em desrespeito ao imperativo da paridade de armas que rege o devido processo legal; (10) conforme a doutrina e jurisprudência administrativa, a falta de análise do pedido de realização de perícia é circunstância ensejadora de nulidade; (11) diversamente do que constou do auto de infração, não houve falsa declaração (como restou consignado na decisão recorrida) e interposição fraudulenta (não ocorreu, em momento algum, a ocultação do destino das mercadorias); (12) a conduta da autoridade fiscal, na espécie, desrespeita os princípios que regem a Administração, na forma do artigo 37 da Constituição Federal, violando os princípios de proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé, capacidade contributiva e presunção de inocência; (13) no caso em análise, a sanção administrativa aplicável é a pena de multa, entre 10% e 50% do valor das mercadorias, seguida de seu desembaraço; (14) o Decreto-Lei 1455/1976, que prevê a pena de perdimento de bens, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pelo que referida sanção apenas “pode ser decretada pelo Poder Judiciário, quando da prolação de sentença penal condenatória”, ou convertida em multa, nos termos da Lei 9.779/1999, conforme doutrina; (15) a pena de perdimento é abusiva e tem caráter confiscatório, a teor da Súmula 323 do STF, vez que “a despeito de ser rotulada como sanção administrativa, constitui medida repressiva a uma conduta reprovável, *in casu* o não recolhimento de tributos”; “a despeito da necessidade de repressão dos ilícitos tributários, não pode o Fisco, ao seu talante, simplesmente considerar que os contribuintes agiram com intuito fraudulento por não terem eventualmente prestado a informação aduaneira correta”; e (16) a indevida quebra do sigilo bancário das apelantes consubstancia ainda outra causa a invalidar a nulidade da autuação, conforme jurisprudência.

Com contrarrazões (f. 452/458 e vº), vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de ação proposta por EGO GALLERY LTDA. - EPP e TIAGO JOSÉ RIBEIRO em face da UNIÃO FEDERAL requerendo a nulidade de auto de infração que culminou com a pena de perdimento imposta pela autoridade aduaneira. Dizem os autores que o segundo autor é empregado da primeira, e nessa qualidade viajou à Alemanha e trazia joias em sua bagagem, quando desembarcou no aeroporto internacional de Guarulhos e foi submetido a revista, onde a mercadoria foi encontrada. Alegam que os objetos se destinavam a admissão temporária para exposição em um evento organizado pela autora, e que seriam retornados à Alemanha posteriormente. Sustentam que não houve perícia para determinar se as joias são, de fato, diamantes, e isso eiva de nulidade a conclusão administrativa por violação, em síntese, ao devido processo legal. Afirma que os autores adotaram o expediente em questão por falta de instrução quanto ao procedimento correto. Arguiram ainda, a nulidade da decisão quanto à impugnação apresentada, não sendo possível a convalidação de auto de infração erroneamente fundamentado. Aparentemente de forma subsidiária, diz que, diante das joias na bagagem do autor, a autoridade aduaneira deveria ter aplicado multa e permitido o desembarço das mercadorias. Por fim, questionou que a pena de perdimento tem caráter confiscatório, e que o acesso a dados fiscais do autor durante o procedimento administrativo configurou quebra de sigilo sem autorização judicial, a inquinar de nulidade tudo o que se seguiu. Juntou diversos documentos.

Em contestação de fls. 213/236, a UNIÃO, em suma, sustentou a legalidade da apreensão e da pena de perdimento, além de informar que o autor foi preso em flagrante na data em questão, pelo crime de descaminho. Rebateu as alegações dos autores.

Pela decisão de fls. 351/355v, indeferi o pedido de tutela antecipada, bem como julguei prejudicado o pedido de produção de prova pericial à vista do documento de fls. 348/350. Contra esta decisão não houve interposição de recurso.

A UNIÃO requereu o julgamento antecipado da lide. Os autores juntaram documentos.

É o relatório.

Boa parte das questões debatidas já foram analisadas na decisão que indeferiu a tutela antecipada, da qual aproveitarei a maior parte da fundamentação a seguir:

Dos documentos juntados aos autos e da contestação apresentada pela União, colhe-se que o autor, na qualidade de funcionário da Ego Gallery Ltda., desembarcou de voo internacional proveniente da Alemanha no dia 20/05/2011 e, ao passar pelo controle alfandegário, optou pelo canal “nada a declarar”.

Tal conduta, por si só, já revela, a meu ver, o intuito de iludir a fiscalização aduaneira. Não se trata, no caso, de viajante inexperiente, que estava pela primeira vez experimentando as idiossincrasias do controle alfandegário, ou de alguém que entendia de fato não ter de pagar imposto ao trazer objetos e roupas de uso pessoal, caso muito comum, já que a legislação que trata da matéria não é específica o suficiente, dando margem a abusos tanto de passageiros quanto de fiscais.

O autor, enquanto funcionário da autora, viajou especificamente para esse fim, o que se desprende da alegação dos próprios autores de que havia um evento demonstrativo de joias para a imprensa já programado, com a finalidade aparente de proporcionar inserções de marketing em favor da autora em publicações da Editora Abril.

Assim, ao ter trazido as joias em sua bagagem, sem declaração, e ter optado pelo canal “nada a declarar”, fica evidente que o intuito foi o de iludir a fiscalização. Tanto é assim que o autor, ao entregar a declaração de bagagem acompanhada (DBA), respondeu “NÃO” às perguntas (bastante explícitas):

6. bens em valor superior a US\$3.000,00 (...) ou em qualquer valor (...) para ingresso tem-

porário?

7. bens sujeitos a tributação especial?

Não há como, assim, dar razão aos autores quando argumentam que se tratou de “equivoco” por falta de orientação. Qualquer empresa que se propõe a atuar no mercado com importação (que está, segundo a autora, entre as suas atividades econômicas), do que quer que seja, tem de buscar os meios apropriados para fazê-lo, ainda que isso implique na contratação de empresas especializadas no despacho aduaneiro.

Ao ser selecionado fortuitamente para inspeção, qualquer atitude do autor já seria ineficaz para evitar a caracterização, em princípio, do descaminho tentado (já que não houve a saída da zona primária), o que será avaliado pelo Ministério Público Federal no inquérito correspondente. A consequência do descaminho é a pena de perdimento das mercadorias.

