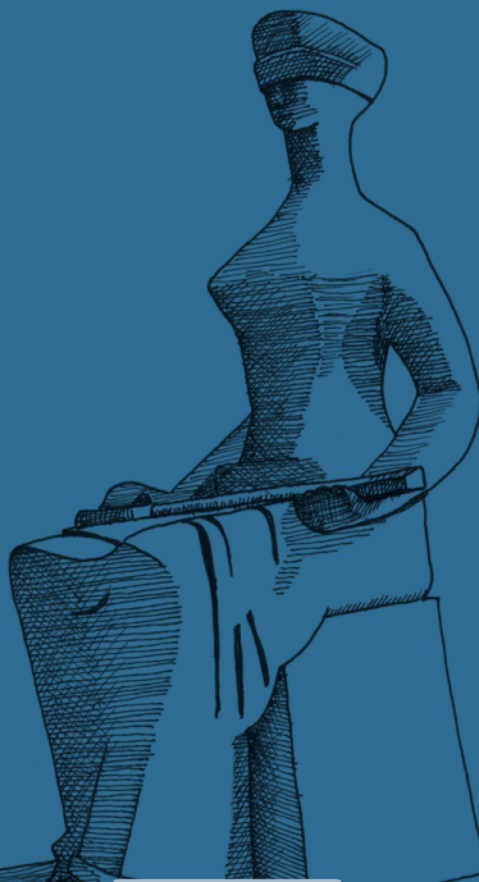


REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVII - N. 129 - ABRIL/JUNHO DE 2016 - ISSN 1982-1506



NESTA EDIÇÃO:

- **A dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal**
Antonio Carlos Cedenho – Desembargador Federal
- **O papel do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão**
Guilherme Fraiha Granjo - Servidor Público Federal
- **Delação premiada: aspectos psicológicos e jurídicos**
José Antonio Farah Lopes de Lima – Professor da ESMP/SP
- **Tributo declarado inconstitucional após o ajuizamento da Execução Fiscal. Contribuição ao PIS.**
Otávio Henrique Martins Port – Juiz Federal
- **Crimes contra a previdência social**
Simone de Alcantara Savazzoni - Analista Judiciária
- **Para além do dispositivo e da tríplice identidade: os novos limites da coisa julgada e a impossibilidade de novo pleito com base nos mesmos fundamentos já conhecidos e apreciados**
Tiago Bitencourt De David - Juiz Federal Substituto

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Nery Júnior

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVII	n. 129	p. 1-515	abr./jun. 2016

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Nery Júnior

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

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

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 17/05/2016.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA - Presidente
JOHNSOM DI SALVO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN
ANA PEZARINI

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

<i>Editorial</i>	13
Desembargador Federal Nery Júnior	

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>A dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal</i> Antonio Carlos Cedenho.....	17

<i>O papel do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão</i> Guilherme Fraiha Granjo.....	27

<i>Delação premiada: aspectos psicológicos e jurídicos</i> José Antonio Farah Lopes de Lima	45

<i>Tributo declarado inconstitucional após o ajuizamento da Execução Fiscal. Contribuição ao PIS. Declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88. Edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95. Efeitos “erga omnes” e “ex tunc”. Necessidade de novo lançamento no prazo decadencial.</i> Otávio Henrique Martins Port.....	63

<i>Crimes contra previdência social</i> Simone de Alcantara Savazzoni	69

<i>Para além do dispositivo e da tríplice identidade: os novos limites da coisa julgada e a impossibilidade de novo pleito com base nos mesmos fundamentos já conhecidos e apreciados</i> Tiago Bitencourt De David.....	89

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Mandado de Segurança. Cumulação de VPNI e remuneração integral de função comissionada ou cargo em comissão: impossibilidade. Comunicação individual ao servidor para desconto em folha. Ausência de violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.</i> MS 0054364-92.2003.4.03.0000 Desembargador Federal Antonio Cedenho	101

Desapropriação para fins de reforma agrária. Imóvel de propriedade de fundação alienado a terceiros. Ausência de alvará judicial. Valor da indenização. Juros. Honorários advocatícios.

AC 0009699-47.2005.4.03.6102

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....110

Concurso público. Militar. Proibição de discriminação de candidato beneficiado por decisão judicial. Vinculação da administração ao edital do concurso. Promoção decorrente da participação, com êxito, de curso de formação de sargentos. Consequência lógica. Razoabilidade.

AMS 0001664-16.2006.4.03.6118

Desembargador Federal Hélio Nogueira 116

Licitação. Inabilitação da impetrante. Descumprimento de regra do edital. Exigência de comprovação do certificação de regularidade fiscal no momento da abertura dos envelopes. Formalismo excessivo não caracterizado.

AMS 0014233-98.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior.....121

Conselho Regional de Farmácia. Presença de farmacêutico. REsp 1.110.906/SP. Representativo da controvérsia. Dispensário de medicamentos.

AC 0009089-29.2012.4.03.6104

Desembargadora Federal Mônica Nobre 125

Ação de indenização por danos morais. Prisão disciplinar de militar. Deferimento de pedido de cancelamento de prorrogação do tempo de serviço. Erro administrativo e atraso no desligamento do autor.

EDcl AC 0010296-41.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 132

Concurso público. Candidata autodeclarada parda. Condição necessária, mas não suficiente, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra/parda. Previsão no edital que a autodeclaração seria confirmada por uma banca julgadora segundo o critério do fenótipo, que é a manifestação visível ou detectável da constituição genética de um determinado indivíduo. Impossibilidade de o judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora.

AI 0019906-29.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 136

ANS. Cobrança de autorizações de internação hospitalar. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Ressarcimento ao SUS. Constitucionalidade.

Ag AC 0038407-07.2015.4.03.9999

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 140

Pedido de suspensão de tutela ajuizado pela Universidade de São Paulo - USP em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto que, em ação de procedimento ordinário, deferiu a antecipação da tutela para fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética, que serviria para o tratamento de qualquer tipo de câncer.

SLAT 0006040-17.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 149

DIREITO PENAL

Importação de remédios proibidos sem registro na ANVISA. Inconstitucionalidade do preceito secundário da norma.

ACr 0000770-72.2008.4.03.6117

Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....157

Peculato. Inimputabilidade não configurada. Dosimetria da pena. Pena-base no mínimo legal. Confissão.

ACr 0009262-84.2010.4.03.6181

Desembargador Federal Nino Toldo 167

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Benefício assistencial à pessoa idosa. Juízo de retratação. Preenchidos os requisitos para a concessão do benefício. Aplicação do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003.

EI 0045882-63.2005.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto 177

Aposentadoria por tempo de contribuição proporcional. Reconhecimento de atividade especial. Atividade rural. Concessão de benefício.

AC 0041611-74.2006.4.03.9999

Desembargador Federal Gilberto Jordan 189

Ação Civil Pública. LOAS. Pedido de benefício assistencial formulado por pessoa idosa ou pessoa portadora de deficiência. Cálculo da renda familiar. Exclusão de benefício assistencial concedido à pessoa portadora de deficiência e de benefício previdenciário de renda mínima concedido à pessoa idosa ou pessoa portadora de deficiência que integra o núcleo familiar.

AC 0001038-69.2007.4.03.6115

Desembargador Federal Paulo Domingues 204

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Auxiliar de estação. Não comprovação. Reconhecimento da especialidade do trabalho exposto a ruído acima dos limites legais de tolerância. Não implemento do tempo necessário à aposentação. Benefício não concedido.

ApelReex 0016698-91.2007.4.03.9999

Desembargadora Federal Ana Pizarini 227

Aposentadoria por tempo de serviço. Averbação. Atividade rural sem registro em CTPS. Período de carência. Consectários.

Ag AC 0019813-23.2007.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 236

Desaposentação. Renúncia ao benefício objetivando a concessão de outro mais vantajoso. Possibilidade. Devolução de valores. Desnecessidade.

ApelReex 0002411-86.2011.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas 245

Pensão por morte. Omissão. Homologação de acordo trabalhista. Reclamação trabalhista ajuizada após o óbito, pelos dependentes. Prova documental insuficiente para comprovação de vínculo empregatício.

EDcl REO 0006832-22.2011.4.03.6183

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 253

Aposentadoria por tempo de contribuição. Natureza especial de atividades exercidas como vigilante. Tempo de serviço suficiente para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

ApelReex 0009684-19.2011.4.03.6183

Desembargadora Federal Marisa Santos 257

Aposentadoria por idade híbrida. Artigo 48, §§ 3º e 4º da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.718/2008. Observância. Requisitos cumpridos. Termo inicial.

AC 0001958-73.2012.4.03.6113

Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 266

Benefício assistencial. Hipossuficiência econômica e impossibilidade de participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Portador de HIV. Carência.

EI 0040582-76.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Baptista Pereira 273

Recurso Extraordinário. Previdência Social. Benefício. Índice de reajuste. Equiparação ao limite do salário de contribuição. Questão infraconstitucional. Precedentes da Corte. Ausência de repercussão geral. Inadmissibilidade do Recurso.

RE AC 0003343-52.2013.4.03.6103

Desembargador Federal Mairan Maia 287

Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade urbana especial. Conversão. Laudo técnico ou PPP. Frentista. Hidrocarbonetos.

AC 0003478-55.2014.4.03.6127

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 289

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Especialização do perito. Desnecessidade. Incapacidade laborativa. Não comprovação. Constatação pericial. Ausência de elementos contrários.

AC 0037146-07.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Luiz Stefanini 296

Auxílio-reclusão. Preliminar. Representação processual. Atestado de permanência carcerária. Baixa renda. Não comprovação. Ônus da sucumbência. Tutela antecipada.

AC 0040982-85.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 301

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Embargos Infringentes. Precatório complementar. Juros de mora. Não incidência. Sobre-tamento do feito. Indevido.

EI 0059354-19.1990.4.03.6100

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....307

SFH. Revisão contratual. União. Litisconsórcio passivo necessário. Juros de mora. Plano de equivalência salarial. Taxa referencial.

AC 0404968-18.1997.4.03.6103

Desembargador Federal Maurício Kato..... 319

Ação Rescisória. Embargos Infringentes. Julgamento monocrático. Agravo legal. Desnecessidade de unanimidade jurisprudencial. Julgamento monocrático não se restringe a matérias exclusivamente de direito. Erro de fato deve ser aferido a partir da análise do julgado rescindendo. Impossibilidade de cumulação de benefícios assistencial e previdenciário.

Ag EI 0016506-32.2000.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 327

Restituição do valor indevidamente sacado do FGTS. Recebimento de boa- fé. Não incidência de consectários legais. Enriquecimento ilícito.

Ag AC 0000186-12.2006.4.03.6105

Desembargador Federal Souza Ribeiro 343

Embargos à Execução Fiscal. Penhora. Bem de família. Área mista. Residencial e comercial. Impenhorabilidade da edificação residencial. Penhora sobre área comercial.

AC 0025816-23.2009.4.03.9999

Desembargadora Federal Marli Ferreira 348

Embargos de Declaração. Alegação de vício: inexistência. Caráter infringente: impossibilidade – prequestionamento. Rejeição.

EDcl AC 0000866-24.2011.4.03.6104

Desembargador Federal Fábio Prieto 352

Embargos de Terceiro. Fraude à Execução Fiscal. Matéria pacificada no julgamento do REsp 1.141.990/PR. Negócio jurídico posterior à inscrição em dívida ativa. Art. 185 do CTN com redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005. Ausente prova da solvência do devedor. Configuração de fraude mesmo no caso de sucessivas alienações.

AC 0045730-73.2012.4.03.6182

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 355

Ação ordinária. Serviços de iluminação pública. Competência dos municípios. Transferência de ativos. Violação de autonomia do município.

Ag ApelReex 0004042-82.2014.4.03.6111

Juíza Federal Convocada Leila Paiva.....364

Execução fiscal. Recuperação judicial. Leilão de bens.

AI 0017853-12.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 377

Agravo Legal. Poderes do relator. Ilegalidade ou abuso de poder não caracterizados. Prescrição quinquenal. Rejeição da alegação de interrupção da prescrição pela citação em ação coletiva. Discussão individual. Aplicabilidade do artigo 104 da Lei nº 8.078/1990.

Ag AC 0004475-30.2015.4.03.6183

Desembargador Federal Carlos Delgado 383

Embargos à Execução Fiscal. Benefícios da justiça gratuita. Pessoa jurídica. Necessidade de comprovação dos requisitos exigidos pela Lei nº 1.060/1950. Efetiva demonstração pela recorrente. Admissibilidade na espécie. Garantia insuficiente do débito. Recebimento dos embargos. Possibilidade.

AI 0027708-78.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Wilson Zauhy 389

Ausência de intimação de advogado indicado sem pedido de exclusividade. Atos praticados por outros causídicos do mesmo escritório. Nulidade. Não verificação.

AgRg AI 0029061-56.2015.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 393

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Queixa-crime. Decisão que determina a comprovação do estado de hipossuficiência do querelante, para fins de concessão da assistência judiciária gratuita. Agravo Regimental. Não cabimento. Recurso interposto sem efeito suspensivo.

Pet 0027425-65.2009.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 399

Revisão Criminal. Acórdão condenatório em razão da prática de tráfico transnacional de drogas. Erro quanto à identificação civil da acusada, verdadeira autora do crime, que apresentou documento da revisionanda no momento da prisão em flagrante. Descabimento da condenação ao pagamento de indenização por eventuais danos morais.

RvC 0008923-73.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 413

Conflito de Jurisdição. Videoconferência. Carta precatória. Faculdade.

CJ 0027102-50.2015.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 430

“Habeas Corpus”. Audiência de custódia. Pedido prejudicado. Ilegalidade da prisão. Prisão preventiva. Requisitos presentes. Ordem denegada.

HC 0000632-45.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecilia Mello 433

“Habeas Corpus”. Contrabando. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos do artigo 312 do CPP. Medidas cautelares diversas da prisão. Adequação.

HC 0003813-54.2016.4.03.0000

Desembargador Federal José Lunardelli 438

SENTENÇAS

Ação Penal. Funcionamento de estabelecimento comercial em faixa de areia da praia sem licença do órgão competente, contrariamente às normas legais e regulamentares pertinentes.

0010372-68.2004.4.03.6104

Juiz Federal Roberto Lemos dos Santos Filho 445

Ação Penal. Obtenção indevida de benefício assistencial de idoso. Vantagem ilícita em prejuízo do INSS.

0002139-44.2011.4.03.6005

Juiz Federal Roberto Brandão Federman Saldanha 456

Importação em regime de “drawback”. Operação parcialmente bem sucedida. Aplicação do regime jurídico tributário do setor automotivo.

0003444-33.2012.4.03.6133

Juiz Federal Tiago Bitencourt De David 459

Acidente de trabalho. Concessão de auxílio-doença e auxílio-acidente pelo INSS. Ação de ressarcimento contra o empregador. Alegação de negligência pela inobservância das normas de segurança do trabalho

0009230-63.2013.4.03.6120

Juiz Federal Marcio Cristiano Ebert 461

Ação Penal. Tráfico de entorpecentes. Associação criminosa. Agentes estrangeiros. Hóspedes de navio de cruzeiro marítimo.

0000225-98.2015.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 468

Mandado de Segurança. Inscrição no FIES.

0000697-14.2015.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 488

Ação Civil Pública. Tutela antecipada. Ministério das relações exteriores. Sistema de controle e emissão de documentos de viagem. Sistema consular integrado. Fornecimento de senhas à polícia federal.

0000989-98.2016.4.03.6119

Juíza Federal Caroline Scofield Amaral 494

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO.....509

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS
FEDERAIS DA 3ª REGIÃO 513

EDITORIAL



Em minha estreia a bordo deste formidável instrumento de divulgação da cultura jurídica no âmbito da Terceira Região, deste que é o maior Tribunal Regional Federal do país, gostaria de lançar algumas e poucas informações aos nossos leitores.

Mercê dos tempos – e disso não haveremos de tratar – estamos sofrendo também aqui com um significativo corte orçamentário que, se atrás nos impediu de reproduzir nosso caderno de modo impresso, hoje nos impõe redução dramática no quadro de servidores. Apenas com a ponta do espadachim, ainda assim, não arrefeceremos e vamos ousar. E vamos robustecer nosso veículo, tão fartamente alicerçado pelo manancial de valiosas matérias.

É que a REVISTA DO TRF3 espelha e espalha as luzes dos desembargadores, juízes, servidores e estudiosos que conformam

a comunidade jurídica paulista e sul-matogrossense. Essa fonte, a par de inesgotável, é vibrante, atual, fecunda e esmerada.

Tanto quanto possível desejamos direcionar, numa ou noutra edições, linhas de debates por temas, que sejam considerados pelos nossos jurisconsultos como de importância especial para cada momento histórico. Essa dinâmica é um desafio. Queremos que nossos conteúdos atendam o cotidiano de quem deles se utiliza. Queremos que nossos luminares percebam também a valia instantânea de suas ideias.

Queremos, enfim, que a história da Justiça Federal da Terceira Região seja contada aqui, cientificamente falando, por quem se dispuser a alavancá-la ao talante do binômio utilidade e atualidade.

No plano da expansão dos trabalhos deste Gabinete, estamos em tratativas para dotar nossa REVISTA de convênios para divulgação de artigos doutrinários dos membros dos TJs de São Paulo e Mato Grosso do Sul, assim como do MPF e das OABs de ambos os Estados.

A publicação é dedicada ao leitor. Oxalá possamos contar com a crítica e com a contribuição de muitos. Boa leitura.

Desembargador Federal Nery Júnior
Diretor do Gabinete da Revista



Artigos Doutrinários

A dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal



Antonio Carlos Cedenho

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido instado nesta última década com maior frequência a decidir nos casos de negativa de fornecimento de medicamentos pelo Estado. Considerando que, além do direito à vida e à saúde, o STF tem se utilizado da dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos, o presente artigo pretende discutir esse embasamento. A dignidade da pessoa humana é considerada um valor absoluto, não podendo em qualquer momento ou circunstância ser afastada – diferentemente de outros valores que, consubstanciados na Constituição Federal por meio de princípios, podem ser ponderados em relação a outros princípios de maior relevância diante do caso concreto. Procurando compreender qual o sentido da invocação da dignidade da pessoa humana como fundamento nos casos de concessão de medicamentos, e tendo considerada a hipótese de que a sua utilização extrapola a invocação do direito à vida e à saúde nos casos de fornecimento de medicamentos, é que será desenvolvido o presente artigo.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado Brasileiro. 3. A vida como direito inerente à dignidade da pessoa humana. 4. A saúde como direito inerente à dignidade da pessoa humana. 5. A fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal. 6. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

O Supremo Tribunal Federal (STF) nesta última década tem sido instado com maior frequência a decidir nos casos de negativa de fornecimento de medicamentos: são casos de pacientes acometidos de diferentes doenças (de neoplasias a HIV, de esquizofrenia a artrite reumatoide) em que o tratamento realizado com os medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não surte o efeito desejado.

O SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/1990,¹ fornece normalmente para o tratamento dos principais problemas de saúde da população os medicamentos constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename),² e ainda os medicamentos para tratamento de doenças raras, que constam na relação do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.³ Em regra, qualquer medicamento que esteja fora destas listagens não é fornecido pelo Estado aos pacientes mesmo em casos excepcionais.

Ocorre que muitas vezes há a prescrição médica de tratamento diverso, em razão do insucesso da utilização dos medicamentos de uso comum, já autorizados e fornecidos pelo Estado, sendo a única maneira de recuperar a saúde do paciente a ministração de medicamento estranho a estas listagens.

Contudo, como o fornecimento espontâneo dos medicamentos nesses casos têm sido em regra negado pelo Poder Executivo, ocorre a “judicialização” da saúde, que, não raro, é levada até a última instância, obrigando o STF a decidir.

Observando o considerável número de decisões já proferidas pelo STF sobre este assunto, é possível constatar que, na grande maioria dos casos, restando provado que a ausência do medicamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde, e afastada grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, há a concessão. Há o sopesamento entre o chamado “mínimo existencial” e a “reserva do possível”.

As decisões nesse sentido fundamentam-se majoritariamente no direito à saúde, assegurado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, interpretado conjuntamente ao artigo 196, que define a sua universalização ao afirmar ser a saúde “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 a sua promoção, proteção e recuperação”.

Isto porque a saúde exige prestação por parte do Estado, impondo aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, e, constitui-se assim um direito positivo,⁴ um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado – ao qual é imposto o dever de prestá-lo. O direito à saúde, sendo informado primariamente pelo direito à vida – constitucionalmente protegido no artigo 5º, determina que nos casos de doença, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica.

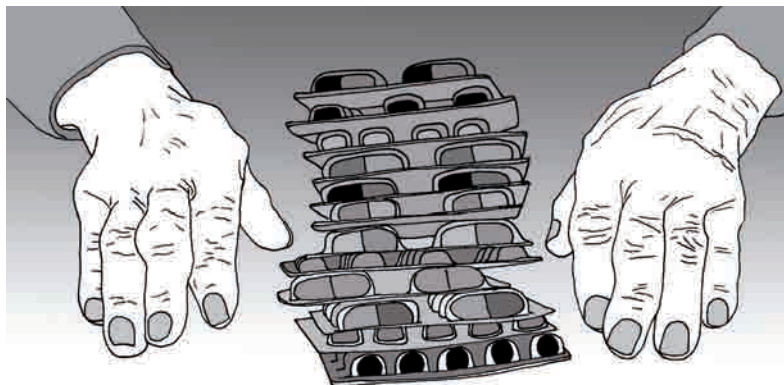
Com efeito, na medida em que um Estado passa a reconhecer e proteger

1 BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

2 BRASIL. *Relação nacional de medicamentos essenciais (Rename)*. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/0DAF/RENAME2014ed2015.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

3 BRASIL. *Programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016. Os medicamentos fornecidos pelo Estado são em sua totalidade medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Muito embora se estabeleça a discussão sobre o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, e por consequente excluídos do programa de fornecimento do Estado, o presente artigo não tratará deste aspecto.

4 MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 342.



Direitos Fundamentais, tais direitos passam a demarcar o perfil desse Estado, prenunciando a sua forma de ser e agir e de como ele se relaciona com os indivíduos que, na sua dimensão subjetiva, o integram.⁵

A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, reside “em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”, Agustín Gordillo explicita.⁶ Observa-se, entretanto, que a fundamentação utilizada pelo STF nas decisões acerca do fornecimento de medicamentos aos pacientes não se restringe ao asseguramento do direito à vida e à saúde, mas vai além com outros argumentos: um deles é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana tem, por vezes, servido de fundamento para a concessão de medicamentos não fornecidos regularmente pelo Estado quando de julgamento no STF, em contraposição à argumentação da reserva do possível, que busca salvaguardar o interesse financeiro do Estado. Entretanto, há discordância quanto à legitimidade da utilização da dignidade da pessoa humana

como fundamentação para a concessão dentro do próprio STF e ainda nos tribunais de instâncias inferiores.