Pela narrativa da autora, em cotejo com os documentos juntados e as informações da UNIÃO, a bagagem do autor foi submetida a inspeção indireta, ocasião em que o aparelho de raio-x revelou a existência de imagem sugestiva de artefatos de joalheria, logrando-se encontrar no interior de sua mala 17 (dezesete) joias, motivo pelo qual o autor foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, da conduta prevista no artigo 334, 3º, do Código Penal, além de ter as mencionadas mercadorias apreendidas pela autoridade aduaneira.

Portanto, o autor Tiago José Ribeiro pretendeu ultrapassar a alfândega sem declarar a existência das mercadorias, posto que nenhuma menção fez a elas, as quais somente vieram a ser constatadas em razão da inspeção indireta realizada pela fiscalização. Logo, caso não tivesse a bagagem sido selecionada para inspeção, teriam os autores logrado êxito na internalização de tais mercadorias, omitindo-as propositadamente da autoridade aduaneira.

Os artefatos possuem expressivo valor, pois consistem em peças de joalheria e, independentemente da finalidade a que se destinavam, se para comercialização com terceiros ou para exposição em feira, deveriam ter sido declaradas de forma antecipada à chegada do coautor ao Brasil, conforme determina a legislação de trânsito aduaneiro.

Não se trata, a toda evidência, de bagagem acompanhada, conforme dispõe o Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009):

(...)

Por seu turno, a Instrução Normativa nº SRF nº 1.059, de 02/08/2010 assim dispõe:

(...)

A leitura dos dispositivos transcritos evidencia que os autores descumpriram a legislação aduaneira. A alegação de que se destinavam a exposição em evento para posterior devolução à origem não socorre aos autores, posto que deveriam utilizado a via ordinária, requerendo o necessário regime de admissão temporária de forma prévia à chegada das mercadorias. Não basta alegar que se trata de hipótese de admissão temporária, deveriam ter os autores obedecido as regras aduaneiras específicas para essa modalidade de internação, formalizando o pedido de admissão.

A questão levantada pela autora, da natureza dos bens, se com densidade de diamante ou não, é irrelevante, outro motivo pelo qual a perícia seria manifestamente ineficaz e, portanto, impertinente. Com o autor havia faturas indicando valor total das joias de US\$77.540,00. A estimativa da RFB ficou em R\$125.351,18, uma diferença quase irrisória da conversão cambial exata. Os tributos que seriam devidos, caso a liberação das mercadorias fosse possível, seriam da monta de R\$93.161,73. Se os bens são ou não diamantes, se são ou não enquadráveis na NCM 7131900, são questões que não se impõem, já que não se pode ultrapassar o fato de que, independentemente da natureza, o valor dos bens é bem superior àquele que o autor poderia ter trazido como bagagem, sem contar que os mesmos não se caracterizam como bagagem. Por outro lado, a imputação de interposição fraudulenta me parece igualmente razoável, já que o próprio autor, ao ser questionado pela autoridade aduaneira, disse que as joias pertenciam (ou se destinavam) à autora, pessoa jurídica que não se identificou em nenhum momento perante a aduana anunciando que intencionava importar joias, preferindo adotar procedimento clandestino.

Inaplicável ao caso a Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal, consoante precedentes do TRF3:

(...)

Por outro lado, o fato de a autoridade aduaneira ter corrigido o enquadramento legal da conduta do autor não tem o condão de viciar o auto de infração lavrado, eis que a pena aplicada a ambas as hipóteses - art. 105 VI e XII do Decreto-lei 37/66 e 689, VI, XII e XXII, do Decreto 6.759/2009 - é a de perdimento. O mesmo se dá relativamente ao dano ao erário, que resta configurado em ambos os casos, ou seja, a alteração do enquadramento legal não prejudica a defesa dos autores, pois não há qualquer controvérsia quanto aos fatos.

A quebra de sigilo bancário não se configurou, vez que a autoridade aduaneira limitou-se a consultar os dados dos autores no sistema RADAR, não existindo divulgação a terceiros, nem mesmo foram utilizadas as informações consultadas como fundamento da autuação. Aliás, o sigilo fiscal, por razões óbvias, não se impõe à própria autoridade fiscal, que é quem, afinal, gerencia e alimenta o sistema e tem por atribuição precípua fiscalizar os contribuintes.

Incabível ainda a substituição das mercadorias por depósito em dinheiro, eis que não se trata de apreensão para viabilizar satisfação de crédito, mas para propiciar a possível aplicação de pena de perdimento, que recai sobre as mercadorias em si, e não sobre o “valor” das mesmas. A punição é, portanto, específica.

Por fim, o perdimento não é tributo, pelo que não viola o princípio constitucional à vedação ao confisco. Trata-se de punição administrativa cuja constitucionalidade já foi assentada pelo STF em antigo precedente:

(...)

Por todo o exposto, o julgamento com a improcedência do pedido se impõe.

Como se observa, a sentença encontra-se devidamente motivada, não comportando qualquer reforma.

Com efeito, não cabe cogitar de nulidade do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011 (f. 53/56, 245/6 e 270/1), vez que, diversamente do que alegaram os apelantes, não houve modificação extemporânea de sua fundamentação, para fins de convalidação.

A propósito, o documento descreveu a ocorrência de três infrações, indicando o enquadramento legal dos fatos:

001 - MERCADORIA ESTRANGEIRA - FALSA DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO

Mercadoria estrangeira, chegada ao país, com falsa declaração de conteúdo.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 105, inciso XII, do Decreto-Lei 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso XII, e §4º do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.

002 - MERCADORIA ESTRANGEIRA, SE QUALQUER DOCUMENTO NECESSÁRIO AO EMBARQUE OU DESEMBARQUE FOI FALSIFICADO OU ADULTERADO

Mercadoria, estrangeira, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 105, inciso VI do Decreto-Lei 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso VI, e §4º do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso

II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.

003 - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO

Mercadoria estrangeira, na importação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador ou do responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

ENQUADRAMENTO LEGAL

(...)

Art. 23, inciso V, e parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 1455/76, com redação dada pelo art. 58 da Lei nº 10.637/02, regulamentado pelo art. 675, inciso II e 689, inciso XXII e § 6º, do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66; art. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.

A despeito da redação adotada, a fundamentação alude à subsunção dos fatos aos seguintes dispositivos, tão-somente (regulamentados pelos demais artigos indicados):

Decreto-Lei 37/1966:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

(...)

XII - estrangeira, chegada ao país com falsa declaração de conteúdo;

Decreto-Lei 1.455/1976:

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

Art. 24. Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do artigo 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do artigo 104 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.”

Decreto 6.759/2009:

“Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

(...)

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

(...)

XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;

(...)

XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.”

Quando da análise da impugnação do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO (f. 75/83) ao auto de infração, assim destacou a autoridade fiscal (f. 150/166 e 300/309 e vº):

Em que pese ter sido apontado o art. 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 com um dos enquadramentos legais à presente autuação, afasta-se, desde já, a sua incidência, eis que tal artigo remete às infrações definidas no art. 104 do Decreto-Lei nº 37/1966, hipóteses de aplicação da pena de perdimento de veículo, matéria totalmente diversa da tratada destes autos.

Como se evidencia, a supressão do artigo 24 do Decreto-Lei 1.455/1976 da fundamentação do auto de infração, *no momento do julgamento da impugnação* do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, de maneira alguma infirma os demais dispositivos indicados no documento como base legal das infrações apontadas (artigos 105 do Decreto-Lei 37/1966 e 23 do Decreto-Lei 1.455/1976), já suficientes tanto à sua caracterização quanto à cominação da pena de perdimento, como se depreende de sua transcrição acima. Não se trata, portanto, de modificação da fundamentação, tanto menos de convalidação do auto de infração, mas de simples rejeição de referência normativa supérflua e inaplicável à espécie.

Nem se alegue prejuízo à defesa, que somente ocorreria se tivesse havido adição ou substituição de fundamentação legal que imputasse fato diverso dos constantes do auto, o que não ocorreu. Se tivesse ocorrido, caberia a abertura de vista para análise e contraditório. Todavia, a mera exclusão de dispositivo irrelevante da base legal das infrações descritas no auto de infração não causa qualquer prejuízo às alegações lançadas na impugnação, pois ausente inovação concernente aos fatos e fundamentação legal de que já tinha conhecimento e dos quais já havia se defendido, *ab initio*, o apelante.

Por igual, inexistente nulidade na aplicação da pena de perdimento por julgamento em única instância administrativa, por supressão de duplo grau de jurisdição. A jurisprudência, neste sentido, reconhece inexistir tal garantia no âmbito do procedimento administrativo, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado:

AgRg no REsp 1279053, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 16/03/2012: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECRETO-LEI Nº 1.455/76. DECISÃO IRRECORRÍVEL DO MINISTRO DA FAZENDA. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual “não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa” (RMS 22064/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 05/10/2011). II - Não se incompatibiliza com o ordenamento jurídico pátrio, que não prevê o duplo grau obrigatório na instância administrativa, a previsão contida no § 4º do art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76 de decretação de pena de perdimento de bens em processo administrativo, por decisão irrecorrível do Ministro da Fazenda. III - A Lei nº 9.784/99, que dispõe que das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito, porque de caráter geral, não teve o condão de derogar o Decreto-Lei nº 1.455/76, que regula procedimento administrativo específico relacionado à pena de perdimento de bens. IV - Prevendo o artigo 69 da Lei nº 9.784/99 que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei, não há, pois, falar em derrogação dos preceitos do Decreto-Lei nº 1.455/76. V - Agravo regimental a que se nega provimento.

Também manifestamente improcedente a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de perícia para identificação precisa da natureza da mercadoria apreendida.

Quanto ao ponto, as razões de apelo não se revelam congruentes. É que, em princípio, arguiu-se a necessidade de sua realização (f. 417 e 420), a indicar a sua inexistência; a seguir, contudo, pleitearam os apelantes o acesso ao laudo pericial, sugerindo-se que houvera perícia sem acompanhamento das partes (f. 423/4). Mais adiante, voltou-se afirmar que o procedimento não foi “adotado” (f. 425/8).

De toda a forma, o acervo documental acostado nestes autos revela que as mercadorias apreendidas foram, de fato, periciadas (f. 348/350 e vº). Ainda que assim não fosse, o procedimento tampouco poderia ser tido como necessário e obrigatório.

Com efeito, o gênero da mercadoria apreendida não foi objeto de discussão; não se pôs em dúvida, em qualquer momento, a conclusão do auto de infração de que se trata de itens de joalheria. Pelo contrário, os próprios apelantes - uma empresa que, segundo seu contrato societário (f. 44 vº/47 e vº), dedica-se à importação, exportação, indústria e comércio de joias e um de seus empregados (f. 51 e 276/8) - sustentam que as mercadorias são joias retiradas em consignação de estabelecimento na Alemanha, para exposição e posterior devolução. Além do mais, os documentos carreados junto à inicial (f. 42/174) - destacadamente a nota de consignação de f. 66 e as fotos de f. 67/8, 91/2, 146 vº e 147 vº - demonstram cabalmente a natureza de peças de joalheria das mercadorias apreendidas.

Tampouco houve divergência a respeito da quantidade de bens apreendidos; são 17 objetos, plenamente individualizados, conforme revelado pela prova documental colacionada neste feito (f. 57/8, 66, 67/8, 73, 89 e vº, 90/2 e vº, 144 vº/145, 146/148º, 246 vº/247, 250/1, 252 vº/253 vº, 256/8, 271 vº/2, 278 vº/286, 298 e 350 e vº). O valor dos itens, US\$ 77.540,00, por sua vez, resta especificado na nota de consignação encontrada em posse do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO (f. 66), e ratificado pelo restante do acervo probatório destes autos (f. 53/6, 62, 67/8, 86 e vº, 89 e vº, 90/2 e vº, 141 vº/2, 144 vº/5, 145 vº/8, 245/6, 246 vº/7, 249, 250/1, 252 vº, 253 e vº, 256/8, 270/1 e 271 vº/2).