Como fundamento da República Federativa, a dignidade da pessoa humana é considerada um valor absoluto, não podendo em qualquer momento ou circunstância ser afastada – diferentemente de outros valores que, consubstanciados na Constituição Federal por meio de princípios, podem ser ponderados em relação a outros princípios de maior relevância diante do caso concreto.

A sua invocação como fundamentação nos casos de concessão de medicamentos parece então ter significado diverso da invocação do direito à vida e saúde, razão pela qual empreenderemos esforços no sentido de compreender a que título e por qual razão tem sido a dignidade chamada a fundamentar a concessão de medicamentos no STF.

2. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, no Título I, que trata dos princípios fundamentais da República Federativa, elege a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A escolha do legislador constitucional pela fixação protetora à dignidade da pessoa humana, logo de início, e no principal ordenamento jurídico denota o seu caráter ideológico, demonstrando o compromisso do Estado em ser um Estado Democrático Social de Direito.

O catálogo de direitos fundamentais assegurado pela Constituição Federal é a expressão de um sistema de valores, e en-

5 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

6 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurelio Greco. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977, p. 74.

contra o seu ponto na dignidade: é direito do cidadão ter uma vida digna, bem como, sob a óptica dos Direitos Sociais, é dever do Estado proporcioná-la por meio do atendimento ao direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, ao lazer e à alimentação.

Celso Bastos e Ives Gandra Martins afirmam que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana, sendo que o sentido da vida humana forjado pelo homem deve ser facilitado pelo Estado, que deve ampliar as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.⁷ No mesmo esteio, em comento à dignidade da pessoa humana, J. J. Gomes Canotilho afirma que “trata-se de princípio atípico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna do *dignitas-hominis*, ou seja, o do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.⁸ Com efeito, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito é núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional,⁹ atuando como um mandado de otimização, ordenando algo (a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.¹⁰

A análise sistemática dos dispositivos constitucionais, como os constantes nos capítulos “Dos Direitos Sociais” e “Da Ordem Social” (respectivamente, Capítulo II do Título II e Título VIII da CF/88), corrobora este entendimento, explicitando que o texto

constitucional trilha o caminho do Estado do Bem-Estar Social.

A opção do legislador denota que os direitos fundamentais passaram a possuir uma dimensão institucional,¹¹ para além da sua caracterização meramente de direitos subjetivos. É nesse esteio que se investiga, no presente artigo, a utilização da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento para a concessão de medicamentos no STF.

A sociedade atual exige a cada dia um espectro mais amplo de direitos asseguradores para uma vida digna, elementos que garantirão o desenvolvimento do ser humano em sua plenitude: a educação, a moradia, o trabalho, a alimentação, o transporte, o lazer e, indubitavelmente, a saúde integra o ideal de dignidade.

3. A vida como direito inerente à dignidade da pessoa humana

O primeiro dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana é o direito à vida, porquanto somente é sujeito de direitos, e somente possui dignidade aquele que vive. Como um direito inerente à dignidade humana, o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais são invioláveis (consoante assegurado no artigo 5º, *caput*, da CF/88) como um elemento de sua própria conceituação. José Afonso da Silva assevera que “não fossem invioláveis [os direitos fundamentais], sua realidade ôntica não teria significação jurídico constitucional”.¹²

A dignidade da pessoa humana traz imbricada em si a proteção à vida humana. Maria Helena Diniz considera que a própria dignidade contém em si o pressuposto da intangibilidade da vida humana, porque sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há dig-

7 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p.425.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 218.

9 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76.

11 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

12 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

nidade. A pessoa só existe enquanto viva é; a pessoa é o bem e a dignidade é seu valor, a sua projeção. Desta forma, a vida tem prioridade sobre todas as demais coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido.¹³

Nesse esteio, o Ministro Celso de Mello, em decisão no Recurso Especial 393.175/RS, determinou o fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, verificando que a não concessão colocaria em risco a vida dos pacientes/autores:

Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) – a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos *medicamentos* a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. (STF, RE 393.175/RS, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/02/2006, DJ 16/02/2006)

Muito embora na decisão transcrita o objeto de proteção fosse a vida, em sentido biológico, vida dos pacientes que se pretendeu proteger, não deve ser entendida nesse espectro tão restrito. Necessário o claro entendimento sobre o significado atribuído à vida da pessoa humana na presente análise.

13 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

A vida do ser humano não pode jamais ser tomada única e exclusivamente no sentido biológico (*zoé*) mas sempre como um modo particular de vida (*bíos*),¹⁴ que implica além de uma dimensão material (física e psíquica) uma dimensão imaterial (espiritual e valorativa). Para Robert Alexy, o catálogo de direitos fundamentais é a expressão de um sistema de valores que encontra o seu núcleo na personalidade humana, e que, por sua vez, se desenvolve livremente dentro da comunidade social e na sua dignidade.¹⁵

Nesse sentido é que o mesmo Ministro Celso de Mello, analisando pedido de fornecimento de medicamentos a paciente portador de HIV, em ocasião anterior já havia decidido:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, 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. (STF, AgR no RE 271.286/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000)

A relevância da compreensão sobre a existência dessas dimensões da vida humana

14 “Pode-se apontar uma indistinção de fato entre os próprios conceitos de *zoé* e *bíos*, que para os gregos (que criaram tais termos) indicavam realidades distintas da vida como um todo: a simples vida natural (*zoé*) e um modo particular de vida (*bíos*), ou seja, a vida em geral e o modo de vida qualificado que é próprio dos homens imersos no corpo biológico e [no] político”. SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética como forma de resistência à biopolítica e ao biopoder. *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 18, n. 3, 2010, p. 523.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 489.

reside no fato de que esta definição é fulcral para a tomada de decisões, sejam elas políticas ou jurídicas; decisões significativas para ao asseguramento da vida digna, da proteção aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde.

Assim, delineia-se que a dignidade da pessoa humana mantém uma relação indissociável com o direito à vida, que por sua vez também assim se relaciona com o direito à saúde: a vida digna é aquela que o ser humano pode fruir tendo qualidade, autodeterminação, sentindo-se seguro. A saúde, por sua vez, é condição indispensável para que haja esta qualidade de vida, para que a pessoa se sinta segura com relação à sua sobrevivência e é elemento que permitirá ela se autodeterminar.

4. A saúde como direito inerente à dignidade da pessoa humana

Seguindo o raciocínio acima delineado acerca do conceito da vida humana, e ainda o que determinam os principais documentos nacionais e internacionais, a saúde pode ser definida como o completo estado de bem-estar (tanto no aspecto físico, como também no psíquico e espiritual), e não a mera ausência de doenças.

Incorporando a concepção de dimensão institucional dos direitos fundamentais já debatida, pode-se afirmar que a situação de saúde de um ser humano é determinada não só pelas suas condições físicas e psíquicas, mas também pelas suas condições de vida e de trabalho, pela conjuntura social, econômica, política e cultural do país onde ele reside, por aspectos legais e institucionais relativos à organização dos sistemas de saúde, pelos valores individuais e coletivos sobre como viver bem. A saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social.¹⁶

É nesse esteio que o artigo 196 da Constituição Federal determina que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Assim, o fornecimento de medicamentos, como tentativa de restabelecimento da saúde do cidadão, traduz-se em um bem jurídico constitucionalmente tutelado, e que deve ser preservado pelo Poder Público por meio da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas idôneas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, sob pena de grave vulneração a um direito fundamental.

A este respeito o Ministro Celso de Mello afirma em seu voto no AgR na STA 175/CE que:

[...] a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. (STF, AgR na STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

Neste aspecto, o acesso ao tratamento médico adequado, ao fornecimento dos medicamentos prescritos, às tecnologias de saúde, representa o principal e às vezes o único meio

¹⁶ VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid



considerado eficiente e legítimo para o indivíduo alcançar esse bem-estar ou bem-viver, que é a saúde.

5. A fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na grande maioria das vezes, quando da decisão sobre o tema do fornecimento de medicamentos não autorizados pela Renam ou pela Lista de Dispensação em Caráter Excepcional há o sopesamento do direito à vida e à saúde do paciente/autor em relação à reserva do possível.

São sopesados assim os danos que poderiam advir da não concessão dos medicamentos aos pacientes face aos danos que poderiam ser ocasionados à ordem, à economia e à saúde públicas.

O Poder Executivo em regra tem arguido que ao ser compelido a adquirir medicamentos fora de suas atribuições como elemento de um sistema único, objeto da Lei nº 8.080/1990, há prejuízo a toda coletividade, porque se estaria atendendo uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema. Este argumento, contudo, é combatido no STF.

Gilmar Mendes no AgR no STA 175/CE,

citando Stephen Holmes e Cass Sunstein, afirma que os autores deram contribuições

[...] para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999)

(STF, AgR na STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

Considerando, contudo, que parte da doutrina defende que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, mas ponderando o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, Gilmar Mendes entendendo que a concessão teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, não conheceu do agravo regimental interposto pela União.

Um dos argumentos, já bastante rebatido, contra o fornecimento de medicamentos seria a abertura de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, isto é, a necessidade de concessão de medicamentos a um sem número de casos similares. Essa questão foi facilmente desconstruída pelos julgados no STF, com base na tese de que a

análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Observando o considerável número de decisões já proferidas pelo STF sobre este assunto, é possível constatar que na grande maioria dos casos pende à concessão dos medicamentos, privilegiando assim o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível.

Consoante ao entendimento de que o direito à saúde é um direito público subjetivo, o STF tem fundamentado suas decisões não apenas no direito à saúde, mas também no direito à vida, ambos explicitados e garantidos constitucionalmente. Em outro voto, o Ministro Celso de Mello explicita a relação indissociável entre o direito à vida e à saúde, e afirma:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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. (STF, AgR STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

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.

(STF, AgR no RE 393.175/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007)

Mas, há ainda decisões que, além do direto à vida e à saúde, fundamentam-se em outros argumentos jurídicos, emprestados até mesmo de outras áreas do direito, como o Direito Penal; compreendendo que, muito além do dever de abstenção, da proibição do excesso, há uma proibição de proteção insuficiente. Ingo Wolfgang Sarlet nesse esteio elucida:

É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).¹⁷

Há o dever estatal de agir para a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados dos cidadãos, e mais, para assegurar a sua dignidade, assim, a concessão de medicamentos pela via judicial, acaba por fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, considerando essa proibição de proteção deficiente, já que não basta assegurar a dignidade, mas é necessário permitir que ela se efetive.

6. Considerações finais

É clara a escolha do legislador constitucional pela fixação protetora à dignidade da pessoa humana que se encontra revelada já a partir do artigo 1º da Constituição Federal, ao consagrar a sua prevalência no inciso III,

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Nota dez, 2003, p. 86.

ao lado de outros princípios informadores da regência do Estado Democrático de Direito.

Uma análise sistemática do texto constitucional demonstra que um grande número de dispositivos constitucionais trilha o caminho do Estado do Bem-Estar Social, e esta inclinação do legislador nos leva a crer que os direitos fundamentais, modernamente, já não são enfocados exclusivamente como direito subjetivo, mas sim em uma dimensão mais ampla, uma dimensão institucional, como visto.

Argumentos como a proibição de proteção insuficiente, assim como o rechaço a uma ideia de que haja normas programáticas na Constituição e a fixação da consideração das necessidades individuais como critério decisório, têm demonstrado que a dignidade da pessoa humana é baliza importante para as decisões do STF no referente à concessão de medicamentos.

É com a compreensão de que os direitos fundamentais já alçaram um determinado grau de realização no Estado Democrático de Direito que o STF tem decidido favoravelmente ao fornecimento de medicamentos: uma vez positivado – e assegurado de fato – o direito à vida e à saúde não deve se admitir retrocesso social. É nesse sentido o entendimento de J. J. Gomes Canotilho, do qual partilhamos:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio

em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁸

A justiça social – e seu asseguramento –, que nada mais é que a garantia da dignidade da pessoa humana, é o que fará contraponto aos ideais liberais, e então permitirá um saudável equilíbrio entre o econômico e o social que, muito embora aparentem diversas vezes manter uma relação contraditória, têm em verdade uma relação dialética.

Nessa linha, até mesmo o discurso que bastaria um rol mínimo de direitos assegurados para um ser humano viver e se desenvolver passa a ser questionado nos dias atuais diante do progressivo aumento de complexidade da sociedade e dos anseios humanos. Sendo positivados e assegurados os direitos de primeira a terceira dimensão, surgem os direitos de quarta¹⁹ e até de quinta dimensão²⁰ que, quiçá, poderão adiante permitir sua perseguição via judicial, de forma tão bem fundamentada como hoje já ocorre com os direitos fundamentais.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 320-321.

19 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Referências.

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.
- BRASIL. *Programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- BRASIL. *Relação nacional de medicamentos essenciais* (Rename). Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/0DAF/RENAME2014ed2015.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurelio Greco. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Nota dez, 2003.
- SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética como forma de resistência à biopolítica e ao biopoder. *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 18, n. 3, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006>. Acesso em: 03 jan. 2016.

O papel do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão



Guilherme Fraiha Granjo

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3).

RESUMO: O presente trabalho terá por objeto analisar qual é o papel que o Poder Judiciário deve exercer na implementação dos denominados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, gênero este que compreende todas aquelas prerrogativas dependentes de uma prestação positiva do Estado. Uma simples análise empírica da realidade social que nos cerca é suficiente para se averiguar que muitos indivíduos ainda são mantidos em condições de extrema pobreza e de difícil acesso a recursos essenciais em relação aos quais teriam direito pela Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, o Poder Judiciário vem se notabilizando por, cada vez mais, conferir efetividade a tais prerrogativas. A atuação dos magistrados na efetivação dos direitos ditos sociais é controversa, necessitando, pois, ser bem delimitada para que possa se desenvolver dentro de balizas constitucionais. Buscaremos demonstrar que, se de um lado ao Poder Judiciário não é dado intervir em todas as esferas de decisão do Poder Público a pretexto de atender aos direitos fundamentais de segunda dimensão, de outro, é igualmente relevante pontuar que a “cláusula da reserva do possível” não pode representar argumento padrão e automático dos entes políticos de nossa federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para impedir a implementação dos direitos sociais sob seu encargo.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Cláusula da reserva do possível. Direitos sociais, econômicos e culturais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine which role the Judiciary must play in the implementation of the so-called fundamental rights of second class – those dependents of positive actions from the State. An empirical analysis of the social reality is enough to indicate that many individuals are kept in extremely poor conditions and difficult access to vital items of daily life, for which the Constitution recognizes several rights. In this context, the Judiciary is implementing such rights. This controversial endeavor must be delimited in order to function in accordance with the Constitution. This paper seeks to demonstrate that the Judiciary cannot intervene in all decision-making spheres of the State on the pretext of implementing

fundamental rights of second class. On the other hand, it is also clear that the political entities of the federation (Federal Government, the States, the Federal District and the Municipalities) cannot use the default argument of the “under reserve of possibilities” in order to avoid the implementation of the social rights which such entities are in charge of.

KEYWORDS: Fundamental rights. Judiciary. Judicial activism. “Under reserve of possibilities”. Economic, social and cultural rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escorço histórico dos direitos fundamentais. 3. A separação dos “poderes” e a implementação dos direitos sociais. 4. A judicialização dos direitos sociais. 5. Ativismo judicial e legitimidade democrática. 6. A cláusula da reserva do possível e a questão da macrojustiça. 7. Parâmetros constitucionais para a atuação judicial na efetivação dos direitos sociais. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Este trabalho se propõe a demonstrar que a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração,¹ embora controversa em alguns aspectos, especialmente por envolver o que se denomina de “ativismo judicial”, pode ocorrer de maneira válida, desde que observados alguns pressupostos constitucionais.

A fim de alcançarmos tal conclusão, é imperioso que num primeiro momento cuideemos dos direitos fundamentais de maneira geral, na tentativa de estabelecer o alcance dessa expressão. Com efeito, a conceituação dos chamados direitos fundamentais constitui

etapa prévia e necessária para que o leitor do artigo tenha exata noção das premissas assumidas pelo autor antes de desenvolver as ideias centrais do trabalho.

Na sequência, passaremos a analisar, ainda que de maneira sucinta, o processo histórico de surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos, dando maior enfoque às três primeiras dimensões das prerrogativas classificadas de fundamentais. Muito embora a literatura jurídica mundial comece a esboçar direitos fundamentais pertencentes a uma quarta e a uma quinta dimensões, delas não nos ocuparemos muito, tendo em vista que os avanços sobre esta temática ainda não se encontram inteiramente consolidados.

Atingida essa etapa, iniciaremos estudos que intencionem verificar como as três funções do Poder (Executiva, Legislativa e Judiciária) atendem aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração. Para tanto, mencionaremos as funções típicas e atípicas de cada um dos “Poderes”, bem como o controle recíproco que cada um deles exerce sobre os demais por intermédio do sistema de freios e contrapesos.

Traçado todo o referencial teórico que consideramos essencial ao tratamento da questão principal deste artigo, passaremos a enfrentar propriamente a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais dos artigos 6º e seguintes da Constituição Federal de 1988, buscando essencial-

¹ Importante destacar a divergência existente entre os estudiosos do Direito Constitucional acerca do termo a ser empregado para designar a evolução histórica dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides recorre à ideia de “gerações” de direitos fundamentais. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Compreendemos, porém, que o termo preferível seria o relativo a “dimensões” dos direitos fundamentais, em função das razões expressas por Ingo Wolfgang Sarlet. O preclaro jurista entende que o processo evolutivo de tais prerrogativas é cumulativo, não havendo que se falar em substituição de direitos por outros subsequentes, noção errônea que o termo “gerações” poderia transmitir. Além disso, entende que os direitos fundamentais têm natureza complementar, devendo ser tomados em conjunto no plano interno. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Em que pese estarmos de acordo com a última posição esposada, recorreremos aos termos “dimensões” e “gerações” de forma indistinta neste artigo.

mente validá-la dentro dos parâmetros que reputamos necessários. Também a esta altura, trataremos de assuntos que suscitam amplos debates na doutrina e na jurisprudência pátrias, como os relativos ao ativismo judicial e à “cláusula da reserva do possível”, sem qualquer intenção de esgotá-los, obviamente.

A importância de cuidarmos das nuances a envolver os direitos sociais é manifesta e dispensa maiores explicações. O atendimento às prerrogativas previstas no Título II, Capítulo II, de nossa Lei Maior, a saber, aquelas relacionadas à educação, saúde, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outras, é essencial para que se possa garantir um estado de coisas mais consentâneo com a dignidade da pessoa humana, fundamento da república previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Política.

É necessário ressaltar que os direitos sociais carregam tal adjetivação por uma razão singular: apenas por meio da sua efetivação ou implementação é que se pode falar em justiça social e redução das desigualdades sociais, as quais persistiram mesmo após o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração.

Nosso país revela índices pouquíssimos satisfatórios quanto ao atendimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente.² O enfrentamento acadêmico destas questões, aqui incluída a forma como tais prerrogativas são tuteladas ou concretizadas pelos juízes, constitui pressuposto vital para compreender

a realidade social em que estamos inseridos, dando-nos meios de eventualmente alterar o quadro colocado, caracterizado pela extrema marginalização e pobreza de nossos cidadãos, assim como pela ausência do Estado no suprimento de necessidades básicas da população.

2. Escorço histórico dos direitos fundamentais.

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” têm sido utilizadas de maneira indistinta atualmente. Concebemos os direitos humanos como aquelas prerrogativas ínsitas à condição humana dos indivíduos, válidas, segundo lição do eminente constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, “para todos os povos e em todos os tempos” (caráter universal),³ independentemente de estarem ou não contempladas em um dado sistema jurídico, ao passo que os direitos fundamentais seriam, segundo uma acepção mais restrita do termo, os direitos humanos que estejam efetivamente previstos ou positivados pelo texto constitucional de um Estado.⁴

Os direitos fundamentais que hoje estão expressos pela Constituição Federal de 1988 são fruto de todo um processo histórico de conquistas humanas que obviamente não se limita às fronteiras do território nacional. Em realidade, se atualmente se concebe tais prerrogativas como sendo fundamentais, tomando-se por certa e inevitável a previsão delas nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, é porque a História registrou momentos de lutas e reclamações de ordem social, até o ponto em que foram institucionalizadas pelo Direito.

As revoluções ditas burguesas, com especial destaque à Revolução Francesa de 1789, foram responsáveis por conceber a

2 É bem verdade que o Brasil vem experimentando melhoras significativas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), chegando a uma avaliação de 0,755, padrão este considerado alto pelo recenseamento. Todavia, é importante esclarecer que o país acaba de perder uma posição para Sri Lanka no ranking publicado junto ao Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), de responsabilidade do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD), passando a ocupar apenas a 75ª colocação, em que pese apresentar-se como a sétima principal economia global. Dados disponíveis em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4237>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

3 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 529.

4 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 578-580. Neste trabalho, todavia, tomaremos ambas as expressões como sinônimas.

primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Lembremos que o movimento revolucionário burguês ocorrente na França insurgia-se contra a monarquia, a nobreza e o clero, os quais, sob o pretexto da justificação divina, alçavam-se aos postos de poder e prestígio social, ligados ao Primeiro e ao Segundo Estados. Nesse contexto, a burguesia ascendente, mesmo contando com o acúmulo de capitais e a propriedade dos meios, condições e instrumentos do trabalho, estava engessada do ponto de vista social.

O Iluminismo do Século XVIII foi essencial para alavancar definitivamente o movimento histórico dos revolucionários burgueses, na medida em que pregava uma maior valorização da razão, em detrimento do conhecimento baseado no divino ou em noções pré-científicas. Ora, considerando que toda a estrutura de poder da época estava calcada em justificações pouco ligadas à razão, aos insurgentes abria-se todo um referencial teórico que possibilitaria ascender aos cargos políticos.

Concluída a Revolução e instituído o Estado de Direito Burguês, a preocupação passou a ser a de resguardar o indivíduo de eventuais abusos cometidos pelo Estado. À diferença do que ocorria comumente no âmbito do Antigo Regime, em que o Monarca era soberano e tudo podia realizar, ao indivíduo seriam reconhecidos direitos e prerrogativas que nem mesmo os ocupantes dos cargos de poder estariam autorizados a restringir, salvo em hipóteses especificadas previamente na lei.⁵

5 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 compreende o instrumento jurídico que sintetiza ou entabula as principais considerações dos vitoriosos revolucionários burgueses. O artigo 4º do mencionado documento histórico afirma categoricamente que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo” e que o exercício natural dos direitos do homem só pode ter limites “determinados pela lei”. Por sua vez, o artigo 5º do mesmo diploma reforça essa previsão, ao estatuir que “tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”. In: FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)

Vê-se, por conseguinte, que os direitos humanos de primeira dimensão são aqueles associados a uma abstenção estatal, referindo-se, pois, às liberdades civis e políticas. Seu titular é o indivíduo tomado de forma singular, que pode opor tais prerrogativas ao Estado, motivo pelo qual esses direitos estão umbilicalmente vinculados ao constitucionalismo na sua origem. Diante disso, Paulo Bonavides afirma que o traço mais característico desses direitos é a subjetividade.⁶

Nas décadas finais do Século XIX e iniciais do Século XX, contudo, a humanidade verificou que os direitos fundamentais de primeira dimensão garantiam apenas e tão somente uma pretensa igualdade, a qual se apresentaria de modo formal, isto é, perante o ordenamento jurídico, mas não exatamente no plano material ou real. Muito pelo contrário: o que se verificou, de forma incontestada, foram graves problemas de ordem social e econômica, sobretudo depois do processo de industrialização dos meios de produção.