Ora, se resta indiscutível que se trata de peças de joalheria de expressivo valor, é consequência evidente que os itens compõem-se de metais preciosos. Note-se que assim foram classificados (NCM 71131900), não apenas pelo Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, como também pela documentação de exportação que os acompanhava (f. 70, 85 e vº 87 e vº, 140 vº/1 e 254 vº):

Lista de posições de mercadorias - Exportação

Itens de joalheria e peças de metais preciosos, também com revestimento de metais preciosos ou chapeados (exceto de prata)

71131900

Ademais, as razões de apelo não lograram contradizer quaisquer das conclusões alcançadas pelo Fisco - a reverter a presunção de legitimidade que deriva do ato administrativo a justificar a necessidade do exame pericial acompanhado por assistente técnico de sua escolha -, limitando-se a ilações genéricas a respeito de violações a princípios constitucionais que, a teor do demonstrado acima, não ocorreram, em absoluto. Na verdade, o que se verifica é que se pretende a realização de novo exame pericial que, pelo contrário, *in casu*, revela-se de todo impertinente, configurando mera diligência protelatória.

Como adiante demonstrado, é inequívoco existir expressividade econômica dos bens e, ante a descrição dos fatos sustentada pelos apelantes, não é sequer relevante a sua classificação tributária, para fins de aplicação de pena de perdimento.

Assim porque, como já mencionado, as razões recursais reiteraram a tese de que as joias apreendidas seriam objeto de exposição, em evento único, e, após, remetidas novamente ao país de origem. Logo, os fatos discutidos nestes autos derivariam de “descuido” e “desconhecimento da legislação” de parte dos apelantes. Aduziu-se que as mercadorias estariam sujeitas ao Regime Especial de Admissão Temporária, pelo que inexistente prejuízo ao erário, dado ser hipótese em que indevida qualquer tributação sobre os bens.

A despeito de tais afirmações, não há que se falar, na espécie, de inexistência de dano ao erário. Primeiro porque a imputação constante dos artigos 23 do Decreto-Lei 1.455/1976 e 689 do Regulamento Aduaneiro - transcritos mais acima - tem natureza objetiva, decorrendo de tais dispositivos a presunção legal de dano nas hipóteses descritas. Em segundo lugar porque, ainda que assim não fosse, consolidada a jurisprudência no sentido de que o dano ao erário prescinde de prejuízo financeiro aos cofres públicos, visto que se aperfeiçoa pelo desrespeito à legislação e controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país (grifos nossos):

AMS 00035925120104036121, Rel. Juiz. Conv. ELIANA MARCELO, e-DJF3 28/03/2014: “ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO. APLICABILIDADE. FRAUDE NA EXPORTAÇÃO. PNEUS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL E COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LOCALIZADOS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DE EMPRESA INVESTIGADA COMO RECEPTADORA. 1. Discute-se a anulação da pena de perdimento imposta às mercadorias apreendidas no estabelecimento comercial da impetrante, destituídas da respectiva documentação fiscal. (...) 6. Nestes termos, sequer há como analisar a alegação no sentido da nulidade do processo administrativo por não terem sido apreciadas todas as questões postas pela impetrante, pois sequer foi acostada a estes autos a impugnação apresentada na via administrativa, a fim de viabilizar o cotejo entre o alegado e o decidido. Verifica-se, outrossim, da análise do julgamento pela autoridade fiscal, encontrar-se ele devidamente fundamentado, expondo de forma suficiente os fatos, a conduta da impetrante e o enquadramento legal, não havendo falar em falta de motivação, como alegado. 7. *No que tange ao dano ao erário, saliento que a conduta da impetrante é considerada infração às normas aduaneiras, pois acaba por burlar as regras que regem o comércio exterior de mercadorias, independentemente do efetivo dano financeiro ou da prática de sonegação fiscal. Com efeito, a Lei não se refere apenas à elisão no pagamento de tributos, mas também à elisão a “quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações”, aplicável, inclusive às exportações. O dano ao erário se configura não apenas através de prejuízos financeiros, como também pelo descumprimento das normas aduaneiras. Daí que a norma visa não somente a coibir a sonegação fiscal, como também zelar pela regularidade e observância das normas aduaneiras.* 8. *A situação da mercadoria importada localizada em poder da impetrante não pode ser interpretada como uma “simples” irregularidade desprovida de maiores consequências, pois a impunidade pode incentivar a prática de fraudes nas importações e exportações, sendo de rigor a estrita obediência ao regramento aduaneiro com o escopo de evitar e desestimular a introdução e circulação ilícita de mercadorias no país.* (...) 12. Inviável a aplicação de penalidade mais branda considerando ser a mercadoria, fruto de esquema fraudulento de exportação, danoso ao erário e praticado com evidente má-fé, padecendo de vício insanável, o qual não pode ser sanado com o simples pagamento de multa. 13. Agravo retido prejudicado. Apelação a que se nega provimento.

AC 200770020052490, Rel. Des. Fed. VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, D.E. 19/01/2010: TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO EXIGÍVEL. PERDIMENTO DE BENS. CONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE DO DOLO E DO EFETIVO DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO. REGIME

ADUANEIRO DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA DE BENS IMPORTADOS. CONCESSÃO PRÉ-VIA PELA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA. *A inexistência de previsão constitucional específica da aplicação de pena de perdimento na esfera aduaneira não significa inconstitucionalidade ou não-recepção da legislação que a instituiu, porquanto não vedada sua imposição. Ao contrário, infere-se do disposto na alínea b do inciso XLVI do art. 5º, da Constituição Federal, o fundamento para a recepção do Decreto-lei nº 37/1966 e do Decreto nº 4.543/2002, não havendo razão para supor que tal previsão - inequívoca na esfera penal - implique proibição de sua utilização na esfera fiscal, mormente, diante da relação entre esses dois ramos do direito (direito penal e tributário). Ademais, o direito de propriedade, não sendo um direito absoluto, deve atender a sua função social, não podendo ser utilizado como instrumento para a prática de infrações tributárias, o que justifica a aplicação da pena de perdimento, tanto em relação aos bens importados em desacordo com a legislação aduaneira, quanto em relação ao veículo utilizado para a prática do ilícito. O art. 136 do CTN estabelece que a responsabilidade por infração a legislação tributária é objetiva, quando a lei não dispuser em sentido contrário, incidindo a sanção independentemente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Em se tratando de ingresso de bem ou mercadoria estrangeira no território nacional, sem a documentação exigível, a infração aperfeiçoa-se nesse momento, independentemente de prejuízo patrimonial efetivo aos cofres públicos. Para a concessão do regime aduaneiro especial de admissão temporária de bens importados, exige-se prévio requerimento do contribuinte e seu deferimento pela autoridade fiscal, atendidas as condições previstas nos incisos I a V do art. 310 c/c § 2º do art. 332, ambos do Decreto nº 4.543/2002.*

Ainda que não fossem suficientes tais razões, a conduta do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO infirma a alegação de que se pretendia a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária.