Face ao contexto da industrialização, que potencializou as desigualdades sociais anteriormente existentes, bem como em razão de movimentos reivindicatórios de condições minimamente dignas à massa operária e trabalhadora,⁷ incluindo o Socialismo, os ordenamentos jurídicos passaram a incorporar direitos ligados a uma atuação positiva do Estado, daí surgindo as concepções de Estado

anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

6 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 582.

7 Os direitos sociais nascem das considerações de diversos pensadores no plano filosófico-político, os quais não raro apresentam alta carga ideológica. As proposições de Marx e Engels, a título de exemplo, pregavam a história como movimento marcado pela luta de classes e a alienação como estado inicial da consciência, com o nítido objetivo de afastar a dominação que o capital exerce sobre os indivíduos e combater o Estado Liberal. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Em que pese tal fator ideológico, reconhecemos nestas teorias filosófico-políticas, marcadamente no Socialismo, uma importância fundamental no reconhecimento dos direitos sociais.



de Bem-Estar Social ou, simplesmente, Estado Social. Trata-se dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais incluem os direitos sociais, econômicos e culturais (doravante denominados simplesmente por “direitos sociais” enquanto gênero).

Dentre os instrumentos normativos que inovaram ao prever os direitos sociais, podemos citar a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No plano internacional, tais prerrogativas ganharam corpo posteriormente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. No âmbito do ordenamento jurídico interno, a primeira Constituição brasileira a prevê-los foi a de 1934.

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) deu origem a uma nova dimensão dos direitos humanos. Com o fim daquele que pode ser considerado um dos maiores conflitos armados por que passou a humanidade, senão o maior, e considerando os genocídios ocorrentes durante a escalada da guerra, uma nova consciência passou a ganhar contornos.

Os direitos que se reconheceram ao homem até então o tomaram singularmente, como indivíduo (caso dos direitos funda-

mentais de primeira dimensão), ou então enquanto membro de uma coletividade (situação dos direitos fundamentais de segunda geração). No pós-guerra, com a massificação das sociedades, esboçou-se uma nova ordem de direitos fundamentais, responsáveis por considerar o gênero humano como um todo, sem qualquer limitação que diga respeito às fronteiras dos Estados nacionais ou à etnia das pessoas. Cuidam-se dos direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, a incluir os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,⁸ os relativos ao consumidor,⁹ dentre tantos outros.

Vistas as três dimensões dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer, aproveitando primorosa lição do eminente Paulo Bonavides, que o lema revolucionário francês de “liberdade, igualdade e fraternidade” antecipou e sintetizou toda a evolução histórica a que se fez menção acima.¹⁰

Hodiernamente, a doutrina jurídica nacional e internacional passou a ocupar-se de direitos fundamentais pertencentes a uma quarta e até quinta dimensões, embora nesse

8 Os direitos fundamentais de terceira dimensão foram incorporados pela Constituição Federal de 1988. Relativamente à manutenção dos recursos naturais, estabelece nossa Lei Maior, no seu artigo 225, *caput*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

9 No que tange ao direito do consumidor, o Poder Constituinte Originário, reconhecendo a sua importância, determinou, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que o Congresso Nacional elaborasse, no prazo de cento e vinte dias, um código de defesa do consumidor. Com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, a mencionada determinação constitucional restou atendida.

10 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 580-581. Esclareça-se que, ao falarmos em liberdade, nos referimos à liberdade do indivíduo em face do Estado (primeira dimensão). Por sua vez, ao falarmos em igualdade, pretendemos destacar a material, existente no plano real, e não meramente a formal, reconhecida no corpo normativo (segunda dimensão). Por fim, ao mencionar fraternidade, buscamos retratar a união que os povos devem formar para concretizar ou efetivar prerrogativas que são comuns a todos eles (terceira dimensão).

aspecto a questão esteja longe de ser considerada pacífica, unânime ou resolvida. Relativamente aos direitos de quarta dimensão, por exemplo, observamos que há quem defenda serem eles as prerrogativas à democracia, à informação e ao pluralismo, como Paulo Bonavides,¹¹ ao passo que outros sustentam estarem eles ligados à engenharia genética, caso de Norberto Bobbio.¹²

O próprio Paulo Bonavides nos antecipa, por outro lado, que o direito à paz substanciaria uma prerrogativa fundamental de quinta dimensão, teoria esta que ainda reclama a adesão dos demais juristas.¹³

3. A separação dos “poderes” e a implementação dos direitos sociais.

Tal como averbamos no tópico precedente, relativamente à confusão terminológica que atualmente se faz quanto ao uso das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, também no que concerne à divisão orgânica do poder verificam-se erros de ordem técnica no manejo das nomenclaturas. Explicamo-nos.

Com efeito, devemos ter em mente que o poder, compreendido enquanto a capacidade franqueada a alguns homens de determinar o comportamento dos demais, bem como a de vedar condutas indesejadas, é, segundo uma visão clássica, uno e indivisível, emanando de um único centro irradiador de decisões: o Estado. Todavia, muito embora o poder seja caracterizado pela sua unicidade, sua expressão, manifestação ou exteriorização pode ser fracionada em favor de diferentes órgãos. Bem por isso se afirma, em meio a doutrina político-jurídica, a existência de diferentes funções: a legislativa, a executiva e a judiciária.

A referência aos “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário, na intenção de indicar os órgãos que desempenham tais encargos constitucionais, não é, portanto, correta do ponto de vista técnico, pois o poder, como visto, é uno e indivisível. Muito mais acertada seria a alusão às funções do poder, já que estas sim podem ser fragmentadas e distribuídas para distintos órgãos.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior esclarecem que as diferentes funções do poder foram identificadas por Aristóteles durante a Antiguidade. Contudo, foi Montesquieu, em obra intitulada “O Espírito das Leis”, quem vislumbrou a necessidade de se estabelecer uma divisão entre as funções do poder em favor de órgãos distintos, com vistas a assegurar a liberdade e a segurança dos indivíduos.¹⁴

Assim, à função legislativa compete a elaboração de comandos gerais e abstratos, aptos a regular a vida do homem em sociedade. Nesse sentido, o principal produto da atuação do Legislativo é a lei. Por sua vez, ao Executivo cabe a administração dos bens e serviços públicos, dentro dos parâmetros fixados pela lei previamente aprovada pelo Legislativo, sendo a principal manifestação do seu labor o chamado ato administrativo. Por fim, o Judiciário estaria encarregado de aplicar a lei aos casos litigiosos que se lhe apresentam, fixando a conformidade ou inconformidade da situação concreta perante o corpo normativo, bem como deduzindo as consequências jurídicas deste estado de coisas, mediante a definitividade própria da coisa julgada. Essa função é caracterizada pelas sentenças, acórdãos e demais decisões judiciais.

A existência de uma divisão de funções próprias do Poder entre diferentes órgãos, todos autônomos e independentes em relação aos outros, seria responsável por gerar um sistema de controle mútuo, traduzido na co-

11 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 590.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

13 Cf. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

14 Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

nhecida expressão dos “freios e contrapesos” e, a partir daí, uma estrutura mais voltada a manter incólumes os direitos previstos em favor dos cidadãos.

Para que funcione em conformidade com a finalidade para a qual foi instituída, qual seja, a de resguardar as liberdades civis e políticas dos indivíduos, a divisão orgânica do poder pressupõe o respeito a três cláusulas, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: (i) a independência e harmonia entre os “Poderes”; (ii) a indelegabilidade de funções; e (iii) a inacumulabilidade de funções e cargos provenientes de “Poderes” distintos.¹⁵

Por outro lado, é igualmente relevante destacar que a divisão orgânica do poder permite o surgimento da dicotomia segundo a qual podemos falar em funções típicas e atípicas do Legislativo, Executivo e Judiciário. Levando em consideração que cada “Poder” deve se manter autônomo e independente em relação aos demais, concluímos que, no âmbito de suas estruturas, cada órgão deve desempenhar a função primordial para a qual foi instituído (típica), mas também outras que, muito embora não estejam propriamente associadas com as suas atribuições constitucionais, são necessárias para que se mantenham em pleno funcionamento (atípicas).

Imaginemos, pois, a situação do Poder Legislativo. Afirmamos, linhas acima, que sua função constitucional é a de elaborar os comandos gerais e abstratos que irão reger a vida dos homens em sociedade. No entanto, se admitíssemos que a administração de seus recursos ficaria a cargo do Poder Executivo, por ser deste a atribuição de gerir os bens públicos, comprometeríamos definitivamente o pressuposto da independência inerente à divisão orgânica do poder. Diante disso, imperativos de ordem prática demandam que o próprio Legislativo administre seus recursos financeiros, no exercício de uma função atípica.

Podemos recorrer a outros exemplos. A Presidência da República, pertencente ao Poder Executivo, ao sancionar ou vetar projetos de lei, participa do processo legislativo, exercendo, assim, função atípica.¹⁶ Cite-se também o Legislativo, que ao julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, o faz no uso de função atípica, próxima daquela desempenhada pelo Estado-juiz.¹⁷

Em realidade, todos os denominados Poderes da República exercem funções de ordem típica e atípica, como pressuposto lógico da independência e autonomia que deve existir entre eles. A rigidez da distribuição de funções redundaria, inevitavelmente, na dissolução da própria divisão orgânica do poder.

Restando claro, portanto, a sistemática clássica da divisão dos poderes, cumpre-nos salientar que nossa Constituição Federal de 1988 a prevê em seu artigo 2º.¹⁸ Interessa-nos indagar como os diferentes Poderes devem equacionar a questão dos direitos sociais previstos na Carta Política.

Tomando as considerações acima expendidas, poderíamos concluir, ao menos numa primeira análise, que o Poder Legislativo tutela os direitos sociais ao exercer as competências legislativas que lhe foram outorgadas pelo Poder Constituinte. De outro giro, o Poder Executivo atenderia as prerrogativas sociais previstas na Carta Magna mediante a implementação de políticas e medidas públicas, com base na lei. Finalmente, o Judiciário só atuaria em tal seara se viesse a ser pro-

16 O artigo 66, *caput* e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelecem que o Presidente da República deverá se manifestar quanto ao projeto de lei aprovado em ambas as casas do Congresso Nacional, sancionando-o ou vetando-o (por motivo político, ligado à inconveniência e inoportunidade da medida, ou jurídico, relativo à inconstitucionalidade do projeto).

17 Os crimes de responsabilidade, previstos pelo artigo 85 da Constituição Federal de 1988, são infrações político-administrativas que o Presidente da República pode cometer durante o exercício do mandato e que podem acarretar no seu *impeachment*, segundo o procedimento previsto no artigo 86 do mesmo diploma normativo.

18 “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

15 *Ibidem*, p. 342.

vocado pelo titular do direito, no âmbito de casos contenciosos.

No contexto atual, entretanto, constata-se um movimento global de *judicialização* de várias temáticas, inclusive aquelas antes afetas exclusivamente ao campo político, das quais os direitos sociais não são exceção. A partir desse cenário, o Poder Judiciário, ao determinar a prestação positiva de um direito social, pode eventualmente interferir ou esbarrar em juízos de conveniência e oportunidade e na administração dos recursos públicos, tarefas estas que a princípio seriam da competência do Executivo, responsável pela eleição e implementação das políticas públicas na ordem que considera ideal.

Por isso, frente ao novo papel assumido pelo Judiciário, em especial nos casos que envolvam o atendimento aos direitos sociais, já há quem questione se o princípio da separação dos poderes estaria em franca decadência.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em primoroso artigo acadêmico,¹⁹ leciona que a divisão dos “poderes” trouxe como uma das principais consequências a noção ideológica e essencial ao Estado de Direito Burguês da neutralização política do Poder Judiciário. No desempenho de seu mister, os magistrados centralizam sua atividade apenas e tão somente na lei e na dogmática jurídica, desvinculando-se das raízes sociais do Direito.

No entanto, aponta a existência de um movimento por ele denominado de “desneutralização” do Poder Judiciário, o qual se originou com o nascimento do Estado de Bem-Estar Social e o reconhecimento dos direitos sociais. Os juízes, no seu entender, tal como os membros do Poder Legislativo e os mandatários do Poder Executivo, foram expostos à crítica pública em razão dos meios de comunicação de massa, passando a ser cobrados pela implementação das prerrogati-

vas essenciais para a coletividade. Por outras palavras, segundo o próprio Tércio, citando Mauro Cappelletti:

Tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências “lógicas” da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar.²⁰

Diante desse cenário, a suposta neutralização política do juiz, tão cara em tempos passados, cederia espaço a um movimento de politização do magistrado, ao qual estaria franqueada, no desempenho de suas funções jurisdicionais, a possibilidade de cuidar de assuntos de interesse coletivo.

Aproveitando o contexto ora verificado de inserção cada vez maior dos magistrados no espaço político do Estado e no atendimento às demandas sociais da coletividade, buscaremos analisar até que ponto, em nossa visão, o Judiciário estaria autorizado a implementar os direitos sociais previstos constitucionalmente, sem que, com tal expediente, afronte os ditames do próprio Texto Maior e a separação institucional de funções próprias do Poder, por ele expressa, em favor do Legislativo e do Executivo.

4. A judicialização dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais de segunda geração traduzem, como perquirimos linhas acima, prerrogativas dependentes de uma prestação positiva por parte do Estado, diferenciando-se, em muito, dos direitos fundamentais de primeira dimensão, referentes a uma abstenção ou atuação negativa dele. O reconhecimento de ditas prerrogativas sociais deu azo ao surgimento daquilo que concebemos por neoconstitucionalismo.

19 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio 1994.

20 *Ibidem*, p. 20.

Vale dizer: se o constitucionalismo preocupava-se em resguardar o indivíduo dos muitos abusos cometidos pelo Estado relativamente a sua vida privada, o neoconstitucionalismo intenciona redimensionar o papel da Constituição que, além de fixar o rol de direitos infensos a intervenções estatais indevidas, elencaria verdadeiras “normas diretivas”²¹ para encaminhar os trabalhos dos Poderes Públicos.

Evidentemente que a concretização dos direitos sociais representa um custo a ser arcado pelo Estado.²² Bem por isso, é impossível cogitar-se da implementação imediata de todos os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, uma vez que as demandas daí decorrentes são inúmeras, mesmo ilimitadas, enquanto que os recursos necessários ao seu pleno atendimento são, como bem se sabe, escassos. Dessa forma, o atendimento aos direitos sociais envolve uma obrigatória seleção das prioridades que o Poder Público deseja enfrentar.

Tal tarefa, segundo a clássica divisão orgânica dos poderes, estaria a cargo do Legislativo, por meio da edição das leis orçamentárias e demais normas a reger os direitos sociais, e do Executivo, a quem competiria cumprir os comandos prescritos pelas normas legais e, dentro do campo de discricionariedade que lhe é aberto, traçar as políticas públi-

cas necessárias ao seu atendimento.

Entretanto, o Poder Judiciário, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, tem tomado parte cada vez mais ativa na concretização dos direitos sociais, valendo-se, para tanto, de todo um embasamento teórico que se presta a esta finalidade.

Com efeito, a denominada *doutrina da efetividade* é uma das mencionadas teorias que permitem a atuação cada vez mais incisiva do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Cuida-se do resultado de um movimento que buscava, essencialmente, conferir aplicação direta e imediata aos dispositivos constitucionais, mormente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, em vista do quadro de total dissonância entre os comandos que derivam do Texto Maior e a realidade social do país. Por outros termos, a doutrina da efetividade promove o reconhecimento do atributo da *imperatividade* em favor das normas constitucionais, tal como ocorre com as regras jurídicas em geral.²³

Com base nas formulações teóricas oriundas da doutrina da efetividade, os magistrados têm aplicado as normas reconhecedoras dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 independentemente de qualquer legislação ordinária intermediadora e atendido às demandas judiciais propostas por indivíduos singulares.

De par com a doutrina da efetividade, a *teoria dos princípios* a que se referem os estudos de Ronald Dworkin²⁴ e, sobretudo, Robert Alexy, também desempenhou papel fundamental para a judicialização dos direitos sociais. Este último teórico traça uma interessante classificação segundo a qual podemos falar em duas espécies de normas no orde-

21 Cf. STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *Terrae Brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 4, p. 272-308, jul.-dez. 2004.

22 Marcelo Figueiredo, citando as lições de Cass Sunstein, adverte que não apenas os direitos sociais, econômicos e culturais, mas também os direitos civis e políticos representam custos a serem arcados pelo Estado. O cidadão, por exemplo, ao exercer o direito de voto próprio da democracia, recorre a uma estrutura mantida, no Brasil, pela Justiça Eleitoral, a custo de dispendiosas verbas empregadas pelo Estado para a sua realização. Portanto, as prerrogativas de primeira dimensão não envolvem apenas uma abstenção, como dantes se imaginava, mas também, em certa medida, um fazer do Estado. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *Direitos sociais no Brasil e na América Latina*. Os papéis da comissão e da corte interamericana de direitos humanos. In: Seminário Internacional “Protección de los Derechos Sociales”, San Juan, Argentina, abr. 2012.

23 Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

24 Verificar DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 11. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

namento jurídico: de um lado, os princípios, e, de outro, as regras jurídicas propriamente ditas.²⁵

De acordo com Robert Alexy, regras jurídicas são comandos que seguem a lógica do “tudo ou nada”, com o que pretendemos dizer que ou se cumpre integralmente a conduta desejada, ou se desatende por completo o seu conteúdo, restando, assim, afrontada. Luís Roberto Barroso, retratando o pensamento de Robert Alexy, afirma que “não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva”.²⁶

Por sua vez, o princípio consubstanciaria um valor a ser perseguido. O ordenamento jurídico apresenta diversos princípios diferentes, que não só podem como efetivamente entram em situações de claro conflito. Em função disso, a lógica do princípio não pode ser aquela relativa a uma simples regra jurídica (“tudo ou nada”), pois os princípios representam *mandados de otimização*, a serem realizados na maior medida possível.

Assim, os direitos fundamentais, por entrarem em rota de colisão entre si, podem também ser classificados como princípios segundo as proposições de Alexy, demandando, pois, efetivação ou concretização sempre que viável, mesmo que pela via judicial.

Colhe-se dos dois exemplos acima listados (doutrina da efetividade e teoria dos princípios) que a atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais baseia-se em fundamentos doutrinários. São vários os juristas que defendem o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, principalmente

em face da necessidade de se concretizar os direitos derivados do Estado Social e da clara ineficiência do Executivo na administração dos recursos públicos.²⁷

Contudo, é de se notar que a atuação cada vez mais proeminente da judicatura a esse respeito é passível de severas críticas. Focaremos em duas das principais objeções que se faz à judicialização dos direitos sociais: a referente à legitimação democrática dos juízes e à “cláusula da reserva do possível”.

5. Ativismo judicial e legitimidade democrática.

A forma de investidura dos magistrados é inequivocamente diferente daquela por meio da qual os membros do Poder Legislativo e os ocupantes de cargos políticos do Poder Executivo são alçados aos seus postos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os senadores da república, deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores, assim como o Presidente da República, os governadores e os prefeitos são eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico,²⁸ para exercer, por meio de repre-

25 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

26 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

27 Wandimara Pereira dos Santos Saes relaciona os juristas que defendem o ativismo judicial. Dentre outros, podemos citar João Luís M. Esteves (ESTEVES, João Luís M. *Direitos sociais fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Coleção Prof. Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2007, p. 137), Sérgio Fernando Moro (MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 292), Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19) e Victor Abramovich e Christian Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 132). Cf. SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justificabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa*. Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo – SP, 2008, p. 296.

28 O artigo 60, § 4º, da Lei Maior prevê que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II – o voto direto, secreto, universal e periódico”. Trata-se do que a doutrina costumeiramente classifica enquanto “cláusula pétrea”, “cerne imutável” ou “núcleo intangível” da Constituição Federal de 1988.

sentação, o poder que emana do povo.²⁹ Por outro lado, a mesma Carta Política preceitua que os juízes ingressam na carreira por meio de concurso de provas e títulos,³⁰ salvo na hipótese relativa ao quinto constitucional.³¹

Verificamos, portanto, que a população só tem o poder de eleger os seus representantes no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, não havendo que se falar em exercício da democracia quanto aos membros do Poder Judiciário, conforme a regência que decorre dos ditames da própria Constituição Federal. Ocorre que o Poder Judiciário, com o advento do Estado Social, como vimos, atravessa um momento de verdadeira “politização”, tomando parte cada vez mais ativa na efetivação dos direitos sociais e, com isso, interferindo na administração da coisa pública.

Frente a esse contexto, uma das principais objeções ao ativismo judicial é a que diz respeito à falta de legitimidade democrática dos juízes para se irrogarem nas funções próprias do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

A esse respeito, leciona com propriedade Luís Roberto Barroso:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a

prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção à saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.³²

Compartilha da mesma visão J.J Gomes Canotilho, para quem:

Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação.³³

A objeção ganha consistência quando se considera que o ativismo judicial garante a efetivação dos direitos sociais somente em favor daqueles que buscam o atendimento de suas pretensões junto ao Poder Judiciário. Tal circunstância é temerária, na medida em que muitos indivíduos estão privados do acesso à Justiça, por razões de ordem econômica (impossibilidade de arcar com os custos referentes ao processo ou com os honorários advocatícios) e/ou social (falta de informação quanto à possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário).

De fato, não se afigura coerente reservar àqueles que acionem o Poder Judiciário a possibilidade de usufruir determinado direito social, de um lado, e, de outro, deixar ao largo

29 “Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

30 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (...)”.

31 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

32 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 27-28.

33 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 946.

da mesma fruição diversas outras pessoas que se encontrem em situação idêntica ou, ao menos, similar, simplesmente em razão dos mecanismos inerentes ao funcionamento da Justiça.

Superada essa primeira crítica, cumprenos analisar a “reserva do possível”.

6. A cláusula da reserva do possível e a questão da macrojustiça.

A cláusula da reserva do possível constitui um dos principais limitadores ao atendimento dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles referentes à segunda geração ou dimensão. Corresponde, em síntese, à teoria que considera a escassez de recursos humanos e financeiros para afirmar a impossibilidade de se atender, de modo simultâneo e completo, a integralidade dos direitos sociais de todos os indivíduos. Por ela, a aplicabilidade imediata das prerrogativas fundamentais, que no caso brasileiro decorre da disposição do artigo 5º, § 1º, da CF/88,³⁴ deve ser mitigada em função da disponibilidade econômica do Estado.