É que, sendo certo que as características das mercadorias afastam sua qualificação como bagagem, conforme a definição dada pelo o artigo 2º da IN RFB 1.059/2010, deveria o apelante declará-las na Aduana, nos termos do artigo 6º, V, da mesma normativa (grifos nossos):

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, entende-se por:

(...)

II - bagagem: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar *para seu uso ou consumo pessoal*, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, *não permitirem presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais*;

Art. 6º Ao ingressar no País, o viajante procedente do exterior deverá dirigir-se ao canal “bens a declarar” quando trazer:

(...)

V - bens destinados à pessoa jurídica, nos termos do § 2º do art. 44, ou outros bens que não sejam passíveis de enquadramento como bagagem, nos termos do art. 2º;

Contudo, as reprografias da Declaração de Bagagem Acompanhada acostadas aos autos (f. 65 e 252) revelam que, a despeito de ter consigo joias em valor nominal de nada menos do que US\$ 77.540,00, o apelante *declarou não portar “bens em valor superior a US\$ 3.000,00 (via área ou marítima) ou em qualquer valor (via terrestre fluvial ou lacustre) para ingresso temporário”*, a evidenciar o dolo e a intenção de ocultar tais bens da fiscalização aduaneira.

Em tais condições, manifestamente despropositado que se admita ter ocorrido mero

“engano” ou “desconhecimento da legislação aduaneira”, ou que se cogite de boa-fé e abrandamento de pena administrativa, como pretendido nas razões de apelo, circunstâncias que, além de inservíveis enquanto excludentes de culpabilidade, para supressão de sanção, são manifestamente incompatíveis com a omissão da existência dos bens na DBA.

Em verdade, sequer poderia o apelante carregar tais itens como bagagem pessoal, e como se fossem próprios, quando comprovadamente não eram, prescrevendo, a propósito, o Regulamento Aduaneiro que:

Art. 156. O viajante que ingressar no País, inclusive o proveniente de outro país integrante do Mercosul, deverá declarar a sua bagagem (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 3º, inciso 1, aprovado pela Decisão CMC nº 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009)

(...)

§ 3º O viajante não poderá declarar como própria bagagem de terceiro, ou utilizar o tratamento de bagagem para o ingresso de bens que não lhe pertençam (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 3º, inciso 4, aprovado pela Decisão CMC no 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009)

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 4º da IN RFB 1.059/2010:

Art. 4º É vedado ao viajante declarar como própria bagagem de terceiros ou introduzir no País, como bagagem, bens que não lhe pertençam.

Cabe destacar, por outro lado, que a concessão do Regime Especial de Admissão Temporária exige o preenchimento de requisitos documentais que não foram nem poderiam ser atendidos frente à conduta adotada pelo apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO. De fato, dispunha a IN RFB 285/2003, vigente à época dos fatos acerca da “aplicação do regime aduaneiro especial de admissão temporária”, que (grifos nossos):

Art. 4º Poderão ser submetidos ao regime de admissão temporária com suspensão total do pagamento dos tributos incidentes na importação, os bens destinados:

I - a feiras, exposições, congressos e outros eventos científicos ou técnicos;

(...)

Art. 7º A parcela dos impostos devida na importação, suspensa em decorrência da aplicação do regime de admissão temporária, *será consubstanciada em Termo de Responsabilidade (TR)*, conforme modelo constante do Anexo I.

(...)

Art. 9º O regime de admissão temporária será concedido a pedido do interessado, pessoa física ou jurídica, que promova a importação do bem.

§ 1º Para os casos de importação de bens na forma do art. 4º, a solicitação do regime far-se-á com base em:

I - Requerimento de Concessão do Regime (RCR), de acordo com o modelo constante do Anexo II, no caso de bens vinculados a contratos de arrendamento operacional, de aluguel, de empréstimo ou de prestação de serviços;

II - Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA), no caso de bens conduzidos por viajante não residente; ou

III - Declaração Simplificada de Importação (DSI), no caso de bens que não se enquadrem nas condições dos incisos I e II.

§ 2º No caso de importação de bens na forma do art. 6º, a solicitação do regime far-se-á

exclusivamente com base no RCR.

§ 3º A solicitação do regime será instruída com:

I - o TR, na forma do art. 7º; e

II - cópia do contrato de arrendamento operacional, de aluguel, de empréstimo ou de prestação de serviços, conforme o caso, nas hipóteses de que tratam o inciso I do § 1º e o § 2º deste artigo.

(...)

Art. 12. O despacho aduaneiro para admissão de bens no regime far-se-á com base:

I - em Declaração de Importação (DI), para os bens destinados a utilização econômica no País, na forma do art. 6º; ou

II - em DSI ou DBA, conforme o caso, para os bens a que se refere o art. 4º.

Parágrafo único. A DI e DSI serão instruídas com os seguintes documentos:

I - conhecimento de carga ou documento equivalente;

II - fatura pro forma, quando for o caso;

III - cópia do RCR deferido pela autoridade aduaneira, se for o caso;

IV - TR correspondente ao valor dos impostos suspensos; e

V - documento comprobatório da garantia prestada, quando exigível.

O exame da conduta do apelante frente à legislação aplicável torna inegável a existência de falsa declaração de conteúdo, dado que se suprimiu da DBA a existência de mercadorias em importação. Por igual, na medida em que demonstrado que a EGO GALLERY LTDA. interpôs terceiro (irrelevante se com vínculo empregatício), em burla ao atendimento das prescrições determinadas pela legislação de regência (seja para o Regime Comum de Importação das mercadorias, ou para a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária) que, exitosa, a ocultaria da fiscalização enquanto importadora, irretocáveis as imputações contidas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, com a consequente aplicação do perdimento das mercadorias, que, à luz do caso concreto, não se revela sanção desproporcional.