A gestão dos recursos públicos envolve sempre escolhas a serem realizadas pelo administrador, tendo em vista a já noticiada escassez de disponibilidades econômicas e a quantidade ilimitada de demandas sociais. Diante das necessárias escolhas a serem feitas na gestão dos recursos estatais e na implementação de medidas e políticas sociais, o Poder Público, quando acionado judicialmente, vem apresentando como argumento, com alguma frequência, a cláusula da reserva do possível e a separação constitucional dos poderes.

É que as decisões judiciais que determinam o cumprimento de prestações positivas por parte do Estado acabam por interferir na administração da coisa pública, prejudicando as escolhas que deveriam ser promovidas pelo

Poder Público na concretização das políticas sociais.

É plenamente justificável, por exemplo, que o Estado deixe de construir uma escola em determinada localidade com o objetivo de priorizar a entrega de um hospital, sem que se possa alegar que, com tal expediente, a Administração Pública esteja a inviabilizar a fruição de direitos sociais. Essa espécie de decisão é completamente natural na administração dos valores públicos. Com a profusão de decisões judiciais tendentes a dar concretude aos direitos sociais, contudo, escolhas como a exemplificada acima são frustradas, havendo, por conseguinte, a substituição do gestor público pelos juízes na administração dos recursos financeiros.

Sobre este contexto, mas especificamente no que diz respeito ao direito social à saúde, com previsão no artigo 6º da Constituição Federal,³⁵ bem como ao fornecimento de medicamentos, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, assim disserta:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimento integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se pla-

34 “Art. 5º. (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

35 “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

nejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.³⁶

O prejuízo que as decisões judiciais acarretam à administração dos recursos públicos não se circunscreve, em absoluto, ao campo das políticas de saúde e à distribuição de medicamentos, valendo, outrossim, para as medidas políticas que visem atender aos demais direitos sociais.

O impasse é inequivocamente complexo. Aos juízes falta o conhecimento técnico de que a Administração Pública, com toda a sua estrutura de funcionários especializados, é detentora. Lembremos que a temática dos direitos sociais é composta de variados matizes (saúde, transporte, educação, saneamento básico, trabalho, previdência social, dentre muitas outras), em relação aos quais o magistrado não pode saber tudo, pois cada segmento demanda atuação conjunta de vários colaboradores com conhecimentos específicos. Além disso, o juiz não detém o conhecimento integral quanto à situação financeira do Estado e à viabilidade econômica de atender a tal ou qual demanda particular.

Fala-se que o Estado-juiz está predisposto à realização de uma *microjustiça*, ou seja, da aplicação da lei ao caso concreto. É a Administração Pública a incumbida de atender aos ditames da justiça social ou, por outras palavras, a *macrojustiça*. Porém, ao atender aos direitos sociais e interferir na gestão dos recursos públicos, o Poder Judiciário tutela assuntos de *macrojustiça*, sem contar com o conhecimento especializado imprescindível a tal atuação.



7. Parâmetros constitucionais para a atuação judicial na efetivação dos direitos sociais.

O espaço de atuação do Poder Judiciário, diante de tudo o quanto abordado acima, é controverso. A divisão clássica do poder, segundo a qual podemos falar em funções jurisdicional, legislativa e executiva, já não é suficiente para explicar o fenômeno do tratamento e efetivação dos direitos sociais, ante a “politização” por que vem passando o Poder Judiciário. Os magistrados tornaram-se agentes sociais e políticos, de par com o

36 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 28-29.

papel de solucionador de situações litigiosas concretas e particulares, postura passível de diversas críticas.

Como, então, equilibrar a atuação jurisdicional no que toca aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, sem que, de um lado, haja o chamado ativismo judicial, marcado pela extrema judicialização de questões que seriam afetas à Administração Pública, e, de outro, uma omissão dos magistrados quanto a essas mesmas prerrogativas essenciais? A resposta a essa indagação não é evidente e nem mesmo uma só.

O Poder Judiciário tem por uma de suas principais finalidades o controle de legalidade dos atos administrativos, estando inviabilizado de analisar a conveniência e oportunidade das medidas levadas a efeito pelo gestor público, segundo uma corrente de pensamento mais clássica, ou, ao menos, sujeito a limitações maiores na esfera da discricionariedade ou mérito administrativo.

Dessa forma, é certo que se um dever deflui da própria Constituição Federal de 1988 ou de outra norma legal, o Poder Judiciário estaria autorizado a analisar o cumprimento dos referidos comandos por parte da Administração Pública, como parte de seu natural e ínsito poder de fiscalizar o atendimento ao que a lei, em seu sentido lato, estabelece. Essa atividade, como é cediço, insere-se no controle de legalidade que os juízes exercem sobre a atuação administrativa.

Todavia, se o que está a se discutir no caso concreto colocado sob a atenção do juiz não é a legalidade do ato administrativo que vise a efetivar um determinado direito social, mas sim a viabilidade financeira do custeamento desta prerrogativa, ou o mérito da decisão administrativa, a questão ganha em complexidade. Temos que, em situações como esta, ao magistrado é necessário conduzir o litígio de maneira mais cautelosa e, principalmente, fundamentada, antes de proceder a qualquer determinação.

Por outras palavras, não é porque a Constituição Federal de 1988 garante o direito social à saúde, por exemplo, que os juízes, com base nessa previsão, devem atender a todas as demandas que se lhe apresentam a respeito da temática em apreço, independentemente da análise da efetiva necessidade do medicamento, do seu custo, do prejuízo que a determinação pode acarretar ao Sistema Único de Saúde (SUS) como um todo, dentre todos os demais aspectos inerentes ao contexto da saúde pública.

Sustentamos esse ponto de vista em razão de um motivo singular: na medida em que o juiz passa a atuar na realização das questões afetas à macrojustiça, efetivando os direitos sociais com previsão na Carta Política de 1988, deve estar ele cada vez mais ciente das consequências que as suas decisões produzem para o contexto global da coletividade, sobretudo na gestão pública dos recursos financeiros, e não apenas ao espectro particular do caso concreto submetido a sua apreciação.

De outra parte, se não possível que o Poder Judiciário intervenha em todas as esferas de decisão do Poder Público, também não é admissível que as autoridades administrativas, quando acionadas judicialmente, recorram à cláusula da reserva do possível como um argumento padrão e automático, a fim de evitar a concretização dos direitos sociais.

Primeiramente, o argumento da cláusula da reserva do possível deve observar o que costumamos denominar de mínimo existencial ou *minimum core obligation*. Embora se trate de uma expressão equívoca, que admite variados sentidos, podemos afirmar a verificação de um consenso quanto a um dado essencial do mínimo existencial: o de que ele se refere ao conjunto de condições primordiais para que qualquer indivíduo tenha uma vida minimamente digna. Marcelo Figueiredo esclarece que as obrigações componentes do mínimo existencial “devem ser disponibilizadas pelo Poder Público com prioridade e com

relação a elas não pode ser arguida a reserva do possível”.³⁷

Em segundo lugar, a reserva do possível não pode ser alegada de forma leviana, desacompanhada de elementos que efetivamente comprovem o desarranjo que a decisão judicial provocará na atuação do Poder Público. Aos autos do processo judicial que discuta a implementação de um direito social em específico, devem ser carreadas provas cabais no sentido de que o Poder Judiciário, em acolhendo a pretensão do autor, estará, em última análise, interferindo indevidamente nas atividades dos outros poderes e arriscando prejudicar os demais indivíduos que delas dependem.

Nesse sentido, recorrendo aos ensinamentos de Cristina M. M. Queiroz, as ponderações de Wandimara Pereira dos Santos Saes:

Nesse contexto, a cláusula da reserva do possível não tem como consequência a sua ineficácia, como bem adverte Cristina M. M. Queiroz, visto que ela expressa unicamente a “necessidade de sua ponderação”. Não obstante, ela não pode conduzir à negativa da justiciabilidade dos direitos sociais, e sim vincular a atuação estatal ao “máximo possível” na sua implementação mediante a ponderação do binômio necessidade-possibilidade. Na hipótese de violações dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível não deve afastar de plano a responsabilidade estatal. Ao revés, deve instar o Poder Público à comprovação da conformação constitucional de sua atividade, visto que os recursos podem se tornar indisponíveis por má gestão, fruto de ineficiência administrativa.³⁸

8. Conclusão.

Os direitos sociais, com previsão nos artigos 6º e seguintes de nosso texto constitucional, são aqueles que dependem de uma atuação positiva do Estado, compreendendo as necessidades materiais de que toda coletividade se ressente. Ao contrário do que ocorre em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos ditos sociais necessitam fundamentalmente de uma atitude concreta do Poder Público.

Todos os Poderes de nossa República têm por dever promover os direitos sociais, cada um no seu respectivo âmbito de atuação. Assim, o Poder Legislativo deve criar normas gerais e abstratas que efetivamente contemplem tais prerrogativas; o Poder Executivo elaborar políticas públicas, com base na lei, que os efetivem; e, finalmente, o Poder Judiciário analisá-los na ótica dos casos litigiosos que se lhe apresentam.

Atualmente, porém, o que se verifica é uma invasão de competências por parte dos juízes nacionais no que se refere ao assunto em apreço. Com efeito, é comum a verificação de sentenças, acórdãos e demais decisões, até mesmo aquelas de caráter liminar, que determinem a realização de uma obrigação de fazer ao Estado, tendo por fundamento os direitos sociais, situação esta que acaba por interferir na divisão clássica dos poderes e prejudicar as escolhas, seleções e demais aspectos próprios da administração dos recursos públicos.

Somos, pois, da opinião de que não cabe ao Poder Judiciário promover desenfreadamente, por meio de decisões prolatadas no seio dos processos judiciais a seu encargo, políticas públicas tendentes a efetivar os direitos sociais, uma vez que tal tarefa insere-se no rol de atribuições dos Poderes Legislativo,

37 FIGUEIREDO, Marcelo. *Os direitos sociais: conceito e âmbito de aplicação. A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no cenário latino-americano com foco na realidade brasileira.* In prelo.

38 Cf. SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa.* Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo –

SP, 2008, p. 308. Ver também QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216.

através da edição de normas de caráter geral e abstrato, e Executivo, por intermédio da concretização de medidas públicas.

Ao Poder Judiciário compete, em realidade, tutelar os direitos subjetivos no caso concreto, desde que no âmbito do controle de legalidade dos atos administrativos ou de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. É dizer, o Poder Judiciário tem, e assim deve ser, uma atuação muito mais restrita no atendimento às demandas sociais, tendo em vista que o seu foco repousa no litígio apresentado, e não no contexto geral da coletividade.

Afora essas situações em que as obrigações do Poder Público decorram de expresse comando da lei, a tutela jurisdicional deve conduzir-se com reservas, de maneira cautelosa, pois as decisões na esfera dos direitos fundamentais de segunda dimensão, dependentes de uma prestação positiva por parte do Estado, influem seguramente, em maior ou menor medida, na administração dos recursos públicos e, por via de consequência, nas demais funções do poder.

É de bom alvitre ressaltar, contudo, que essa conclusão não autoriza o uso indiscriminado da cláusula da reserva do possível. Admitir essa situação seria o mesmo que consentir com um Estado omissivo que foge aos seus deveres constitucionais. Assim, devemos ter em mente que o argumento segundo o qual o Estado não dispõe de recursos infinitos para atender toda gama de demandas sociais merece ser utilizado de maneira consciente, e não automática.

Dois parâmetros surgem para balizar a utilização da cláusula da reserva do possível pelo Poder Público, quando este pretende furtar-se ao cumprimento de uma pretensão judicializada pelo indivíduo. O primeiro deles, conforme tópico acima, é o referente ao mínimo existencial, isto é, ao conjunto de condições mínimas para que o indivíduo tenha uma vida digna. Trata-se de conceito corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da república com previsão no artigo 1º, inciso

III, da Lei Maior. Pretendemos dizer que a reserva do possível não poderá ser alegada quando o direito social que se discuta compunha o mínimo existencial de um indivíduo, ou seja, quando a prerrogativa cogitada seja, de fato, imprescindível para a manutenção de uma vida digna, embora reconheçamos, neste particular, que o conceito invocado carece de melhor delimitação.

Já o segundo parâmetro é o que tange ao ônus da prova que deverá ser suportado pelos diversos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em geral colocados no polo passivo das ações que reclamam prestações positivas do Estado, para furtar-se ao cumprimento da obrigação de fazer pleiteada judicialmente. A partir da propugnada exigência processual, o magistrado terá subsídios e elementos mais prestantes a fim de solucionar a lide, bem como uma forma de aferir a eficiência na gestão dos recursos públicos.

Dessa maneira, se, por acaso, o Estado demonstrar cabalmente que não pode arcar com o custo relativo a um medicamento ou tratamento médico extremamente dispendioso porque isso acarretaria, inevitavelmente, no encerramento do atendimento hospitalar em uma região, não cabe ao juiz ponderar qual valor é mais importante neste caso, já que essa espécie de valoração compete aos órgãos políticos de nosso país, legítimos representantes do povo brasileiro.

Não obstante, caso, na mesma situação, o Estado alegue despreziosamente a cláusula da reserva do possível, sem comprovar a contento as consequências que eventual decisão judicial importe na gestão dos recursos públicos, o magistrado, em nosso entender, poderá acolher a pretensão formulada pelo indivíduo, ante o comando que deriva de nossa Constituição e demais leis de regência.

A recomendação acima expendida, a título de arrematação, parece-nos favorecer a separação constitucional das funções do poder, a eficiência administrativa e o mínimo existencial.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 11. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direitos sociais no Brasil e na América Latina*. Os papéis da comissão e da corte interamericana de direitos humanos. In: Seminário Internacional “Protección de los Derechos Sociales”, San Juan, Argentina, abr. 2012.

_____. *Os direitos sociais: conceito e âmbito de aplicação*. A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no cenário latino-americano com foco na realidade brasileira. No prelo.

FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ONU. *Relatório de desenvolvimento humano (programa das nações unidas para o desenvolvimento)*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4237>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa*. Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo – SP. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *Terrae Brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 4, p. 272-308, jul.-dez. 2004.

Delação premiada: aspectos psicológicos e jurídicos



José Antonio Farah Lopes de Lima

Doutor em Direito – Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne.

RESUMO: Será analisada a temática da delação premiada a partir de dois aspectos: psicológico e jurídico. Quanto ao primeiro aspecto, o conceito de delação premiada será analisado à luz das abordagens behaviorista, sócio-histórica e psicanalítica. Quanto ao segundo aspecto, serão examinadas as principais normas que disciplinam a delação premiada no Brasil. Trata-se de tema atual e relevante, ante a aplicação crescente deste instrumento de investigação criminal pelo Poder Judiciário, com profundas consequências políticas e jurídicas para o Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada. Colaboração premiada. Aspectos psicológicos. Aspectos jurídicos. Investigação criminal. Operação “Lava Jato”.

ABSTRACT: The issue regarding the concept of plea bargain will be analyzed from two perspectives: psychological and legal. In relation to the first perspective, the concept of plea bargain will be analyzed through behaviorism, social-historical and psychoanalysis. For the second aspect, will be verified the main legal rules which regulate the plea bargain in Brazil.

KEYWORDS: Plea bargain. Plea agreement. Psychological aspects. Legal aspects. Criminal investigation. “Lava Jato” Task force.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos psicológicos. 1.1. Abordagem behaviorista (Skinner). 1.2. Abordagem sócio-histórica (Vygotsky). 1.3. Abordagem psicanalítica (Freud). 2. Aspectos jurídicos. 2.1. Evolução jurídico-normativa do conceito. 2.2. Delação premiada e proteção a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/1999). 2.3. Delação premiada e organização criminosa (Lei nº 12.850/2013). 2.4 O STF e a delação premiada. Conclusão. Referências.

Introdução.

Os brasileiros, de um modo geral, e os operadores do Direito, em particular, tomaram conhecimento, espantados, ao longo do ano de 2015, das informações veiculadas pela imprensa relativas à denominada operação “Lava Jato”, desenvolvida pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal, principalmente no Estado do Paraná, mas com efeitos em todo o Brasil, que investiga desvios financeiros de grande monta da empresa PETROBRÁS visando financiamento irregular de partidos políticos.

No seio desta operação de investigação criminal, ganhou destaque o instituto da “delação premiada”, também denominada “colaboração premiada”. Trata-se de um instituto de natureza penal, que pode ser analisado a partir de muitas (e distintas) perspectivas: moral, filosófica, política, sociológica, psicológica, jurídica, etc. Tantas possibilidades de reflexão sobre este instituto mostram sua complexidade e, ao mesmo tempo, abrem vasto campo para pesquisas em torno deste tema pouco conhecido cientificamente no Brasil.

A delação premiada é um meio de obtenção de provas (para o processo penal), ou, com outras palavras, uma técnica de investigação, que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento de fatos delituosos. O resultado desta colaboração premiada geralmente envolve a identificação de cúmplices e dos crimes por eles praticados, mas pode também revelar a estrutura e funcionamento de organização criminosa, pode levar à prevenção de novos crimes, à recuperação de ativos obtidos com a prática criminosa, bem como a eventual localização de vítima com sua integridade física assegurada.¹

Os principais benefícios possíveis com

a delação premiada são: perdão judicial, redução de pena privativa de liberdade, substituição por penas restritivas de direitos e até mesmo a possibilidade do *Parquet* deixar de oferecer denúncia, sob determinadas condições.

Das inúmeras possibilidades de estudo do instituto da delação premiada, neste artigo examinaremos dois aspectos: psicológico e jurídico. Devemos enfatizar que estes aspectos, apesar de distintos, são complementares. Deste modo, interessa ao aplicador do direito compreender todos os aspectos psicológicos que existem na mente/subjetividade do delator, pois esta compreensão irá ajudar a avaliar a qualidade da delação premiada. Além disso, a delação premiada é instituto de natureza penal regulado por normas jurídicas, ou seja, será o Direito que irá estabelecer todas as condições e especificidades deste instituto. Em última instância, são estas condições normativas e a concretude do processo penal que afetarão profundamente a subjetividade da pessoa que deverá tomar a difícil decisão de colaborar (ou não) com as autoridades persecutórias e judiciais.

Para estudar a delação premiada do ponto de vista psicológico, utilizaremos três abordagens: 1) behaviorista (Skinner); 2) sócio-histórica (Vygotsky) e 3) psicanalítica (Freud). As três linhas psicológicas nos fornecem elementos que podem ajudar a explicar a subjetividade de uma pessoa que decide denunciar às autoridades fatos delituosos e as pessoas que os cometeram, visando certos benefícios ofertados pelo Estado em troca de informações úteis ao processo criminal e à elucidação da verdade.

Em seguida, apresentamos aos operadores do Direito a evolução jurídico-normativa deste instituto no Brasil, com destaque para as Leis nº 9.807/1999 (Proteção à vítima e testemunhas) e nº 12.850/2013 (Organização criminosa e meios de obtenção de provas). Também veremos a posição do STF em relação à delação premiada.

1 MOSSIN, Heráclito Antonio. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: JHMizuno, 2016.



À guisa de conclusão, apresentamos nosso posicionamento sobre a delação premiada, instituto de natureza penal bastante controverso e de aplicação crescente pelos operadores do Direito no Brasil.

1. Aspectos psicológicos.

A psicologia em seus diferentes seguimentos vem ocupando espaço crescente na sociedade contemporânea dada a sua amplitude de atuação. Esta constatação também se aplica a psicologia no contexto da justiça.²

Vamos recorrer à ciência da psicologia para refletir sobre o instituto da delação premiada. Sendo a delação premiada um comportamento humano, mesmo que dentro de um processo criminal, podemos utilizar conceitos estudados pela psicologia de modo a melhor compreender o que se passa na mente de uma pessoa que decide colaborar com autoridades estatais objetivando benefícios relativos à pena por atos criminosos praticados.

A psicologia é o estudo dos processos mentais e comportamentais.³ Estuda conceitos como consciência, emoções, processos mentais, sonhos, memória, percepção, personalidade, doenças mentais, psicopatologias, inconsciente, etc.

O marco inicial desta ciência é o ano de 1879, em que Wundt monta o primeiro laboratório de psicologia em Leipzig. Interessante enfatizar que existem várias abordagens psicológicas, às vezes contraditórias entre si, de modo que um mesmo fenômeno humano pode ser explicado de várias formas diferentes, dependendo da abordagem utilizada pelo cientista ou profissional de psicologia.⁴ No que nos interessa, a análise da delação premiada, vamos verificar como podemos compreender melhor este instituto através das abordagens behaviorista, sócio-histórica e psicanalítica.

1.1. Abordagem behaviorista (Skinner).

O trabalho de Burrhus Frederic Skinner conduzido na Universidade Harvard é uma das pesquisas mais importantes no que diz respeito ao behaviorismo, em torno do conceito de condicionamento operante.⁵ Essencialmente, o condicionamento operante é aquele em que alguém aprende um comportamento como resultado de recompensas e punições associadas a esse comportamento. O condicionamento operante pode ser dividido em quatro tipos: 1) Reforço positivo: ocorre quando um comportamento é reforçado e a probabilidade de se repetir aumenta por ter uma condição positiva como resultado. 2) Reforço negativo: um comportamento é

2 A SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2012.

3 KLEINMAN, Paul. *Tudo que você precisa saber sobre psicologia*. Trad. Leonardo Abramowicz. São Paulo: Gente, 2015.

4 BOCK, Ana; FURTADO, Odair; TRASSI TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

5 MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. *Princípios básicos de análise do comportamento*. São Paulo: Artmed, 2007.

reforçado a fim de evitar ou interromper uma condição negativa. 3) Punição: ocorre quando um comportamento é enfraquecido e a probabilidade de se repetir diminui por ter uma condição negativa como resultado. 4) Extinção: quando um comportamento é enfraquecido porque o resultado não levou a uma condição positiva ou negativa.

Os reforços positivo e negativo fortalecem determinado comportamento, tornando mais provável a sua ocorrência, e a punição e extinção enfraquecem determinado comportamento.

Deste modo, para explicar o comportamento de uma pessoa que comete uma infração penal e depois, quando processado, decide colaborar com a Justiça através do instituto da delação premiada, vamos utilizar dois conceitos supracitados: punição e reforço negativo.

Quanto à punição, o termo é definido funcionalmente por Skinner como “a consequência que reduz a frequência do comportamento que a produz”.⁶

Segundo Skinner:

A punição destina-se a eliminar comportamentos inadequados, ameaçadores ou, por outro lado, indesejáveis de um dado repertório, com base no princípio de que quem é punido apresenta menor possibilidade de repetir seu comportamento. Infelizmente, o problema não é tão simples como parece. A recompensa (reforço) e a punição não diferem unicamente com relação aos efeitos que produzem. Uma criança castigada de modo severo por brincadeiras sexuais não ficará necessariamente desestimulada de continuar, da mesma forma que um homem preso por assalto violento não terá necessariamente diminuída sua tendência à violência. Comportamentos sujeitos a punições tendem a se repetir

assim que as contingências punitivas forem removidas.⁷

A norma penal existe, dentro do ordenamento jurídico como última *ratio*, ou seja, para que as pessoas evitem comportamentos que violem valores essenciais da vida em sociedade. Uma vez que uma pessoa viole norma penal, a consequência, dentro de um processo penal, será a aplicação de punição (sanção penal), normalmente em forma de pena privativa de liberdade.

No caso em tela, o eventual delator é uma pessoa que praticou atos contrários à norma penal, e a eventual punição em abstrato não teve a capacidade de frear, de conter o seu comportamento. Tomando como exemplo a operação “Lava Jato”, algumas pessoas – por exemplo, ex-diretores da PETROBRÁS – foram condenadas por reiterados atos de corrupção e posterior lavagem de capitais desviados da estatal. Deste modo, o behaviorismo considera que a punição destina-se a eliminar comportamentos inadequados, mas nem sempre isso acontece e muitos comportamentos ilícitos acontecem sem que a punição sirva para conter o agente infrator.

A análise da pessoa que se propõe a fazer a delação premiada não termina aqui. Vamos procurar explicar sua decisão de colaborar com as autoridades em troca de benefícios através do conceito de “reforço negativo”.

O reforço não se dá apenas com a apresentação de estímulos, mas também pela retirada de estímulos do ambiente. Por exemplo, quando estamos com dor de cabeça, podemos tomar um analgésico. Neste caso, concluímos que o comportamento de tomar analgésico é provável de ocorrer em circunstâncias semelhantes no futuro, pois o comportamento teve como consequência a retirada de um estímulo (aversivo) do ambiente: a dor de cabeça. Deste modo, a relação de contingência é chamada reforço

6 SKINNER, Burrhus Frederic. *O mito da liberdade*. São Paulo: Summus, 1983.

7 *Ibidem*, p. 50.

(porque houve um aumento na frequência/probabilidade de um comportamento) negativo (porque a consequência foi a retirada de um estímulo do ambiente). O estímulo retirado do ambiente é chamado de reforçador negativo.

Dois tipos de comportamento operante são mantidos por contingências de reforço negativo: comportamento de fuga e comportamento de esquiva. Um comportamento é uma fuga no momento em que um determinado estímulo aversivo está presente no ambiente, e esse comportamento retira-o do ambiente. Já o comportamento de esquiva ocorre quando um estímulo aversivo não está presente no ambiente, e emitir o comportamento de esquiva faz com que o estímulo não apareça, ou demore mais para aparecer.

No caso do delator, verificamos que o estímulo aversivo para ele é a pena integral a ser aplicada pelo juiz caso ele decida não colaborar com as autoridades do processo penal. A sanção penal é um estímulo aversivo cuja pessoa do delator quer evitar e, ao longo do processo, ela é apenas uma ameaça, ou seja, ainda não existe concretamente, pois ela somente será aplicada no final do processo, quando o juiz se convence da materialidade do delito e da responsabilidade do fato criminoso pelo agente infrator. Assim, de acordo com a abordagem behaviorista, a pessoa decide delatar outros membros da organização criminosa (e atos por eles praticados) para se esquivar de estímulo aversivo configurado na sanção penal em abstrato. Entre as duas possibilidades, uma a de ficar em silêncio e sofrer no final do processo a sanção penal integral, e outra de sofrer uma sanção penal menor caso decida colaborar com as autoridades, o delator decide pela última alternativa, evitando assim estímulo aversivo mais gravoso.

Cabe aqui uma ressalva: nem todas as pessoas vão procurar a delação premiada como forma de se esquivar da forma mais gravosa de sanção – a pena integral pela condenação ao fim do processo. De fato, se considerarmos que o remorso ou medo na

consciência do delator pode ser tão grande – pelo fato de denunciar seus companheiros da organização criminosa – que ele pode preferir ficar em silêncio (e sofrer a sanção penal integral) e assim evitar/esquivar da delação, por neste caso considerá-la mais gravosa, ao menos para a sua subjetividade.

1.2. Abordagem sócio-histórica (Vygotsky).

Fortemente influenciado por Piaget, Vygotsky acreditava que a mente humana se desenvolve a partir das interações entre as pessoas e a sociedade. Ele formulou a hipótese de que certas ferramentas da cultura, como a fala e a capacidade de escrever, foram criadas para que as pessoas pudessem interagir com seu ambiente social. De acordo com Vygotsky, as crianças primeiramente desenvolvem essas ferramentas para funções sociais como uma forma de transmitir o que necessitam aos outros. No entanto, quando essas ferramentas são internalizadas, o resultado é uma habilidade de pensamento superior.

Vygotsky propôs uma psicologia que, baseada no método e nos princípios do materialismo dialético, compreendesse o aspecto cognitivo a partir da descrição e explicação das funções psicológicas superiores, as quais, na sua visão, eram determinadas historicamente e culturalmente. Assim, Vygotsky propõe uma teoria marxista do funcionamento intelectual humano.⁸

Os objetivos de sua teoria são caracterizar os aspectos tipicamente humanos do comportamento e elaborar hipóteses de como essas características se formam ao longo da história humana e de como se desenvolvem durante a vida do indivíduo.⁹

De acordo com a teoria sócio-histórica de Vygotsky, o homem é um ser histórico-

8 LUCI, Marcos Antonio. A proposta de Vygotsky: a psicologia sócio-histórica. *Profesorado, Revista de Currículo y Formación del Profesorado*, 10, 2, 2006, p. 4.

9 VYGOTSKY, Lev Semenovich. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

social, moldado pela cultura que ele próprio cria. Assim, o indivíduo se constitui e é determinado nas interações sociais, ou seja, é por meio da relação com o outro e por ela própria que o indivíduo é determinado. A atividade mental é exclusivamente humana e é resultante da aprendizagem social, da interiorização da cultura e das relações sociais.

Considerando então que o homem constitui e é constituído através das interações sociais, vamos nos socorrer das ideias de Zygmunt Bauman¹⁰ para descrever como se situa a sociedade nos tempos atuais, ou seja, como é a vida em sociedade na pós-modernidade. Para Bauman, as relações humanas hoje são líquidas, não têm forma, não têm solidez, podem se desfazer de uma hora para outra, ou seja, são caracterizadas pela incerteza, instabilidade, falta de permanência, de previsibilidade. O individualismo prepondera sobre o coletivo e prevalece o imediatismo. Por exemplo, no relacionamento amoroso entre um casal, as coisas podem se deteriorar, e muito rapidamente, se um dos parceiros não satisfizer mais os critérios de qualidade exigidos pelo outro, como se fosse um produto cuja qualidade estivesse sendo constantemente sendo aferida. No caso de defeito, substitui-se o parceiro(a) por outra pessoa qualquer e, assim, inicia-se uma nova relação, de previsibilidade temporal totalmente indefinida.

Trazendo a reflexão de Bauman sobre a pós-modernidade para a realidade da delação premiada, podemos afirmar que a pessoa que está sendo processada criminalmente se constitui, como todos os seres humanos, através de suas interações sociais. Assim, estas interações sociais vão influenciar a sua decisão de colaborar (ou não) com as autoridades estatais no sentido de informar os fatos delituosos praticados por companheiros, visando benefícios por parte do Estado, como a redução

de pena. Vão influenciar no posicionamento do eventual delator a opinião da família, dos membros da organização criminosa, da imprensa, dos amigos mais próximos, etc., ou seja, existem redes sociais em torno da pessoa do delator que vão influenciar bastante sua decisão de colaborar com as autoridades.

Considerando que na pós-modernidade as relações sociais são muito mais fluidas e que o individualismo prevalece, o sentimento de coesão dentro do grupo/organização e a coerção que uma organização criminosa pode fazer sobre eventual delator é muito menor do que no passado, justamente pelo fato das interações sociais hoje serem menos sólidas e menos estáveis. Hoje, com a globalização e internet, pessoas que são membros de uma organização criminosa muitas vezes nem se conhecem pessoalmente, apesar de suas diversas atividades ilícitas visarem o progresso de tal organização. Assim, nos tempos de pós-modernidade, muito maior a probabilidade de uma pessoa se desconectar de sua organização criminosa e decidir colaborar com as autoridades estatais em troca de benefícios penais.

Em “Vida para consumo”, Bauman desenvolve a ideia de que na sociedade pós-moderna somos todos consumidores e, ao mesmo tempo, mercadoria. O objetivo crucial do consumo na sociedade de consumidores não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas elevar a condição dos consumidores à de mercadoria vendável. Assim, os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadoria de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros dessa sociedade.¹¹

Na sociedade de consumo, tudo e todos têm um preço. Quanto custa, para a organização criminosa, o silêncio de um de seus membros que está sendo processado criminalmente por atos praticados em conjunto e em prol da organização criminosa? O “valor”

10 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

11 *Ibidem*, p. 20.

oferecido pelo silêncio do eventual delator é compensatório para esta pessoa e sua família? Ou fica mais barato para o indivíduo delatar a organização criminosa e entrar para o programa de proteção oferecido pelo Estado para manter a sua integridade e a de sua família? Como hoje o individualismo prepondera em relação aos valores coletivos, todos estes fatores serão sopesados principalmente do ponto de vista individual, ou seja, da subjetividade da pessoa processada criminalmente, para decidir se colabora ou não com as autoridades estatais em troca de benefícios. Os valores e vontades da organização criminosas, e de outros grupos que possam influenciar a pessoa, virão em segundo plano.

1.3. Abordagem psicanalítica (Freud).

A psicanálise é um campo clínico e de investigação teórica da psique humana, que tem origem na medicina, e que foi desenvolvida, sobretudo, por Sigmund Freud.

A teoria do desenvolvimento psicosssexual de Freud é uma das mais conhecidas e controversas da psicanálise. Freud acreditava que a personalidade de um indivíduo é estabelecida até a idade de 6 anos e que, quando uma sequência predeterminada de fases (oral, anal, fálica, latência e genital) é concluída com êxito, o resultado seria uma personalidade saudável, enquanto o fracasso levaria a uma personalidade doentia.

Quanto aos modelos estruturais da personalidade, além de suas concepções de desenvolvimento psicosssexual, Freud acreditava que estavam em jogo inúmeras outras forças impulsionadoras importantes para a compreensão do desenvolvimento da personalidade de um indivíduo. Seu modelo estrutural da personalidade tenta descrever como a mente funciona, fazendo distinções entre três partes da personalidade e da mente humana: o *id*, o ego e o superego.¹²

Cada pessoa nasce com um *id* – que é responsável pela satisfação das necessidades básicas da criança recém-nascida. Freud afirmava que o *id* baseia-se em algo conhecido como “princípio do prazer”, que essencialmente significa que o *id* quer tudo aquilo que possa satisfazer naquele exato momento e desconsidera quaisquer dificuldades ou obstáculos. Por exemplo, quando um bebê se machuca, quer algo para comer, necessita ser trocado ou simplesmente quer a atenção dos outros, o *id* faz o bebê chorar até que as necessidades sejam atendidas.

O próximo aspecto da personalidade – o ego – começa a se desenvolver naturalmente ao longo dos primeiros três anos, como resultado da interação da criança com o mundo ao redor. Por causa disso, Freud afirmava que o ego se baseia em algo que ele chamava de “princípio da realidade”. O ego começa a perceber que existem outras pessoas ao redor que também têm desejos e necessidades, e que o comportamento egoísta e impulsivo pode na verdade causar danos. O ego é o mediador dos conflitos intrapsíquicos entre o *id* e o superego.

O superego se desenvolve quando a criança tem 5 anos e está chegando ao fim da fase fálica. Esta é a parte de nossa personalidade composta por moral e valores adquiridos e introjetados em nós pela sociedade e pelos nossos pais. Seria a parte de nossa personalidade que julga o que é certo ou errado.

Freud acreditava que, em uma pessoa saudável, o ego seria mais forte do que o *id* e o superego, pois assim ele considera a realidade da situação, enquanto ao mesmo tempo atendia às necessidades do *id* e garantiria que o superego não fosse perturbado. No caso de o superego ser mais forte, a pessoa seria guiada por uma moral muito rígida e, se o *id* for mais forte, buscaria o prazer acima da moralidade e poderia causar grande dano (o estupro, por exemplo, quando alguém escolhe a busca do

12 FREUD, Sigmund. Psicologia do grupo e a análise do ego. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 17, p. 89-179. ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel.

Dicionário de psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

prazer em vez da moralidade, e é um sinal de um *id* forte).

Feita esta breve apresentação do modelo estrutural da personalidade humana segundo Freud, voltemos agora a nossa atenção à pessoa que decide colaborar com as autoridades estatais, dentro de um processo penal, através do instituto da delação premiada. Segundo Tourinho Filho, a delação premiada é a “institucionalização da traição”.¹³ De acordo com Mossin:

Se o agente se presta a delatar, a trair seu companheiro de crime, em busca de maior recompensa, que certamente também será objeto de incitação de órgãos investigatórios, ele irá apontar indevidamente mais do que efetivamente ocorreu, aconteceu. Não se pode esperar outra conduta, que não seja essa, daquele que promove a delação, porquanto se cuida de indivíduo cujo caráter e aspecto da personalidade responsável pela sua forma habitual e constante de agir que lhe é peculiar, enfim sua índole, sua concepção moral se mostra inexoravelmente viciosa, sem o resquício de qualquer virtude.¹⁴

Quando o indivíduo, dentro de um processo criminal, se defronta com a possibilidade da delação premiada, ele precisa resolver um dilema interior: permaneço em silêncio sobre o que sei a respeito dos meus companheiros de atividades criminosas (e dos fatos ilícitos) e sofro uma pena integral ou, pelo contrário, delato os meus companheiros a fim de obter o benefício de uma sanção penal menor?

Do ponto de vista psicanalítico, se a moral preponderar, no sentido de não se violar a lealdade em relação aos companheiros criminosos, entregando-os às autoridades estatais,

pode-se afirmar que prevalece o superego no indivíduo. Neste caso, ele permanece em silêncio, cabendo então às autoridades buscar as provas dos fatos delituosos praticados por outras pessoas, sem contar com a delação premiada.

Por outro lado, se preponderar o desejo de cumprir uma pena menor, sem nenhuma consideração de natureza moral, sem considerar que o comportamento egoísta do delator poderá causar grandes danos a terceiros (coautores ou cúmplices), podemos afirmar que neste caso prevalece o *id* na psique do indivíduo.

De um modo mais abstrato (e raro), mas também prevalecendo o superego e os valores morais, a pessoa pode considerar que o certo (moralmente) seria colaborar com o Estado na busca da verdade, mesmo com o sacrifício de terceiros, e realizar a delação premiada. Neste caso, para que este raciocínio seja coerente, a pessoa não deveria visar a obtenção de benefícios individuais como resultado de sua delação (por exemplo, redução de pena), já que não visa satisfação pessoal, mas sim a satisfação coletiva (representada pelo Estado).

Para que o superego atue, é necessário que o indivíduo sinta *culpa* pelo dano causado. No caso do delator (delação premiada), ele até pode sentir culpa em relação ao dano que será causado a terceiros (coautores e cúmplices), como resultado de sua delação, mas o desejo de cumprir uma pena individual menor pode preponderar e, neste caso, podemos afirmar que o *id* é mais forte do que o superego da pessoa.

Outra obra de Freud que serve de instrumento analítico para a delação premiada é “O mal-estar da civilização”.¹⁵ No livro, Freud apresenta como tese o fato de a cultura/civilização produzir um mal-estar nos seres humanos, visto que existe um antagonismo

13 TRF1, ACR 0022126-11.2007.4.01.3500, Terceira Turma, Relator Juiz Tourinho Filho, j. 13/12/2010, e-DJF1 17/12/2010, p.1.647.

14 MOSSIN, Heráclito Antonio. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: JHMizuno, 2016, p. 30.

15 FREUD, Sigmund. Civilization and its discontents. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 21, p. 38-92.

intransponível entre as exigências da pulsão individual e as da civilização. Assim, para o bem da sociedade, o indivíduo é sacrificado. Para que a civilização possa se desenvolver, o homem tem que pagar o preço da renúncia da satisfação pulsional e, assim sendo, a vida sexual do homem e sua agressividade são severamente prejudicadas/limitadas.

No caso do delator, devemos verificar qual o conflito interno maior: entre o indivíduo e as regras impostas pela organização criminosa ou entre o indivíduo e as regras da sociedade (de modo geral). Se para o indivíduo for mais conflituoso violar as regras da organização criminosa, e principalmente o princípio da confiança e lealdade entre os pares, ele deverá se sacrificar e não realizar a delação premiada. Neste caso, ele prefere violar as normas sociais e cumprir a sanção penal proporcional à violação do bem-estar da sociedade. No caso das máfias, organizações criminosas mais tradicionais e cujos vínculos são muitas vezes familiares, o peso das regras da organização sobre o indivíduo pode ser muito forte e ele, com medo de ser punido pela organização (às vezes até com a própria morte), prefere o silêncio à delação premiada.

Encerramos este tópico – aspectos psicológicos da delação premiada – com duas observações relevantes:

Em primeiro lugar, verifica-se que a delação premiada é acontecimento ímpar e impactante na vida da pessoa indiciada ou processada criminalmente. Provavelmente, transtornos psicológicos a médio e longo prazo aparecerão na psique do delator, tais como trauma, ansiedade paranoica e depressão. Assim, abre-se um amplo campo de pesquisa para a ciência psicológica no sentido de estudar a delação premiada e seus efeitos psicológicos na subjetividade do delator. Para isso, sugerimos o levantamento do histórico psicológico desta pessoa, entrevista logo após a realização da delação premiada (com autorização judiciária) e acompanhamento do aparecimento de eventuais transtornos

psicológicos após a delação premiada. Acreditamos não haver ainda pesquisa no Brasil a este respeito, sendo que o assunto é de extrema relevância para o aperfeiçoamento do instituto da delação premiada.

Em segundo lugar, a delação premiada somente será legítima se ocorrer de modo espontâneo. Deste modo, não é válida a utilização de prisão preventiva como instrumento de coação psicológica. De acordo com o artigo 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Deste modo, não está prevista hipótese de estímulo à delação premiada como justificativa para o juiz determinar – ou manter – a prisão preventiva de eventual delator. Em nossa opinião, a utilização de prisão preventiva como forma de coação psicológica visando a delação premiada é forma distorcida de aplicação da prisão processual, que deve ser utilizada de forma excepcional e somente nas hipóteses previstas na lei.

2. Aspectos jurídicos.

O instituto da delação premiada pode ser examinado sob diversos aspectos. Na primeira parte deste artigo, refletimos sobre os aspectos psicológicos da delação premiada. Nesta segunda parte, ainda mais relevante para os operadores do Direito, analisaremos os principais aspectos jurídicos deste instituto de natureza penal.

Começaremos tecendo comentários relativos à evolução normativa do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, destacaremos os pontos principais da delação premiada previstos nas Leis n°s 9.807/1999 e 12.850/2013. Finalmente, verificamos como o STF se posiciona em relação à delação premiada.

2.1. Evolução jurídico-normativa do conceito.

A delação premiada é um meio de obtenção de prova que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento de infrações penais. É também chamada de “colaboração premiada”, pois nem sempre ela será uma delação de comparsas (pode, por exemplo, se limitar a informar o local onde se encontra a vítima de sequestro). Esta técnica de investigação é famosa por sua utilização pelo magistrado italiano Falcone para desmantelar a organização criminosa Cosa Nostra.

A primeira lei a prever essa colaboração premiada no Brasil foi a Lei de crimes hediondos. De acordo com o parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 8.072/1990:

O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Em seguida, a delação premiada foi prevista na Lei de crimes contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único, Lei nº 8.137/1990) e na Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 25, § 2º, Lei nº 7.492/1986, incluído pela Lei nº 9.080/1995), ambas com a mesma redação:

Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

A delação premiada também está prevista no § 4º do artigo 159 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269/1996, relativa ao crime de extorsão mediante sequestro:

Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

A nova Lei antidrogas, Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 41, disciplina o instituto da delação premiada:

O indiciado ou acusado que colaborar, voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

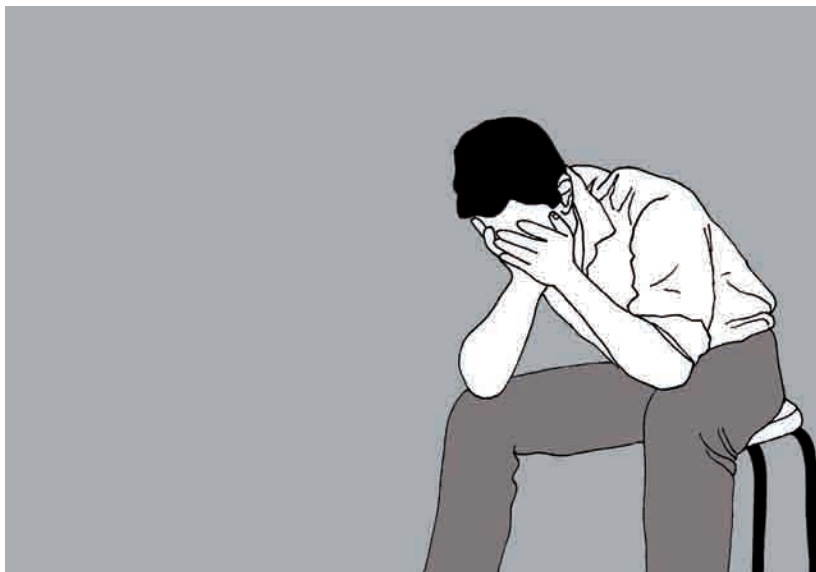
A lei de combate à lavagem de dinheiro nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, no § 5º do artigo 1º, prevê uma maior possibilidade de benefícios ao delator no caso de uma delação premiada que produza resultados efetivos à investigação: cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto, perdão judicial e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Segundo Delmanto,

(...) a nosso ver a possibilidade de concessão do perdão judicial e de regime inicial aberto é de boa política criminal, pois, evitando que o colaborador vá preso, dá maior proteção à sua incolumidade física e, em consequência, estimula a colaboração espontânea.¹⁶

A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, regulamentou a delação premiada – aqui denominada de “acordo de leniência” – em seu artigo 86, voltado para pessoas físicas e jurídicas.¹⁷ Nesta hipótese, por ocasião da propositura do acordo, é preciso que não estejam disponíveis com antecedência provas

16 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

17 LAMY, Anna Carolina Pereira. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2014. SALOMI, Máira Beauchamp. *O Acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012, p. 1-293.



suficientes para assegurar a condenação, que o colaborador confesse a sua participação no ilícito e que coopere plena e permanentemente com as investigações (art. 86, § 1º).

A observação que fazemos relativa à evolução normativa do instituto da delação premiada é a imperfeição da técnica legislativa, que prevê o instituto com redações distintas em normas diversas, o que pode levar à confusão e a incoerências no momento em que o juiz tiver que aplicar o instituto no caso concreto. O ideal é que houvesse uma única prescrição normativa e que fosse válida para todo o ordenamento jurídico.