Neste liame, destaque-se a manifesta improcedência da alegação de que a sanção de perdimento de mercadoria prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 não foi recepcionada pela Constituição, como já vislumbrado pelos julgados supratranscritos. Pelo contrário, a Carta Magna menciona expressamente a pena de perdimento de bens, sem qualquer vedação ao perdimento de mercadorias, na esfera administrativa:

Artigo 5 (...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos

Torrencial a jurisprudência quanto à constitucionalidade da sanção (grifos nossos):

AC 00309990320074036100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 29/10/2015: “TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. DESTINAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. INEXIS-

TÊNÇÃO DE GARANTIA AO DUPLO GRAU EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FRAUDE. FATURA COMERCIAL FALSA. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. INFRAÇÃO PUNÍVEL COM *PENA DE PERDIMENTO*. CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. PROCEDIMENTO PARA A DECLARAÇÃO E O CONTROLE DO VALOR ADUANEIRO. INAPLICABILIDADE. 1. O indeferimento de produção de provas desnecessárias ou inviáveis não configura violação à devido processo legal. 2. *Inexiste infringência à ampla defesa e ao contraditório em razão da ausência de previsão de recurso administrativo em face da decisão que apreciar a impugnação ao auto de infração - nos termos do art. 27, § 4º, do Decreto-lei nº 1.455/76 -, pois não há garantia do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa. Precedentes.* 3. Autuação lavrada em razão da constatação de falsidade em documento que instrui o despacho aduaneiro, com respaldo no art. 105, VI, do Decreto-Lei nº 37/66, art. 23, IV, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76 e do art. 618, VI, do Decreto 4.543/02 (Regulamento Aduaneiro). Infração punível com pena de perdimento. 4. *A pena de perdimento aplicada à mercadoria importada possui previsão no art. 5, XLVI, "b", da CF, e já foi declarada constitucional pelo Supremo. Precedente do STF e do TRF3.* 5. Os procedimentos de apuração de irregularidades e ilicitudes direcionados à aplicação da pena de perdimento dependem da configuração das hipóteses previstas na legislação aduaneira e fiscal que regem a matéria, e devem desenvolver-se mediante a instauração de contencioso administrativo, com estrita observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, do devido processo legal. Legalidade e regularidade da pena de perdimento aplicada e da destinação dos bens. 7. O procedimento para a declaração e o controle do valor aduaneiro de mercadoria importada, regulamentado pela Instrução Normativa nº 327/03, só tem cabimento nas hipóteses em que não haja indícios de fraude, sonegação ou conluio acerca do valor aduaneiro declarado. Precedentes desta Corte. 8. Agravo retido e apelação improvidos.

AMS 00074058120124036100, Rel. Des. Fed. MÔNICA NOBRE, e-DJF3 15/04/2015: "DI-REITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. - A teor do disposto no artigo 535 do CPC, somente tem cabimento os embargos de declaração nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II). - Não se presta ao manejo dos declaratórios hipótese na qual o embargante pretenda rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe caráter infringente, ou sua pretensão para que sejam respondidos, articuladamente, quesitos formulados. - A questão da decadência do direito da Fazenda Nacional aplicar a pena de perdimento deve observar os artigos 138 e 139 do Decreto nº 37, de 18 de novembro de 1966, sendo de rigor apurar a data da infração e da lavratura do auto de infração. - A situação da aeronave passou a ficar irregular no país após o decurso do prazo concedido para a sua reexportação, ou seja, a partir de 04/09/2003 (fls. 355/359). O auto de infração nº 0815500/01251-07 foi lavrado em 05/06/2007, após processo administrativo fiscal nº 10314.005730/2007-00 (fls. 60/64), concluindo-se, assim, que foi observado o prazo de 5 (cinco) anos para a imposição da pena de perdimento à impetrante, nos termos do artigo 139 do Decreto-lei nº 37, de 18/11/1966. - *Quanto à alegada impossibilidade de aplicação da pena de perdimento, em razão de suposta inconstitucionalidade, a jurisprudência já se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.455/76, que prevê o perdimento de bens importados com infração às normas aduaneiras, em face do disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, bem como a possibilidade de decretação pela própria administração.* - *Sem razão à impetrante quando afirma ser indevida a pena de perdimento no caso dos autos.* Constata-se, dos documentos juntados e fatos narrados, que a aeronave abandonada configura dano ao erário nos termos do artigo 23, inciso II, do Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976. O § 1º do referido dispositivo, por seu turno, prevê a pena de perdimento para tal infração. Não obstante, igualmente aplicável o artigo 105, inciso X, do Decreto-lei nº 37/66, que traz a mesma previsão legal ao caso sub judice. - Mesmo que opos-

tos os embargos de declaração objetivando ao prequestionamento, não há como se afastar o embargante de evidenciar a presença dos requisitos de que trata o artigo 535 do CPC. - As questões trazidas nos presentes embargos foram oportunamente enfrentadas, motivo pelo que não há falar em vícios a serem sanados. Apenas, deseja o embargante a rediscussão do mérito do recurso, o que não se admite em sede de embargos de declaração. Precedentes. - Embargos de declaração rejeitados.