Nos próximos dois itens deste artigo (2.2 e 2.3), comentaremos os aspectos principais da delação premiada previstos nas Leis de proteção à vítima e testemunhas (Lei nº 9.807/1999) e que define organização criminosa (Lei nº 12.850/2013).

2.2. Delação premiada e proteção a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/1999).

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, disciplina a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham volun-

tariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo penal.

Devemos destacar a extrema relevância desta norma para a aplicação efetiva da delação premiada no Brasil, tendo em vista que uma das maiores preocupações da pessoa que decide realizar a delação premiada é a sua integridade física e psicológica (bem como a de sua família).

Interessante notar que esta norma não especifica para que tipo penal ela se destina, ou seja, a previsão da delação premiada nesta norma pode ser aplicada para qualquer tipo penal, com a exceção daqueles tipos em que foram previstos regramentos específicos (como, por exemplo, os tipos de lavagem de dinheiro e extorsão mediante sequestro). Assim, podemos afirmar que a Lei nº 9.807/1999, artigo 14, é a norma genérica relativa à delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos a redação deste dispositivo normativo:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

A colaboração premiada pode ser realizada por indiciado – a autoridade policial a ele imputa certa conduta criminosa – ou acusado – sujeito passivo de uma ação penal. A delação premiada pode ocorrer quer na fase pré-processual, de natureza investigatória, quer na fase processual, na qual existe um

processo penal em juízo para se decidir sobre a autoria e a materialidade de um delito.

A colaboração deve ser de natureza voluntária, ou seja, sua delação não pode ser decorrência de ato coativo. Existindo coação, este ato não pode gerar efeito jurídico no processo penal.

A iniciativa da delação premiada pode surgir de terceiros que não a pessoa do delator, mas a última palavra sobre a decisão de colaborar ou não deve ser sua. Assim, o eventual delator pode ser incitado por seu advogado ou pela autoridade do Ministério Público, não havendo nenhuma irregularidade neste procedimento.

A colaboração premiada implica a confissão da prática de ato delituoso por parte da pessoa do delator, pois testemunha processual não se caracteriza como delator, por não ter praticado nenhum ilícito penal. Já o delator identifica coautores e/ou partícipes que, junto com ele, praticaram determinada infração penal.

Como prêmio pela efetiva delação premiada, o juiz deve reduzir a pena de 1/3 a 2/3. O critério a ser levado em conta pelo juiz no momento da redução da pena deve ser o nível de efetividade da colaboração realizada pelo delator, ou seja, os resultados efetivos daquela colaboração para a elucidação da autoria e da materialidade do(s) delito(s) no processo penal.

Neste sentido, vejamos esta decisão do TRF da 1ª Região:

Reconhecido pelo magistrado que a colaboração do acusado foi fundamental para o desmantelamento da quadrilha e para conhecer o funcionamento de toda a organização criminosa, possibilitando a condenação, inclusive, de autoridades, a diminuição da pena no patamar máximo pelo benefício da delação premiada se impõe.¹⁸

Existem três tipos de informações fundamentais que devem ser fornecidas pelo delator para que a delação premiada seja efetiva: i) identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, ii) a localização da vítima com vida e iii) a recuperação total ou parcial do produto do crime. Em nossa opinião, o delator não precisa prestar os três tipos de informações de forma cumulativa. Esta exigência seria desproporcional, muito difícil de ser alcançada, e desestimularia a delação devido ao não recebimento de qualquer benefício uma vez realizada a delação parcial.

Todavia, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre este tópico:

Para a configuração da delação premiada (arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99), é preciso o preenchimento cumulativo dos requisitos legais exigidos. Precedentes do STF. Na espécie, as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consignaram que o depoimento do Paciente não contribuiu de forma eficaz e relevante para o deslinde do caso.¹⁹

O preenchimento cumulativo dos requisitos exigidos, se se tornar o regramento geral quanto à condicionalidade para o eventual delator receber o benefício oriundo da delação premiada, será contraproducente e poderá minar a aplicação deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso destacar que houve efetivamente colaboração por parte do delator ao apresentar, de forma clara e objetiva, o nome de seus comparsas ou a localização de vítima com vida ou a recuperação do produto do crime. Nem sempre, no caso concreto, o delator conseguirá informar às autoridades todas as informações necessárias ao processo penal, mas isso não quer dizer que não houve colaboração por parte do delator.

18 TRF1, ACR 0007587-65.2006.4.01.3600, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, j.

17/07/2013, e-DJF1 26/07/2013, p. 493.

19 STJ, HC 233855/MS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 12/11/2013, DJe 25/11/2013.

O artigo 13 da Lei nº 9.807 prevê o perdão judicial para a pessoa que realizar a delação premiada:

Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único: A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

O perdão judicial poderá ser concedido para toda e qualquer figura delitiva (caráter genérico da adoção da causa extintiva de punibilidade – art. 107, IX, CP), de acordo com o argumento apresentado por Greco:

Pela redação do mencionado art. 13, tudo indica que a lei teve em mira o delito de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal, uma vez que todos os seus incisos a ele parecem amoldar. Contudo, vozes abalizadas em nossa doutrina já se levantaram no sentido de afirmar que, na verdade, a lei não limitou a sua aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro. Podendo o perdão judicial ser concedido não somente nesta, mas em qualquer outra infração penal, cujos requisitos elencados pelo art. 13 da Lei 9.807 possam ser preenchidos.²⁰

A concessão da redução da sanção penal, de acordo com o artigo 14, será obrigatória, uma vez atendidos os requisitos legais. Todavia, a concessão do perdão judicial, previsto no artigo 13, é de natureza facultativa ao juiz, ou seja, ficará ao critério do aplicador da norma.

Da mesma forma que comentado em relação ao artigo 14, defendemos a tese da alternatividade dos requisitos normativos para a concessão do perdão judicial. Neste sentido, Nucci:

A lei não é clara, a respeito da alternatividade ou da cumulatividade dos requisitos enumerados nos incisos do art. 13. Acolhendo-se a tese da cumulatividade, a lei perde o seu significado e reduz-se à aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro. Pois é o único que permite a identificação de comparsa + a localização da vítima + a recuperação do produto do crime (valor do resgate). Não é lógica essa posição, uma vez que não teria sentido editar uma lei de proteção a vítimas e testemunhas voltada, unicamente, ao delito previsto no art. 159 do Código Penal. Portanto, parece-nos natural concluir pela alternatividade dos requisitos.²¹

De acordo com o parágrafo único do artigo 13 supracitado, o juiz, para a concessão do perdão judicial, levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Neste caso, o juiz deve ter muita cautela para não frustrar aquela pessoa que colaborou efetivamente para atingir um dos objetivos contidos nos incisos, mas que tenha sido “reprovado” no quesito personalidade do delator. Sobre a avaliação da personalidade do delator, recomenda-se a determinação de um laudo psicológico que possa auxiliar o juiz quanto à decisão de concessão do perdão judicial.

20 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 729.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.026.

2.3. Delação premiada e organização criminosa (Lei nº 12.850/2013).

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, seguindo as diretrizes da Convenção de Palermo (2000), define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Em seu artigo 3º, prescreve os meios de obtenção de prova, entre eles (inciso I), a colaboração premiada. Os artigos 4º, 5º, 6º e 7º disciplinam todo o procedimento de obtenção e validação da colaboração premiada, fato inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a Lei nº 12.850 é a primeira e única norma que regula a aplicação da delação/colaboração premiada no Brasil. Em nossa opinião, esta regulação deve valer não apenas para o caso específico das organizações criminosas, mas para todas as hipóteses previstas em nosso ordenamento que contenham a previsão da delação premiada (por exemplo, o crime de extorsão mediante sequestro ou crimes contra a ordem tributária).

De acordo com o artigo 4º, o juiz deve conceder o perdão judicial, redução da pena em até 2/3 (dois terços), ou comutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso a colaboração seja efetiva e voluntária, e que a delação alcance um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos comparsas; revelação da estrutura da organização criminosa; prevenção de infrações penais; recuperação do produto ou proveito das infrações penais e localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Caso o colaborador não seja o líder da organização e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, pode o *Parquet* deixar de oferecer denúncia (§ 4º). Constatamos aqui hipótese de flexibilidade do princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, pois sabemos que, em relação à ação penal pública, o Ministério Público é obrigado a agir, não lhe sendo, em regra, permitido fazer juízo

de conveniência ou oportunidade quanto à acusação penal.

Quanto ao juiz em relação à delação premiada, ele não participa das negociações realizadas entre as partes e deverá homologar o acordo realizado, verificando a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar a homologação ou adequá-la ao caso concreto.

Esta obrigação da homologação judicial do acordo de delação premiada é muito positiva, pois evita abusos e aumenta a segurança jurídica tanto para a pessoa do delator (evitando assim ser coagido pelas autoridades persecutórias) quanto para as pessoas acusadas/delatadas pelo colaborador, cúmplices das atividades criminosas.

O juiz competente para processar e julgar a acusação penal deverá ser o juiz competente para homologar o acordo de delação premiada. Esta afirmação é lógica, pois o juiz que aferir a regularidade da delação premiada será o mesmo que vai estabelecer – no momento da sentença, em caso de condenação – que benefício o delator obterá como fruto dos resultados efetivos de sua colaboração.

Importante destacar que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Considerando que a delação não é realizada respeitando-se o princípio do contraditório (o acusado pelo delator não o pode contradizer no momento da delação), é importante que o conteúdo da delação seja confirmado por outras provas lícitas obtidas ao longo do processo.

Interessante notar que um dos direitos do colaborador (art. 5º, V) é o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, sendo que a realidade que constatamos na mídia brasileira é completamente oposta, ou seja, ficamos conhecendo quase que instantaneamente, através da imprensa, não só a identidade dos delatores – em particular no caso da Operação “Lava Jato” – como até mesmo o conteúdo de suas delações.

A Lei nº 12.850/2013 é um significativo avanço normativo em relação ao instituto da delação premiada, pois disciplina minuciosamente esta matéria, aumentando a segurança jurídica para todos os envolvidos.

2.4. O STF e a delação premiada.

O instituto da delação premiada começa a ser bastante utilizado no Brasil pelas autoridades persecutórias e judiciárias, e a ilustração mais representativa desta afirmação é a série de delações premiadas (mais de trinta) no contexto da Operação “Lava Jato”, ainda em andamento. Deste modo, o instituto da delação premiada pode e deve ser aprimorado, e o Supremo Tribunal Federal tem papel importante nesta missão de aperfeiçoamento jurisprudencial deste conceito.

Neste sentido, vale a pena examinar a decisão colegiada do STF, de 27 de agosto de 2015, em que o Plenário manteve homologação de delação premiada de Alberto Youssef.²²

De forma preliminar, vale destacar que a constitucionalidade da colaboração premiada encontra-se reconhecida pelo STF desde antes da entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial.²³

O Plenário do STF indeferiu o *Habeas Corpus* (HC) 127.483/PR, impetrado pelo diretor da empresa Galvão Engenharia Erton Medeiros Fonseca, um dos réus na Operação “Lava Jato”, contra ato do Ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de delação premiada de Alberto Youssef. A decisão do Plenário foi unânime.

O julgamento teve início com a análise preliminar sobre o cabimento de HC contra decisão monocrática de ministro do STF. O pedido foi admitido, tendo em vista empate

de cinco votos em cada sentido (que favorece o impetrante). O relator, Ministro Dias Toffoli, votou pela denegação do HC, destacando que a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, é apenas meio de obtenção de prova, ou seja, é um instrumento para colheita de documentos que, segundo o resultado de sua obtenção, poderão formar meio de prova.

O voto do ministro relator foi seguido por unanimidade. Para o Ministro Edson Fachin, não é possível ao coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador questionar os termos do acordo celebrado com base na lei. Como o relator, ele entendeu que “o acordo não interfere diretamente na esfera jurídica do delatado”.

Entre as razões apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso para votar pela denegação do pedido está o artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013, segundo o qual nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Ele também observou que a eventual validade de uma delação premiada por fatos supervenientes tem que ser avaliada pelo *Parquet* e pelo juiz.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou o relator, destacando que o importante na delação premiada é a utilidade do acordo e o resultado de sua realização. “Diferentemente do que se preconiza no *habeas corpus*, o elemento ontológico da delação premiada não está na pessoa do colaborador e sim no pragmatismo, no interesse da persecução penal e na perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a razão de ser da própria colaboração”, afirmou.

O Ministro Luiz Fux ressaltou ter divergências quanto às premissas teóricas que influem na valoração da delação premiada, mas votou no sentido de denegar o pedido. Ele frisou que a personalidade do agente não influencia na delação. “Se ele é uma boa ou má pessoa, isso é um problema que influi na esfera jurídica dele próprio, não tem a menor influência na validade e na eficiência da delação premiada”, ressaltou. Também a Ministra

22 STF, HC 127.483/PR, Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 03/02/2016.

23 STF, HC 90.688/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008, DJe 25/04/2008, LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414.

Cármen Lúcia seguiu o relator, porém com base em outros fundamentos, entre eles de que não houve ilegalidade no ato questionado.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu que a decisão seja tomada administrativamente, a fim de superar a situação de empate no Plenário (quanto ao cabimento de HC contra decisão monocrática de ministro do STF), uma vez que os ministros que tiveram seus atos questionados não poderão participar da votação, ocasionando novas hipóteses de empate. Diante disso, os ministros observaram a possibilidade de encaminhamento de proposta de emenda regimental à Comissão de Regimento.

Ao acompanhar o relator, o Ministro Marco Aurélio destacou que a quebra do compromisso assumido pelo colaborador não gera contaminação entre os processos-crimes. O Ministro Celso de Mello também concluiu pela denegação do pedido. Ele lembrou que, desde antes do surgimento da Lei nº 12.850/2013, a jurisprudência do Supremo nega a legitimidade de qualquer condenação penal imposta unicamente com base no depoimento do agente colaborador. Por fim, o presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que não houve ilegalidade nem abuso de poder por parte do ato questionado, o qual, segundo o ministro, ocorreu em consonância com os ditames constitucionais.

O Ministro Teori Zavascki não votou. Como autor do ato questionado, ele ficou impedido no julgamento do HC.

Desta decisão do STF, mesmo que limitada ao instituto da delação premiada previsto na Lei nº 12.850/2013, observamos que a Suprema Corte considera a delação premiada um meio lícito de obtenção de prova, cujo elemento ontológico é o seu pragmatismo no interesse da persecução penal e que, de forma isolada, não pode servir de fundamento de condenação penal de terceiros denunciados pela pessoa do delator.

Conclusão.

Por meio deste artigo, pretendeu-se elucidar o tema da delação premiada, através das perspectivas psicológica e jurídica. Pela primeira, compreendemos melhor o que ocorre com a subjetividade do delator em momento tão crítico de sua vida. Pela segunda, conhecemos as principais normas jurídicas que regulam o instituto no Brasil.

O instituto da delação premiada é controverso. De um lado, o Estado, demonstrando sua incompetência na qualidade e eficácia de sua investigação criminal, obriga o aplicador do direito a atribuir recompensa ao criminoso que denuncia seu comparsa, diminuindo a sua pena ou até mesmo concedendo-lhe o perdão judicial. O Estado, desta maneira, faz uma aliança precária com um agente delinquente, para tentar lutar contra uma organização criminosa, demonstrando não ser capaz de atuar contra esta organização através de outros meios mais legítimos.

Por outro lado, é inegável que este meio de obtenção de provas resulta numa maior eficácia do sistema de investigação, trazendo mais e melhores elementos probatórios para o processo.

Com o aumento da criminalidade e sensação de impunidade, fenômenos vividos pela sociedade brasileira, defendo a utilização – dentro dos parâmetros constitucionais e legais – da delação premiada como forma de melhoria da eficácia do sistema de justiça criminal no Brasil. Contudo, este instituto pode – e deve – ser melhorado, para propiciar maior segurança jurídica tanto ao delator, como em relação às demais pessoas envolvidas no processo penal, incluindo outros agentes e vítimas.

Referências.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOCK, Ana; FURTADO, Odair; TRASSI TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREUD, Sigmund. Psicologia do grupo e a análise do ego. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 17, p. 89-179.

_____. Civilization and its discontents. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. 21, p. 38-92.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. Perdão judicial – colaboração premiada análise do artigo 13 da Lei nº 9.807: primeiras ideias. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 82, set. 1999.

KLEINMAN, Paul. *Tudo que você precisa saber sobre psicologia*. Trad. Leonardo Abramowicz. São Paulo: Gente, 2015.

LAMY, Anna Carolina Pereira. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2014.

LEAL, João José. A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação, *RT/Fascículos Penais*, s. 1, ano 80, v. 782, p. 443-458, dez. 2000.

LUCCI, Marcos Antonio. A proposta de Vygotsky: a psicologia sócio-histórica. *Profesorado, Revista de Currículo y Formation del Profesorado*, 10, 2, 2006.

MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. *Princípios básicos de análise do comportamento*. São Paulo: Artmed, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: JHMizuno, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SALOMI, Máira Beauchamp. *O Acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2012.

SKINNER, Burrhus Frederic. *O mito da liberdade*. São Paulo: Summus, 1983.

VYGOTSKY, Lev Semenovitch. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Tributo declarado inconstitucional após o ajuizamento da Execução Fiscal. Contribuição ao PIS. Declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88. Edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95. Efeitos “erga omnes” e “ex tunc”. Necessidade de novo lançamento no prazo decadencial.



Otávio Henrique Martins Port

Juiz Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais de São Paulo – SP.
Mestre em Direito Constitucional e doutorando em Direito do Estado na PUC – SP.

Na seara tributária, dá-se a decadência na hipótese de superado o prazo legal fixado para a prática do ato administrativo do *lançamento*, ou, noutras palavras, se transcorrido “in albis” o prazo assinado para a constituição do crédito tributário por meio do ato de lançar (CTN, artigo 142).

O lançamento é um ato administrativo indispensável à constituição do crédito tributário. Por intermédio desse ato, individualiza-se o “an” e o “quantum” “debeat”, vale dizer, o fundamento legal da cobrança, a ocorrência

do fato gerador do tributo, e o montante devido a título daquele tributo.

No entanto, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como é o presente caso, que trata de PIS, a autoridade fiscal apropria-se das declarações (DCTFs) apresentadas pelo próprio contribuinte, e dos dados por ele informados, para, em caso de não pagamento, proceder à cobrança do tributo. Não há, propriamente, nenhum ato a ser praticado pela Administração, antes da inscrição em dívida ativa e do posterior

ajuizamento da execução fiscal visando à cobrança do tributo.

Não se verifica, assim, a formalização de um ato administrativo, contrariando-se o próprio conceito de lançamento contido no Código Tributário Nacional, que pressupõe ser a prática de um ato administrativo um requisito inafastável do próprio conceito de lançamento. Como resolver-se-ia, nesse contexto, o problema do lançamento por homologação? Admitir-se-ia a prática de um ato administrativo de forma tácita, convolvendo-se uma mera omissão em ato administrativo?

A resposta nos é dada pela doutrina, valendo destacar a eminente Ministra Regina Helena Costa, que, em seu Curso de Direito Tributário, preleciona:

Desse modo, o chamado lançamento por homologação ou autolancamento não constitui autêntico lançamento, pelo simples fato de que não é procedido pela Administração. Trata-se, assim, de providência do sujeito passivo, que poderá ou não ser objeto de homologação, que é ato estatal. Se o for, tal providência produz efeitos e torna o crédito tributário exigível nos termos apontados, como se houvesse sido efetuado o lançamento. Noutra dicção, o ordenamento jurídico tributário admite tributos sem lançamento, isto é, que prescindem da atividade administrativa de apuração do débito tributário, como é o caso do IPI e do ICMS.

Assim sendo, consoante já assinalamos, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração de débito tributário efetuada pelo sujeito passivo corresponde ao lançamento eficaz.

Cabe destacar, ainda, a disposição contida no § 4º do art. 150: não fixando a lei prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito. Con-

templa, assim, a figura da homologação, que pode ser expressa ou tácita – como ocorre na prática – estar consumada decorridos cinco anos a contar do fato gerador. O prazo, na hipótese, é de decadência (art. 173, CTN).¹

Corroborando esse entendimento, podemos citar a Súmula nº 436, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado é o seguinte: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco”.

Pois bem, apresentada a DCTF pelo contribuinte, estando nela contidas todas as informações necessárias e suficientes à apuração do “an” e do “quantum debeatur” pelo Fisco, reputa-se constituído o crédito tributário, passando, a partir desse momento, a estar configurada a exigibilidade do crédito tributário, o qual, no caso de inadimplemento, passa a ser também exequível.

É o caso da contribuição social para o PIS. Basta a apresentação da DCTF para que esse tributo, sujeito ao lançamento por homologação, torne-se, portanto, exigível, e, ulteriormente, não havendo o seu adimplemento quando do vencimento do prazo para pagamento, plenamente cobrável, por intermédio da ação de Execução Fiscal, pela Fazenda Nacional.

Porém, cumpre ressaltar que a base legal que autorizava a cobrança desse tributo, qual seja, os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, foi declarada inválida, com a declaração posterior de sua inconstitucionalidade formal pelo STF, tendo sido inclusive editada a Resolução nº 49/95 pelo Senado Federal, expurgando as referidas normas da ordem jurídica.

A questão que ora se avizinha é analisar os efeitos que a declaração de inconstitucio-

¹ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 252/253.



nalidade formal de um tributo, com efeitos “erga omnes”, atribuídos pela edição de resolução pelo Senado Federal, terá sobre uma execução fiscal previamente ajuizada, sendo o fundamento legal erigido para a cobrança dos tributos objeto dessa execução exatamente a norma que foi declarada inconstitucional por vício de forma.

Detalhando-se ainda mais o problema, quais seriam os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade formal sobre essa cobrança, por meio de executivo fiscal, já em andamento, em relação ao crédito tributário até então perfeitamente exigível, vez que regularmente constituído?

Luís Roberto Barroso, eminente Ministro da mais alta Corte de Justiça do país, a esse respeito, disserta que:

Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade (v. supra), ficou assentado que a corrente amplamente dominante do Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu

nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos.

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, “ex tunc”. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis. Nos exemplos formulados – o do tributo e o da majoração de aluguel – as partes ficam desobrigadas de pagá-los não apenas a partir da sentença, mas desde o advento da lei que serviu de fundamento à exigência. E terão o direito de exigir a restituição de qualquer parcela que tenham pago indevidamente, em período anterior à decisão.