AC 00182164420004010000, Rel. Juiz Conv. CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, e-DJF1 28/06/2013: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA APREENHIDA. PENA DE PERDIMENTO. CABIMENTO. 1. *A pena de perdimento de bens tem aplicação nos casos de importação irregular de mercadorias e está inscrita no art. 105, X, do Decreto-Lei 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976.* 2. *O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade dos Decretos-Leis 37/1966 e 1.455/1976, a luz da Constituição Federal de 1988. Precedentes.* 3. *A aplicação da pena de perdimento, porém, deve observar o princípio do devido processo legal, consubstanciado no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.* 4. *Princípio do devido processo legal observado, tendo o contribuinte, inclusive, apresentado impugnação no processo administrativo.* 5. *O mandado de segurança é instrumento de garantia cabível para a proteção de direito líquido e certo, sendo inconcebível o manejo dessa via quando houver dúvidas quanto à certeza do direito ou de sua liquidez.* 6. *Ausência de prova de que a infração se deu por culpa de terceiros.* 7. *Apelação a que se nega provimento.*”

AC 00094557420094047000, Rel. Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, D.E. 14/04/2010: “TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ENDEREÇO CADASTRAL. INTIMAÇÃO VIA POSTAL FRUSTRADA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. 1. *O Egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da pena de perdimento por danos causados ao erário, por haver previsão expressa na CF de 1967 (RE nº 95.693/RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid). A falta de previsão expressa na CF/88 não importa concluir por sua inconstitucionalidade ou não-recepção.* Através do devido processo legal, o direito de propriedade pode ser restringido, porque não-absoluto. A validade do perdimento é nossa própria tradição histórica de proteção do erário. A aplicação do perdimento obedece à razoabilidade, pois a sua não-aplicação implica aceitar que alguns se beneficiem às custas de toda a sociedade. 2. *A pena de perdimento, após a CF/88, é plenamente aplicável também no processo administrativo fiscal.* 3. *Frustrada a intimação pessoal do devedor, após diversas tentativas via postal, correta sua intimação por edital.* 4. *Ao sujeito passivo é imposto o dever de manter seu endereço atualizado, sendo irrazoável impor ao Fisco o dever de procurar os administrados para notificá-los em endereço diverso do fornecido.* 5. *Esta Turma tem se orientado no sentido de estabelecer a condenação em verba honorária no patamar de 10% sobre o valor da causa, quando a sentença é despida de eficácia preponderante de condenação, sendo admissível a análise, caso a caso, quando tal valor afigura-se exorbitante ou ínfimo. Verba honorária reduzida.*

A alegação de que a pena de perdimento é confiscatória, por igual, não supera a jurisprudência colacionada. De todo o modo, para além de que a pena se aplica por fundamento que prescinde de qualquer incidência tributária (a existência de dano ao erário, como demonstrado, não pressupõe prejuízo de cunho financeiro), há que se ressaltar que, em verdade, a aplicação da pena de perdimento é incompatível com a exigência de crédito tributário: ainda que se considerasse ocorrido o fato gerador - não obstante jamais tenha sido preenchida, na espécie, qualquer DI ou realizado qualquer lançamento (artigo 19 do CTN c/c artigo 1º e 23 do Decreto-Lei 37/1966) -, a retenção dos bens, bem observada, suprime a base de cálculo do

tributo. Não por outro motivo, assim dispõem os artigos 1º, §4º, III, do Decreto-Lei 37/1966 e 71, III, do Regulamento Aduaneiro:

Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional:

(...)

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira

(...)

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

Art. 71. O imposto não incide sobre:

(...)

III - mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

O ponto em discussão, a propósito, foi devidamente elucidado nos autos 0005124-32.2011.4.03.6119, ação penal pública que tratou da imputação do crime de descaminho ao apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO. Assim asseverou o Juízo, em decisão interlocutória datada de 22/03/2012:

A pretensão de que lhe seja oportunizada a extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo iludido e a alegação de que o encerramento do processo administrativo fiscal seria condição à justa causa revelam desconhecimento da configuração tributária do descaminho e dos tributos incidentes na importação, diferente daquela de outros impostos e contribuições, pois em casos tais os créditos fiscais não são mais exigíveis, cabendo tão somente a pena de perdimento, sanção pela frustração do controle aduaneiro. Nem poderia ser diferente, pois os fatos imponíveis somente se aperfeiçoam quando da ocorrência de seu aspecto temporal, mais especificamente o desembaraço aduaneiro, que inexistente nas hipóteses de descaminho. De fato, não se verificando no mundo dos fatos todos os aspectos da regra matriz de incidência tributária, notadamente o temporal, do qual se extrai o aperfeiçoamento do fato imponível, não há crédito tributário a ser exigido mediante lançamento, ainda que possa haver infração fiscal. Nesse sentido é a lição de Leandro Paulsen:

(...) Não fosse isso, do perdimento decorre o perecimento da base de cálculo, na medida em que não teria o contribuinte qualquer incremento econômico capaz de justificar a tributação, sendo a exigência dos impostos ofensiva à capacidade contributiva e, portanto, confiscatória, em ofensa aos arts. 145, 1º e 150, IV, da Constituição. Dessa forma, havendo infração sujeita a perdimento, não há que se falar em exigência de tributos e, conseqüentemente, na possibilidade de seu pagamento. Tanto é assim que não havendo desembaraço aduaneiro e estando as mercadorias sujeitas a perdimento, seria ilegal o lançamento dos tributos ora discutidos e seu pagamento geraria direito à repetição. Ademais, o mero pagamento do tributo elidido, ao invés da pena de perdimento, seria verdadeiro estímulo ao descaminho, já que o infrator, a rigor, nada teria a perder com a prática do ilícito.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. DESCAMINHO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA EM RAZÃO DA NÃO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PELA PENDÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. INVOCAÇÃO DO PRECEDENTE EXARADO NO HABEAS CORPUS 81.611. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. (...)6. Tal entendimento coaduna-se com a nítida função extrafiscal dos tributos incidentes sobre importações e exportações, ou seja, mais do que o interesse do Estado na arrecadação tributária, tais exações cumprem a função de instrumentos de implementação da política de desenvolvimento da indústria e comércio nacionais. 7. Bem

por isso, o procedimento fiscal no caso de apreensão de mercadorias descaminhadas não visa a constituição do crédito tributário, mas sim a aplicação da pena de perdimento (artigo 23 e seguintes do Decreto-lei n 1.455/76) e, dessa forma, não há como aplicar-se o precedente do STF (HC n 81.611) posto que este restringe-se aos crimes contra a ordem tributária elencados no artigo 1 da Lei n 8.137/90, em que a lei objetiva coibir exclusivamente a sonegação fiscal. 8. Acrescente-se que os delitos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 são de natureza material - importando a necessidade de demonstração da ocorrência de resultado naturalístico, ou seja, da supressão ou redução do tributo devido - de forma que o procedimento fiscal visa à constituição do crédito tributário suprimido ou reduzido pelo agente e o crime do artigo 334 do CP, ao contrário, é de natureza formal. 9. Assim, não é de se exigir, para a ação penal por crime de descaminho, o encerramento da instância administrativa. Precentes deste Tribunal Regional Federal da 3a Região. 10. Ordem denegada.(Processo HC 200703000119925 - HC - HABEAS CORPUS - 27040 - Relator(a) JUIZ MÁRCIO MESQUITA - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador PRIMEIRA TURMA - Fonte DJU DATA:26/06/2007 PÁGINA: 259)