Um caso curioso envolvendo a questão da eficácia retroativa da decisão incidental de inconstitucionalidade chegou ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro. Uma empresa depositou em juízo parcelas referentes a determinado tributo, ao mesmo tempo em que discutia sua exigibilidade. O pedido não foi acolhido, a decisão transitou em julgado e operou-se a decadência do direito de propor ação rescisória. Após tudo isso, em ação movida por outra empresa contribuinte, o Supremo Tribunal Federal, julgando recurso extraordinário, declarou a inconstitucionalidade da norma que autorizava a cobrança, havendo o Senado suspenso a execução da lei. A primeira empresa, que teve acolhido o seu pedido, verificou que o depósito que havia feito ainda não fora convertido em renda para a União e pediu seu levantamento. A Fazenda Pública impugnou o requerimento, alegando a existência de coisa julgada a seu favor. Parece-me fora de dúvida que a solução correta é o deferimento do pedido, por um critério de ponderação de valores: na hipótese, a coisa julgada, que nem sequer havia produzido a plenitude de seus efeitos, não pode prevalecer sobre a

justiça da recuperação do dinheiro pelo contribuinte.²

Sem entrar no mérito da discussão subjacente ao ilustrativo exemplo trazido pelo douto Ministro, cumpre salientar que restou extrema de dúvidas que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade formal, pronunciada pelo STF e corroborada por resolução do Senado Federal, são “*erga omnes*” e retroativos, “*ex tunc*”.

Conclui-se, dessa forma, que a inscrição em dívida ativa do tributo declarado inconstitucional, é, nessa hipótese, um ato administrativo eivado de nulidade, sendo, pois, a sua cobrança nula.

Nessa esteira, os Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88, normas que tiveram sua inconstitucionalidade formal decretada pelo Plenário do STF, nos autos do Recurso Extraordinário n° 148.754/RJ, tendo sido inclusive editada a Resolução n° 49/95 pelo Senado Federal, expurgando as referidas normas da ordem jurídica, não podem servir como fundamento de validade para a cobrança do PIS, tributo por essas normas instituído, sendo, pois, nula essa cobrança, com a consequente extinção da execução fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do supracitado Recurso Extraordinário, assim se pronunciou sobre o tema:

CONSTITUCIONAL. ART. 55-II DA CARTA ANTERIOR. CONTRIBUICAO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445 E 2.449, DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo aquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC n° 8/77 (RTJ 120/1190).

II - Trato por meio de decreto-lei: impos-

sibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969).

Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 E 2.449, de 1988, que pretendiam alterar a sistemática da contribuição para o PIS.

Observação votação: por maioria. Resultado: conhecido e provido. Veja RE-86595.

(STF, RE 148.754/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator para o Acórdão Ministro Francisco Rezek, j. 24/06/1993, DJ 04/03/1994, p. 03290)

Ocorre que, advindo posteriormente norma tributária formalmente e materialmente válida instituindo esse tributo, não se cogita ser o tributo criado por essa outra norma o mesmo. Trata-se de outro tributo, ainda que tenha o mesmo nome e o mesmo fato gerador, mas com fundamento de validade diverso. No caso, a base legal para a cobrança dessa nova contribuição ao PIS é a nova lei.

E, por se tratar de tributo diverso, cabe à autoridade fiscal proceder a um novo lançamento, ou ainda, valendo-se dos elementos fornecidos pelo contribuinte em nova declaração, engendrar outra cobrança do novel tributo, que com aquele outro, declarado inconstitucional e expurgado da ordem jurídica, não se confunde.

Tampouco pode a Fazenda Nacional, no intuito de cobrar o novo tributo, requerer, para esse mister, a mera substituição da Certidão de Dívida Ativa, nos autos de execução fiscal já ajuizada, invocando o entendimento sumulado pelo Colendo STJ, de que a Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída, até a prolação de sentença dos embargos, nos termos da lei, para correção de erro material ou formal, desde que não implique em retificação do polo passivo da execução (Súmula n° 392 do STJ).

De fato, não pode a Fazenda Nacional valer-se do permissivo legal (art. 2°, § 8°, da

2 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

Lei nº 6.830/80) e da referida súmula, para corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.

Há que se verificar ainda a eventual ocorrência da decadência. Em face da declaração de inconstitucionalidade das normas em questão, novo lançamento deveria ter sido procedido pela Fazenda Nacional, não podendo ela se valer das DCTFs apresentadas com base em regramento jurídico não mais vigente, para efetuar simplesmente a substituição da dívida ativa.

Não poderia a Fazenda Nacional, mais de 05 anos após a ocorrência do fato gerador mais recente, deixando escoar o prazo decadencial, limitar-se a substituir a Certidão de Dívida Ativa, alegando a incidência do previsto na Súmula nº 392 do STJ, vez que não se trata, nesse caso, de mero erro material ou formal na CDA originária, mas de novo tributo, cobrado com base em fundamento legal diverso.

Frise-se que a declaração de inconstitucionalidade dos mencionados Decretos-Leis e posterior afastamento dessas normas da ordem jurídica retiram do ato administrativo de lançamento seu fundamento de validade, qual seja, a norma legal autorizadora da prática do ato administrativo do lançamento. Declarada nula a norma que funda a edição do ato administrativo de lançamento, nulo é o próprio lançamento, sendo, portanto, necessário novo lançamento, com base em fundamento legal diverso.

Outra não pode ser a conclusão, até porque se trata de um novo tributo, com elementos constitutivos de sua hipótese de incidência diversos, visto que previstos em nova norma autorizadora da sua cobrança. A declaração de inconstitucionalidade da norma, na seara tributária, em face do princípio da estrita legalidade, que norteia a cobrança dos tributos, faz cair por terra os atos administrativos concretos de lançamento que tomavam como fundamento legal da cobrança a norma decla-

rada inconstitucional.

De todo o exposto, tem-se que é necessário, para nova apuração do crédito tributário, novo ato administrativo constitutivo de crédito tributário, que tomará como base legal a nova norma autorizadora da cobrança do tributo. Não é possível, nessas condições, que a União se aproprie do ato constitutivo primitivamente produzido, agindo como se o caso fosse de mero recálculo aritmético.

Nesse sentido, trago à colação o ensinamento de Leandro Paulsen:

Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento.³

Considerando o caso sob exame, em que os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 foram declarados inconstitucionais, tendo sobrevivendo norma que criou um novo tributo, com base de cálculo e alíquota diversos, é forçoso concluir que há necessidade de um novo lançamento.

Nessa hipótese, em que se faz necessário o refazimento do ato administrativo de lançamento, dentro do prazo decadencial quinquenal, não é possível a mera substituição da CDA, vez que não se trata de caso de

3 PAULSEN, Leandro e outros. *Direito processual tributário* – processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 205.

simples cálculo aritmético, sendo inaplicável à espécie a Súmula nº 392 do STJ.

Assim, se não houver, por parte da Fazenda Nacional, prática de qualquer ato dentro do prazo decadencial quinquenal, para revisão do débito e lançamento suplementar de ofício, nem tampouco apresentação de nova declaração pelo contribuinte, que poderia ser objeto de aproveitamento pelo ente fazendário, é de se reconhecer a ocorrência de decadência no tocante aos débitos anteriormente declarados.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. e outros. *Direito processual tributário – processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Crimes contra a previdência social



Simone de Alcantara Savazzoni

Doutoranda em Direito Processual Penal e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de Graduação e Pós-graduação de Direito Penal na Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO: A previdência social como uma das colunas de sustentação da seguridade social, de caráter contributivo e filiação obrigatória, tem por objetivo amparar indivíduos em situações especiais, presentes ou futuras, elencadas pela lei, funcionando como mecanismo securitário destinado a cobrir as necessidades básicas dos cidadãos no caso de alguma contingência social. Compreender o impacto que os crimes contra a previdência têm, tanto sobre o Estado que a administra, quanto para a sociedade que a custeia, é o objetivo do presente estudo. Nesse escopo, serão abordadas e analisadas as condutas criminosas, bem como a repressão penal nos crimes contra a seguridade social considerando-se que o Direito Penal, que deveria ser a *ultima ratio*, tem sido utilizado como uma forma reforçada de execução fiscal.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Crimes previdenciários: sociedade e Estado *versus* criminosos. 2.1 Crimes comuns contra o INSS. 2.2 Crimes praticados contra o sistema previdenciário de benefícios. 2.2.1 Peculato mediante erro de outrem. 2.2.2 Inserção de dados falsos em sistema de informação. 2.2.3 Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informação. 2.2.4 Violação de sigilo funcional. 2.3 Crimes contra o sistema securitário social de arrecadação. 2.3.1 Apropriação indébita previdenciária. 2.3.2 Sonegação de contribuição previdenciária. 3 Princípio da insignificância nos crimes previdenciários. 4 A suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade. 5 A disparidade de apenamento. 6 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

A seguridade social surgiu com a implementação dos primeiros benefícios previdenciários na Alemanha de Otto Von Bismarck, entre a última década do século XIX e a primeira do século XX, sendo implantada gradativamente, visando oferecer proteções sociais, tais como o seguro contra acidentes do trabalho, seguro-doença e aposentadoria.

Na Inglaterra em 1897, surgiu o “*Workmen's Compensation Act*”, documento que – responsabilizando civil e objetivamente o empregador – criava o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. No âmbito constitucional, foi o México a primeira nação a fazer constar de sua carta maior, em 1917, previsão acerca da previdência social. Mais tarde, em 1935, nos Estados Unidos da América surgiu o “*Social Security Act*” que, além de estimular o consumo, instituía o auxílio-desemprego, e previa o auxílio aos idosos: eram medidas do governo para fazer frente à crise econômica de 1929.¹

A compreensão da necessidade da previdência começou a tomar contornos universais, em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, reconhecida como eficiente meio de proteção ao trabalhador e seus dependentes.

No Brasil, o marco se dá no início do século XX, por meio do Decreto Legislativo nº 4.682/1923, conhecido como a Lei Eloy Chaves,² quando foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensões, que alguns anos depois foram substituídas por Institutos Nacionais com foco nas categorias profissionais (industrialistas, ferroviários, comerciantes, bancários, trabalhadores dos transportes e marítimos).³

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 3.807/1960, a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que significou expansão da proteção social previdenciária.

Todavia, apenas em 1966, por meio do Decreto-lei nº 72, com a união dos seis Institutos Nacionais é que se criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. E apenas onze anos depois, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, por meio da Lei nº 6.439/1977, que era composto pelo o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS e Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social – IAPAS.

Com o advento da Lei nº 8.029/1990, o Poder Executivo ficou autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do IAPAS com INPS, segundo consta disposto em seu artigo 17. O Regime Geral de Previdência Social – RGPS é gerido pelo INSS, que se configura como autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, que tem como atribuições a organização do custeio da seguridade social e a concessão dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Finalmente, surgiu a Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social e institui o seu plano de custeio e, no mesmo ano, a Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre a concessão dos planos de benefícios previdenciários e assistenciais.

A previdência social é uma das colunas de sustentação da seguridade social que tem por objetivo maior o amparo ao cidadão em situações especiais, elencadas pela lei, tanto no presente como no futuro, funcionando como um seguro que, entre outros benefícios, visa garantir a renda do contribuinte em casos de

1 BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006, capítulo 3.

2 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 6.

3 GURGEL, JB Serra e. *Evolução da Previdência social*. Associação nacional dos Servidores da previdência social

- ANASPS. Brasília: FUNPREV, 2008, p. 15-16. Disponível em: <http://www.anasps.org.br/evolucao_historica_previdencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2015.

doença, acidente, gravidez, prisão, morte e velhice.

Para se falar da previdência social, cumpre inicialmente buscar a definição da seguridade social. Segundo definição constitucional, a seguridade social “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194 da CF/88).

Como pode se ver pela própria definição constitucional, a seguridade social constitui-se de três diretrizes, objetos de sua atuação, quais sejam a saúde, a previdência social e a assistência social, sendo regulamentada nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal, no título da Ordem Social.

No que concerne à saúde, pode afirmar-se tratar de direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, e que visa ao acesso da população a serviços básicos de saúde, incluindo a promoção de educação preventiva.

A assistência social, por sua vez, prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A previdência social, de forma diferente, tem marcante caráter contributivo, sendo de filiação obrigatória, e busca atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão

para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Reservada a observar as necessidades básicas do cidadão, é nessa conjuntura constitucional de proteção que o legislador apontou a previdência social como o mecanismo securitário que irá garantir benefícios àqueles que com ela contribuam, tornando-se seus filiados.

A previdência social é tratada constitucionalmente nos artigos 201 e 202, (além do art. 6º da CF que traz previsão geral acerca dos direitos sociais), fundando-se no princípio do seguro social, segundo o qual os benefícios e serviços destinam-se a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão do segurado e de seus dependentes, assentado sempre no fator “contribuição” como base da cobertura. O objetivo principal da previdência, assim, é garantir uma renda mínima aos segurados e dependentes caso sua capacidade laborativa se encontre prejudicada por alguma contingência social.

Necessário esclarecer que a cobertura na previdência se dá por meio da prestação de benefícios que são, na realidade, prestações pecuniárias (aposentadorias, auxílios, salário-desemprego e pensões).

A responsabilidade pela organização e gestão da previdência é estatal, mas ao mesmo tempo há o caráter contributivo da previdência, cujos recursos são financiados pelos segurados. Esses dados são relevantes para compreender o impacto que os crimes contra a previdência têm, tanto sobre o Estado que a administra, quanto para a sociedade que a custeia.

Contudo, necessário esclarecer que o Direito Penal deveria – como deve – ser a *ultima ratio*.

Entretanto, já há algum tempo a repressão penal nos crimes contra a seguridade social tem sido utilizada como uma forma reforçada de execução fiscal, isto é, na falta de

efetividade dos meios administrativos para a consecução efetiva desta execução – e assim da satisfação da pretensão estatal – têm-se lançado mão do Direito Penal ordinariamente.

(...) o chamado princípio de intervenção mínima, também dito de *ultima ratio*, visa traçar norte e fronteira para a atuação desse Estado, preconizando que a criminalização só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Existindo outras formas de controle social, suficientemente hábeis para a tutela deste bem, tal criminalização mostrar-se-á inadequada e não recomendável. O Direito penal deve, pois, representar a *ultima ratio legis*, só entrando em ação quando o bem jurídico apresentar-se violentamente atacado ou agredido. Assim sendo, não é mais tido, tampouco, o estudo do direito repressivo como solução indiscriminada para todos os problemas e desventuras do homem.⁴

Necessário vislumbrar as limitações do Direito Penal como um direito de *ultima ratio*, em que se tem, de forma equivocada, depositado a expectativa de que, por meio de seus instrumentos, possam ser resolvidos uma grande maioria dos problemas que assombram a sociedade.

2. Crimes previdenciários: sociedade e Estado *versus* criminosos

A seguridade tem a previdência social como uma das suas colunas de sustentação: esta tem por escopo a proteção e amparo dos indivíduos em situações especiais, presentes ou futuras, funcionando como um mecanismo securitário destinado a cobrir as necessidades básicas dos cidadãos no caso de alguma contingência social, nas situações estabelecidas por lei.

Considerando que a previdência tem caráter contributivo e é de filiação obrigatória, isto é, o financiamento compulsório é feito pela própria sociedade, os crimes contra a previdência impactam não só o Estado que administra, mas, principalmente a sociedade que a custeia, e mais diretamente o beneficiário, que é o indivíduo que se encontra em situação de fragilidade, e a quem se destina o benefício previdenciário.

O cometimento de crimes contra a previdência é, desta forma, assunto de grande interesse, já que toca tanto ao interesse público, quanto à esfera privada; os recursos para o seu custeio, provém da contribuição dos entes da sociedade, e a má gestão destes recursos – o que inclui o seu desvio ou subtração por meio de crimes contra o sistema previdenciário pode vir a gerar um desequilíbrio financeiro, que ocasionará, a longo prazo a impossibilidade de sustentação do sistema e prejuízo à assistência prestada aos beneficiários, razão pelo qual o estudo do tema e o combate a esses crimes é de grande relevância.

Há três espécies de crimes previdenciários, a saber, crimes comuns contra o INSS, crimes praticados contra o sistema previdenciário de benefícios e os crimes contra o sistema securitário social de arrecadação.

As condutas criminosas contra a autarquia, anteriormente ao advento da Lei nº 9.983/2000 que as inseriu no Código Penal, eram elencadas pelo artigo 95 da Lei nº 8.212/1991.

As figuras apresentadas pelos artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária), 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), 313-B (modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações) e 337-A sonegação de contribuição previdenciária, todos do Código Penal em vigência, surgiram quando da sua alteração pela Lei nº 9.983/2000, que descreveu e pormenorizou as condutas, estipulando também as suas penalidades. A referida lei ainda alterou a redação dos artigos 153, 296, 297, 325 e 327 do Código Penal.

⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

Os artigos 313-A e 313-B, que tratam respectivamente da inserção de dados falsos e da modificação ou alteração do sistema ou programa de informática, não se limitam ao âmbito previdenciário, alcançando ainda os sistemas de informação da Administração Pública em geral.⁵

Ressalte-se que a Lei nº 9.983/2000 acresceu o § 1º, que trata do fornecimento ou empréstimo de senha a pessoas não autorizadas bem como da utilização indevida de acesso restrito, e o § 2º que prevê pena de reclusão e multa nos casos de dano causados à Administração ou outrem em razão de ação ou omissão de agente.

2.1 Crimes comuns contra o INSS

Os crimes comuns são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa, isto é, aqueles que não exigem qualidade especial do sujeito ativo.

Quando há a obtenção de lucro indevido mediante fraude, causando prejuízo à autarquia previdenciária, comete-se o crime de estelionato, com causa de aumento, previsto no artigo 171, § 3º do Código Penal, *in verbis*:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

...

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

É possível se depreender do dispositivo penal que o sujeito ativo é todo aquele que induz ou mantém alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, sendo o sujeito passivo, a Administração

Pública ou particular que sofre o dano e o objeto, a vantagem ilícita; por fim, a conduta é anunciada pela ação de obter.

O delito de estelionato previdenciário tem natureza binária: o Supremo Tribunal Federal, ao cuidar da matéria, concluiu que a natureza jurídica do crime de estelionato previdenciário depende da pessoa que pratica a conduta. Tratando-se de terceiro, para permitir que outrem receba a vantagem ilícita, constitui-se crime instantâneo de efeitos permanentes, pois todos os elementos do tipo penal são verificados no momento da conduta; cuidando-se do próprio beneficiário, o crime é permanente.

Necessário esclarecer que este é um crime permanente, isto é, cujo momento consumativo se protraí no tempo (desde a percepção indevida da primeira parcela até a última percepção), já que o agente tem o poder de fazer cessar, a qualquer tempo, a ação criminosa, e, sendo assim, o prazo prescricional começa a fluir apenas a partir da cessação da permanência, conforme interpretação jurisprudencial.⁶ Não raro os estelionatários percebem de

5 DIAS, Eduardo Rocha. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 540.

6 “HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). CRIME PERMANENTE QUANDO O BENEFICIÁRIO RECEBE A QUANTIA INDEVIDA. PRESCRIÇÃO PELA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser o crime de estelionato previdenciário praticado pelo próprio beneficiário de natureza permanente; prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência, não do primeiro pagamento do benefício. 2. Sem transcurso do prazo de doze anos entre o último pagamento indevido do benefício previdenciário e o recebimento da denúncia, afastada está a prescrição pela pena máxima em abstrato. 3. Ordem denegada”. (STF, HC 117.470/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 08/10/2013, DJe 22/10/2013) “HABEAS CORPUS. FRAUDE PREVIDENCIÁRIA (ART. 171, § 3º, DO CP). PRESCRIÇÃO. PACIENTE BENEFICIÁRIO DAS PARCELAS PERCEBIDAS INDEVIDAMENTE. CRIME PERMANENTE, CUJA EXECUÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. DATA DO ÚLTIMO RECEBIMENTO DA PARCELA INDEVIDA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Paciente que é beneficiário das parcelas de aposentadoria percebidas mediante fraude (recebimento de auxílio-doença mediante a falsificação de laudos periciais) pratica crime permanente, previsto no art. 171, § 3º, do CP, cuja execução se protraí no tempo, renovando-

forma ilegal os benefícios por meses seguidos e este é o objetivo: locupletar-se à custa da previdência o quanto for possível, auferindo lucro até o momento em que forem pegos, o que pode demorar anos em alguns casos.

Os crimes que podem dar sustentação a essa obtenção de vantagem ilícita, os chamados “crimes-meio”, especificamente ao estelionato, em especial contra a entidade de direito público, no caso o INSS, também se encontram tipificados no Código Penal, sendo eles a falsificação de documento, prevista nos artigos 297 e 298, a falsidade ideológica, prevista no artigo 299, o uso de documento falso, tipificado no artigo 304, e o falso testemunho ou falsa perícia em processo administrativo, previsto no artigo 342 todos do mesmo diploma penal.

Necessário elucidar que estes crimes-meio são absorvidos pelo crime-fim (*lex consumens derogat lex consumptae*), observando-se o princípio da absorção ou princípio da consunção: ocorre quando uma infração penal serve inicialmente como meio ou fase necessária para a execução de outro crime, que é o caso da falsificação de documento e da falsidade ideológica para o cometimento do estelionato.⁷

se a cada parcela recebida. Assim, o termo inicial do prazo prescricional deve ser contado a partir da cessação do pagamento do benefício indevido, e não do recebimento da primeira parcela remuneratória. 2. Ordem denegada”. (STF, HC 117.168/ES, Segunda Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, j. 03/09/2013, DJe 16/09/2013)

7 “HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ESTELIONATO. CONSUNÇÃO. Ocorrência. Alegada nulidade da ação penal, em razão da incompetência da Justiça Federal. Tentativa de estelionato. Lesão à autarquia federal. Interesse da União. ART. 109, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Os crimes previstos nos arts. 299 e 304 do Código Penal foram cometidos, conforme narra a denúncia, com o fim exclusivo de se obter benefício previdenciário mediante fraude, nada havendo nos autos que sugira ter sido o documento utilizado para fins diversos. 2. ‘Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido’. Enunciado da Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de crimes em que a conduta do acusado é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou em-

2.2 Crimes praticados contra o sistema previdenciário de benefícios

Ao contrário do crime de estelionato contra a autarquia previdenciária que pode ser cometido por qualquer pessoa, os crimes quando cometidos contra o sistema previdenciário de benefícios são praticados exclusivamente por servidor no exercício do cargo na autarquia, isto é, são crimes próprios, ainda que admitida a participação de terceiro estranho à Administração. São crimes que têm sua conduta tipificada pelos artigos 313, 313-A, 313-B e 325, § 1º, I e II do Código Penal. Vejamos cada um deles:

2.2.1 Peculato mediante erro de outrem

O artigo 313 do Código Penal prevê o crime de peculato mediante erro de outrem, em que o servidor, mediante dolo, busca obter vantagem indevida, causando dano à Administração Pública.

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem.

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Trata-se de crime material que se consuma com a apropriação de dinheiro ou qualquer utilidade, sendo, todavia, possível a tentativa. Portanto, a conduta típica ocorre com a apropriação de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, o funcionário público tenha recebido por erro de outrem. Alguns doutrinadores nomeiam de peculato-estelionato porque o funcionário público tem a consciência de que houve um engano, e decide se beneficiar deste equívoco ao invés de acusar imediatamente a ocorrência do fato.

presas públicas, sendo irrelevante a existência de efetivo prejuízo. 4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para excluir da denúncia a capitulação dos crimes dos arts. 299 e 304 do Código Penal”. (STJ, HC 96.082/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 23/09/2008, DJe 28/10/2008)

A diferença do peculato previsto no artigo 313 do Código Penal para o estelionato previsto no artigo 171 do mesmo diploma é que, no peculato, o sujeito ativo obtém a vantagem indevida por exclusivo erro da vítima, enquanto no estelionato é necessário que o sujeito ativo induza a vítima ao erro.⁸

2.2.2 Inserção de dados falsos em sistema de informação

Afirma o artigo 313-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 9.983/2000, *in verbis*:

Art. 313-A. Inserir ou



8 “PENAL. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE CONTRA A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVADAS. DOLO. CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO DO ESTELIONATO QUALIFICADO (ART. 171, § 3º DO CP). PARA O CRIME DE PECULATO (ART. 312 DO CP). IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE MAJORADA. CORRETA A FIXAÇÃO. APELAÇÕES IMPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Afastada a preliminar de ocorrência de prescrição porquanto a prescrição retroativa só poderá ser verificada após o trânsito em julgado para a acusação, o que não é o caso dos autos. 2. Materialidade comprovada pela farta documentação acostada aos autos que demonstrou irregularidade na concessão do benefício previdenciário consistente na fraude da data do requerimento administrativo. 3. Autoria comprovada com relação aos réus, sendo duas na condição de servidoras do INSS e um de intermediário que, em conluio entre si, contribuíram para o cometimento de fraude perpetrada perante a autarquia previdenciária, adulterando a data do requerimento administrativo, fazendo com o que o segurado recebesse retroativamente valores que não lhe eram devidos. 4. Dolo configurado, uma vez que os réus, de forma livre e consciente, fraudaram a autarquia previdenciária com o intuito de obterem vantagem indevida, sabedores da ilicitude de suas condutas. 5. Impossibilidade da desclassificação do crime de estelionato previdenciário (art. 171, § 3º do CP) para o crime de peculato (art. 312, §1º do CP), porquanto a concessão de benefício de forma fraudulenta por servidor autárquico corresponde à conduta de estelionato qualificado. 6. Correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal, eis que o julgador levou em consideração as circunstâncias judiciais desfavoráveis e as personalidades dos réus voltadas a prática delituosa. 7. Apelações improvidas. Sentença mantida”. (TRF 3ª Região, ACR 0006455-43.2000.4.03.6181, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, j. 05/05/2015, e-DJF3 12/05/2015)

facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Esta é uma norma penal em branco, eis que precisa de complementação para poder ser aplicada, pois, muito embora esteja descrita a conduta – inserir ou facilitar a inserção, alterar ou excluir informação – não está especificado o sistema informatizado ou o banco de dados a que o legislador se refere.

Dentre os sistemas de informação ou banco de dados utilizados pelo INSS, há o CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, onde consta a maior parte das informações dos segurados, seus históricos, recolhimentos etc.; há também o sistema denominado PLENUS, que contém os trâmites dos requerimentos de benefícios junto ao INSS e, por fim, o sistema SABI, que armazena os requerimentos referentes ao auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

O sujeito ativo do crime é o servidor público autorizado a operar os sistemas dos bancos de dados da Administração Pública: Fabio Zambitte Ibrahim afirma que somente o funcionário autorizado, ou aquele dotado de senha para inclusão de dados no sistema poderá praticá-lo.⁹ Os sujeitos passivos serão o Estado e o beneficiário prejudicado.¹⁰

Seu elemento subjetivo é o dolo específico com finalidade de obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.¹¹

9 *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 478.

10 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS À UNIÃO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL POR TÉCNICA DO INSS. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. MEDIDA EXTRAORDINÁRIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. 1. Na ação originária, o Ministério Público Federal afirmou que ‘o *modus operandi* da ré consistia na criação de segurados/beneficiários junto ao banco de dados informatizado da previdência social, sem que qualquer processo físico de concessão administrativa fosse previamente instaurado. Os nomes dos beneficiários fictícios recebiam o sobrenome da ré, qualificados com CPF’s de pessoas falecidas ou inexistentes, com o próprio CPF da ré ou com CPF’s de seus parentes’. 2. Destarte, como bem asseverou o magistrado *a quo*, ao menos em sede de cognição sumária, encontram-se presentes os pressupostos exigidos no artigo 273 do Código de Processo Civil. 3. No tocante ao decreto de indisponibilidade de bens, a jurisprudência do C. STJ estabeleceu que em caso de improbidade administrativa tal medida caracteriza tutela de evidência. Ou seja, independe da comprovação do *periculum in mora* concreto, consistente na dilapidação do patrimônio, bastando a demonstração do *fumus boni iuris*, decorrente de fundados indícios da prática de atos ímprobos. 4. A cassação da aposentadoria se trata de rendimento de natureza alimentícia, sendo assim é medida extraordinária que somente pode ser determinada de forma ponderada mediante o contraditório e a dilação probatória, o que não é o caso dos autos. 5. E especificamente em relação à matéria de defesa arguida, inclusive a prescrição, convém que seja primeiramente apresentada e debatida junto ao Juízo de origem, tanto para preservar o princípio do duplo grau de jurisdição, tanto porque a análise da argumentação expendida não prescinde de detida e minuciosa crítica de documentos e de matéria fática. 6. Agravo de instrumento parcialmente provido”. (TRF 3ª Região, AI 0006716-96.2015.4.03.0000/SP, Sexta Turma, Rel. Desembargador Federal Johanson Di Salvo, j. 13/08/2015, e-DJF3 21/08/2015)

11 “PENAL. PROCESSO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. DOLO ESPECÍFICO. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para a configuração

A previsão legal demanda o dolo específico, consistente na obtenção de vantagem, a exemplo da inclusão nos bancos de dados de tempo de contribuição que não tenha de fato existido, com o escopo de que o beneficiado receba antecipadamente sua aposentadoria.

Daí que se depreende a conduta específica ser dolosa, no entanto, se por erro do servidor público algum dado for apagado ou acrescentado e, por isso, o prejuízo vier a acontecer, este responderá apenas administrativamente, tendo em vista que o tipo penal não traz a previsão da modalidade culposa.

E, por fim, cumpre salientar que a ação penal é pública incondicionada.

2.2.3 Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informação

Dispõe o tipo descrito no artigo 313-B do Código Penal, qual seja a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações:

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Desde já, cumpre-nos salientar que, assim como o artigo 313-A, trata-se de norma penal em branco, tendo em vista a necessidade de informação que à norma complementa – sistema de informações, programa de informática.

do delito previsto no artigo 313-A do Código Penal, exige-se a comprovação do dolo específico, consistente na finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano à Administração Pública. 2. Ausência de comprovação da finalidade específica. Fato atípico. 3. Recurso desprovido. Sentença absolutória mantida”. (TRF 3ª Região, ACR 0003124-77.2006.4.03.6105/SP, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Maurício Kato, j. 13/04/2015, e-DJF3 17/04/2015)

O sujeito ativo continua sendo apenas o servidor público; o sujeito passivo, naturalmente, o Estado.

O crime se consuma com a conduta do servidor público que modifica ou altera um sistema de informações ou um programa de informática sem autorização da autoridade competente, portanto, trata-se de crime de mera conduta. Guilherme de Souza Nucci considera que os crimes de mera conduta são delitos que exigem apenas a conduta, sem qualquer resultado concreto ou naturalístico, razão pela qual se pune a conduta e não o resultado.¹²

Entretanto, se houver dano à Administração Pública ou ao administrado, o parágrafo único faz a ressalva da majoração da pena (causa de aumento).

O objetivo da tutela é resguardar a integridade dos bancos de dados da Administração Pública.

A tentativa, assim como previsto no artigo 313-A, também é admitida; bem como a ação penal é pública incondicionada.

Chama a atenção, contudo, a diferença da pena cominada ao funcionário criminoso em cada uma das condutas, a prevista no artigo 313-A e no 313-B: no primeiro caso, de inserção ou facilitação da inserção de dados falsos, ou ainda de alteração ou exclusão, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, a pena é de 2 a 12 anos de reclusão e multa; no segundo caso, de modificação ou alteração de dados em autorização ou solicitação de autoridade competente, muito embora a lesão possa ser maior, ainda assim a pena é significativamente menor – reclusão de 3 meses a dois anos e multa, podendo ser majorada de um terço até a metade nos casos em que haja dano para a Administração ou para o administrado.

2.2.4 Violação de sigilo funcional

Ainda com relação aos crimes contra o sistema de benefícios, a Lei nº 9.983/2000 também acrescentou ao Código Penal os §§ 1º e 2º do artigo 325, que tratam da violação de sigilo funcional, conforme se verifica a seguir, *in verbis*:

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º. Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º. Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Faz-se necessário esclarecer que o controle de acesso a dados, informações e sistemas informatizados da Previdência e Assistência Social é regulado pela Portaria MPAS nº 862, de 23 de março de 2001, que considerando a necessidade de garantir a integridade, o caráter confidencial e a disponibilidade de dados e informações previdenciárias e visando a segurança e ao controle de acesso a dados dispõe normas e procedimentos para a manipulação desses sistemas.

Também aqui, como no tipo do artigo 313-B do Código Penal, o crime é de mera conduta, não exigindo qualquer resultado concreto,¹³ portanto, não se considera o dolo

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Este é o entendimento esposado por Nucci quando da análise do artigo 150 do Código Penal que trata da invasão de domicílio, que também é crime de mera conduta.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*.

específico nesse tipo e, se houver dano à Administração Pública ou ao terceiro prejudicado, haverá a majoração da pena, estipulada pelo § 2º.

O sujeito ativo continua sendo o servidor público; os sujeitos passivos, o Estado e o terceiro prejudicado. Sua consumação ocorre com a revelação de fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo.

Como se pode perceber, o fato revelado deve ser objeto de sigilo, bastando que uma única pessoa tome conhecimento do mesmo para ser configurado o crime.

O tipo não demonstra haver intenção de receber vantagem pela revelação. No que concerne ao inciso I do § 1º, do artigo supracitado, comete o crime quem permite ou facilita, mediante empréstimo de senha, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

Cumprе salientar que não se confunde com o tipo do artigo 154 do Código Penal, que trata da revelação de sigilo profissional e não funcional como o caso do artigo 325 do mesmo diploma. Tanto quanto é preciso distinguir o tipo do artigo em comento com o disposto pelo artigo 311-A também do Código Penal, no qual a informação revelada beneficiará a si ou a outrem, comprometendo a credibilidade de determinado certame.

2.3 Crimes contra o sistema securitário social de arrecadação

O sistema da seguridade social têm por escopo tutelar os mais básicos interesses dos indivíduos, possibilitando-lhe uma vida digna mediante serviços de saúde, previdência, assistência, etc., por isso conta com mecanismos de controle para a manutenção da higidez do sistema securitário social de arrecadação.

Cabe ressaltar que devem ser diferenciados os ilícitos tipicamente administrativos, ocorridos, por exemplo, pela conduta de falta de recolhimento, e os delitos fiscais próprios,

em que há uma conduta mais grave, como a fraude, dando ensejo à utilização da ação penal.

Quanto às condutas, Miguel Horvath Júnior elucida que:

O inadimplente é aquele que não cumpriu a obrigação previdenciária de custeio principal no prazo legal. O inadimplente comete um ilícito civil. O sonegador é aquele que deixou de pagar o tributo no prazo legal e, com a utilização de fraude, cria uma situação de aparente regularidade fiscal. O apropriante de contribuições previdenciárias é aquele que tem o ônus de retê-las e não repassa os valores retidos à previdência social.¹⁴

Os crimes contra o sistema de arrecadação têm sua tipificação prevista pelos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, sendo respectivamente, o crime de apropriação indébita previdenciária e o crime de sonegação de contribuição previdenciária.

2.3.1 Apropriação indébita previdenciária

Os crimes contra a previdência, previstos anteriormente no artigo 95 da Lei nº 8.212/1991, foram revogados pela Lei nº 9.983/2000, a qual incluiu no rol dos artigos do Código Penal o artigo 168-A, que prevê o crime de apropriação indébita previdenciária, *in verbis*:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional.

Pena: reclusão de 2 a 5 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 segurado, a

14 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 472.

terceiros ou arrecadada do público;
II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência;

§ 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a multa, se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou
II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Cezar Roberto Bitencourt considera que o art. 168-A do CP “é, em outros termos, a tutela da subsistência financeira da previdência social”.¹⁵

Esclareça-se que os acréscimos da Lei nº 9.983/2000 ao Código Penal foram feitos de maneira aleatória e assistemática, o que dificulta sua compreensão e aplicação, bem como a coesão do dispositivo com o previsto no “caput”. Observe-se que, antes do advento da Lei nº 9.983/1990, os crimes constantes do artigo 95 da Lei nº 8.212/1991, por não terem previsão de pena, eram submetidos aos ditames dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990.¹⁶

Contudo, antes de passar à análise de suas características, é importante esclarecer que o acréscimo feito pela Lei nº 9.983/2000, em que pese estar atrelada ao capítulo da apropriação indébita, a conduta tipificada pelo artigo 168-A do Código Penal parece não ter a mesma relação de ânimo de apropriar-se, característica esta dos demais artigos do referido capítulo, não sendo, portanto, uma modalidade de apropriação indébita, por assim dizer.

Damásio de Jesus assevera ser o *nomen juris* “apropriação indébita” previdenciária inadequado para o tratamento do tema, em razão dos novos tipos penais não se asseme-

ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 674.

16 Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir

lharem em nada com a figura da apropriação indébita comum, tratada no artigo 168 do Código Penal, em que a posse ou detenção precedente do objeto material é exigida, para somente depois haver o *dominus*.¹⁷

No referido delito vislumbra-se que mesmo que o sujeito ativo do tipo esteja de posse dos valores que deveriam ser repassados à autarquia, existe a hipótese da impossibilidade do repasse das contribuições (se devidamente provado, por motivo de crise financeira da empresa, por exemplo), o que poderia permitir o afastamento da pena, admitida a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

A conduta prevista no *caput* é usualmente praticada pelo agente bancário, pessoa responsável por transferir os valores arrecadados à previdência social, enquanto que a conduta prevista no § 1º, I, tem-se conduta praticada em geral por empregadores.¹⁸

Se diante de caso concreto, não demonstrado o ânimo da fraude, mas tão somente do inadimplemento da obrigação de repassar, será possível afirmar que a utilização do direito penal se faz distorcida, tornando-o substituto da execução fiscal. Não pode, portanto, haver a ocorrência de prisão por dívida, tendo em vista que o agente não teve o ânimo de fraudar, ou seja, de locupletar-se com o não recolhimento.

Contudo, se houver prova da vontade livre e consciente de não pagar a contribuição no prazo legal configura-se o dolo, independentemente da existência de lucro proveniente da conduta, o que resultará – em consonância com a letra da lei – na aplicação de pena de reclusão e multa.¹⁹

Para a configuração do tipo não basta

DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Apelação da Defesa contra a sentença que condenou os réus à pena de 5 anos de reclusão e 100 dias-multa como incursos no artigo 168-A, §1º, inciso I, c.c. o artigo 71 do Código Penal. 2. A materialidade restou comprovada pela NFLD, apontando a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias, nas competências 10/2003 a 10/2005, bem como pelas cópias das folhas de pagamento e extratos GFIP, evidenciando que o desconto do valor relativo à contribuição previdenciária foi efetuado e não repassado aos cofres da Administração Previdenciária. 3. Autoria demonstrada pelo conjunto probatório produzido nos autos, compreendendo contrato de constituição societária e interrogatório judicial dos acusados. 4. No crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no artigo 168-A do Código Penal, exige-se apenas o dolo genérico. Não é de exigir-se intenção de apropriar-se das importâncias descontadas, ou seja, não se exige o *animus rem sibi habendi*. Precedentes. 5. Não há que se falar em exclusão da ilicitude, por estado de necessidade ou em exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. 6. A prova das alegadas dificuldades financeiras incumbe ao réu, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Caberia à Defesa trazer aos autos a prova documental de dificuldades financeiras invencíveis da empresa. Apenas a declaração do réu em interrogatório, ou mesmo depoimentos de testemunhas, ainda mais com declarações genéricas, não constituem prova suficiente para ter-se como cabalmente demonstradas as alegadas dificuldades financeiras. Precedentes. 7. Não são dificuldades financeiras de qualquer ordem que justificam a configuração de causa de exclusão da ilicitude, por estado de necessidade, ou em causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Estas devem ser tais que revelem a absoluta impossibilidade da empresa efetuar os recolhimentos. Precedentes. 8. No caso dos autos, não há que se falar em exclusão da ilicitude, por estado de necessidade ou em exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, pois a alegação de que o não recolhimento das contribuições deveu-se a dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa não restou suficientemente comprovada nos autos. 9. A consequência de cada um dos delitos perpetrados apresenta-se significativa, considerado o valor do salário mínimo, de modo que a pena-base é de ser fixada moderadamente acima do mínimo legal. Não serve para recrudescer as penas-bases a prática continuada do não recolhimento das contribuições previdenciárias, pois tal circunstância será sopesada na terceira fase da dosagem da pena, na análise de eventual continuidade delitiva. 10. Incidência da circunstância atenuante da confissão, mesmo nos casos em que o réu, embora admita como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, alega a ocorrência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Precedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator. 11. Com relação à pena de multa no crime continuado, assinalo que a sua fixação deve seguir os mesmos critérios utilizados para a pena privativa de liberdade, aplicando também o artigo 71 do Código Penal. Precedentes. 12. A multa é sanção legalmente prevista, de forma cumulativa à pena privativa de liberdade, devendo ser aplicada. Questões envolvendo a alegada impossibilidade de pagamento da multa devem ser veiculadas, oportunamente, pela via

17 JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 773.

18 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 480.

19 “PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INEXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE OU DA CULPABILIDADE. PENAS-BASES. VALOR DA PENA DE MULTA. DESTINAÇÃO DA PENA

a pura e simples omissão do recolhimento da contribuição previdenciária devida, é necessário antes que haja o real desconto dos pagamentos efetuados aos segurados e terceiros: embora não seja exigida a apropriação da quantia descontada, ela deverá ter sido efetivamente descontada do pagamento feito ao segurado, ou seja, o numerário deve existir quando do pagamento e deve, posteriormente, deixar de ser recolhido pelo responsável tributário (empresa-empregadora). É, assim, um crime de conduta mista: depende de uma ação comissiva antecedente (a de descontar do montante) e uma ação omissiva (a de deixar de arrecadar).

O sujeito ativo é todo aquele que deveria repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional. Assim, trata-se de crime próprio que só pode ser cometido por sujeito qualificado, isto é, aquele que deveria praticar conduta diversa. É ainda um crime unissubjetivo, ou seja, que pode ser cometido por um único sujeito, unissubsistente, que pode ser praticado num único ato, não admitindo tentativa. A sua consumação ocorre na data do término do prazo legal do recolhimento das contribuições devidas, ou do pagamento do benefício devido ao segurado, pelo estabelecimento para previdência social.²⁰

É um crime formal, já que não exige para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico; sendo também crime de forma livre, podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente.²¹ Contudo, o STF tem posição que este crime trata-se de crime omissivo material, e não simplesmente formal.²²

O sujeito passivo, naturalmente, é o Estado, e a conduta é mista, pois se expressa pela comissiva antecedente quando desconta a contribuição, para consumir-se pela omissiva posterior, ao deixar de repassar à autarquia federal.

Necessário ainda demarcar as diferenças entre o crime de apropriação indébita previdenciária e o delito de sonegação de contribuição previdenciária, em que o sujeito ativo objetiva eliminar ou diminuir a sua obrigação tributária no que se refere às contribuições previdenciárias, o que se verá a seguir.

2.3.2 Sonegação de contribuição previdenciária

O crime consiste em suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, conforme as condutas que elenca nos parágrafos e incisos.

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunera-

adequada. 13. Apelação parcialmente provida”. (TRF 3ª Região, ACR 0001783-32.2010.4.03.6119, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira, j. 03/03/2015, e-DJF3 10/03/2015)

20 JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 776.

21 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 469.

22 “APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no

artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado”. (STF, Pleno, Inq-AgR 2537/GO, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 10/03/2008, DJ 13/06/2008)

rações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3º. Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4º. O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

O sujeito ativo é sempre o titular da empresa, e o passivo, a previdência social. O elemento subjetivo do tipo é o dolo específico, que caracteriza a intenção de fraudar a previdência, suprimindo ou reduzindo o pagamento da contribuição. A consumação ocorre com a supressão ou redução da contribuição previdenciária ou seus acessórios, sendo admitida a tentativa. A ação penal é pública incondicionada.

No § 1º deste artigo, há a previsão expressa de extinção da punibilidade se o agente declarar e confessar espontaneamente as contribuições, importâncias ou valores, e prestar as informações devidas à previdência social antes do início da ação fiscal.

E, ainda, há a previsão da redução da pena de um terço até a metade, ou substituição por aplicação de multa, se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassar R\$ 4.117,35 (quatro mil, cento e dezessete reais e trinta e cinco centavos), sendo este valor reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

3. Princípio da insignificância nos crimes previdenciários

Observe-se que, quando o valor das contribuições devidas forem de numerário inexpressivo, tem-se lançado mão do princípio da insignificância, que tem sido largamente aceito como excludente da tipicidade, excetuado apenas o seu uso nos casos da existência de aspecto subjetivo que não se coadune com o reconhecimento da irrelevância material da conduta praticada, tal qual reiteração criminosa.²³ Este

23 “PENAL E PROCESSO PENAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ART. 168-A, § 1º, INC. I, C.C ART. 71, AMBOS DO CP - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - AFASTAMENTO - PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AFASTAMENTO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA DAS PENAS - REFORMA - REDUÇÃO DA PENA DE MULTA - PROPORCIONALIDADE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA - MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - REDUÇÃO DO VALOR DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA. 1. O crime de apropriação indébita previdenciária configura-se com o exaurimento do procedimento administrativo-fiscal. Precedentes. 2. No caso em tela, a constituição definitiva do crédito previdenciário (NFLD nº 35.646.013-4) ocorreu em 24/03/2004, quando expirou o prazo para impugnação administrativa, conforme ofício expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira/SP. 3. Considerando a reprimenda privativa de liberdade ora aplicada (pena-base de três anos de reclusão,

posicionamento, contudo, não é pacífico.

já descontado o aumento pela continuidade delitiva), não se verifica a ocorrência de prescrição, cujo lapso dá-se, *in casu*, em 08 (oito) anos, nos termos do art. 109, inc. IV, do Código Penal, período este não ultrapassado entre a data da consumação do delito (24/03/2004) e o recebimento da denúncia, em 23/04/2010, bem como entre esta data e a data da publicação da r. sentença, em 14/02/2012. Afastamento da preliminar. 4. Ainda que o valor do crédito previdenciário seja inferior àquele tratado na legislação aplicável à espécie como quantia mínima para o ajuizamento de ações executivas fiscais, incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso em tela, porquanto se está diante (em tese) de réu em reiteração criminosa, aspecto subjetivo que não se coaduna com o reconhecimento da irrelevância material da conduta praticada. Precedentes. Afastamento