Por tais razões, improcedente também a pretensão subsidiária no sentido da liberação das mercadorias por eventual satisfação do crédito tributário, cumulado com a aplicação de multa percentual. Com efeito, a configuração do dano ao erário - fartamente demonstrada - submete os fatos a procedimento e sanção específicos, incompatíveis com o pedido referido. Note-se, ademais, que o caso não se compatibiliza com as hipóteses de conversão da pena de perdimento em multa, na forma do disposto no Decreto-Lei 1.455/1976 (grifos nossos):

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:
(...)

3o As infrações previstas no *caput* serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, *quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida*, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972.

Por fim, patentemente infundada a alegação de violação ao sigilo bancário dos apelantes. Houve, diversamente, a consulta ao sistema RADAR (f. 71/2 e 255 e vº), que, conforme descreve o sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, “objetiva disponibilizar, em tempo real, informações de natureza aduaneira, contábil e fiscal que permitam à fiscalização identificar o comportamento e inferir o perfil de risco dos diversos agentes relacionados ao comércio exterior, tornando-se uma ferramenta fundamental no combate às fraudes”. Pertinente que se reitere o posicionamento do Juízo de origem:

A quebra de sigilo bancário não se configurou, vez que a autoridade aduaneira limitou-se a consultar os dados dos autores no sistema RADAR, não existindo divulgação a terceiros, nem mesmo foram utilizadas as informações consultadas como fundamento da autuação. Aliás, o sigilo fiscal, por razões óbvias, não se impõe à própria autoridade fiscal, que é quem, afinal, gerencia e alimenta o sistema e tem por atribuição precípua fiscalizar os contribuintes.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0020464-98.2015.4.03.0000

(2015.03.00.020464-0)

Agravante: ALTAMIRA IND. METALÚRGICA LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 36/37

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe de Processo: AI 565296

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 557 DO CPC. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM SEDE DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 212 STJ. § 2º, ART. 7º DA LEI 12.016/2009. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- No caso, mesmo ainda que o juízo “a quo”, na decisão ora vergastada, tenha reconhecido a existência de créditos tributários em favor da agravante, o enunciado da Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça, impede que seja realizada, nesta sede, a compensação com os débitos de IPI e COFINS que a ora agravante possui junto à Receita. Transcrevo a súmula: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

- A indigitada súmula tem como lastro, ao menos no que diz respeito à liminar em mandado de segurança, o § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009, *in verbis*: “§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a *compensação de créditos tributários*, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

- Ainda mais restritivo, o artigo 170-A do CTN, introduzido pela LC nº 104, de 10.01.2001, sujeitou a compensação ao trânsito em julgado da decisão, na ação em que se discute a inexistência do crédito tributário.

- Mesmo nos casos extremos, em que, em liminar, se reconheça a inconstitucionalidade de dado tributo, e consequentemente a realização de pagamentos indevidos pelo contribuinte, não se altera o entendimento da impossibilidade de compensação em sede precária. Precedentes.

- A questão discutida nos autos do agravo de instrumento cinge-se à possibilidade de concessão de medida liminar para garantir a compensação de créditos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança e não à questão inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Esta última não faz parte da irresignação da agravante tendo em vista que, nesse mister, o juízo “a quo” emitiu decisão favorável ao contribuinte.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a trazer argumentos que visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ALTAMIRA INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA. contra a decisão monocrática de fls. 36/ 37, que negou seguimento ao agravo de instrumento por considerar incabível a compensação de débitos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança, com esteio na súmula 212 do E. STJ.

A agravante, em síntese, colaciona jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, argumentando que a decisão recorrida utilizou-se de decisões antigas, com entendimento diverso do atualmente adotado.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão monocrática de fls. 65/68, nos seguintes termos:

O artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

E essa é a hipótese ocorrente nestes autos, tendo em vista que o presente recurso está em confronto com a jurisprudência pacificada e com súmula do STJ.

No caso, mesmo ainda que o juízo “a quo”, na decisão ora vergastada, tenha reconhecido a existência de créditos tributários em favor da agravante, o enunciado da Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça, impede que seja realizada, nesta sede, a compensação com os débitos de IPI e COFINS que a ora agravante possui junto à Receita. Transcrevo a súmula: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

A indigitada súmula tem como lastro, ao menos no que diz respeito à liminar em mandado de segurança, o § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009, *in verbis*:

“§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a *compensação de créditos tributários*, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Ainda mais restritivo, o artigo 170-A do CTN, introduzido pela LC nº 104, de 10.01.2001, sujeitou a compensação ao trânsito em julgado da decisão, na ação em que se discute a inexistência de crédito tributário.

Mesmo nos casos extremos, em que, em liminar, se reconheça a inconstitucionalidade de dado tributo, e consequentemente a realização de pagamentos indevidos pelo contribuinte, não se altera o entendimento da impossibilidade de compensação em sede precária. A propósito:

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

Nos termos do art. 170-A do CTN, ‘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’, vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido. 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08”.

(REsp nº 1167039, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 02/09/2010)

Ante o exposto, nos termos do Art. 557, *caput*, do CPC, *nego seguimento ao agravo de instrumento*.

Comunique-se ao juízo “a quo”.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, apensando-se aos principais.

Publique-se. Intime-se.

Observa-se que a questão discutida nos autos do agravo de instrumento cinge-se à possibilidade de concessão de medida liminar para garantir a compensação de créditos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança e não à questão inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Esta última não faz parte da irresignação da agravante tendo em vista que, nesse mister, o juízo “a quo” emitiu decisão favorável ao contribuinte.

Deveras, as razões recursais não contrapõem os fundamentos do *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a trazer argumentos que visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ademais disso, não vislumbro qualquer justificativa à reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental interposto, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora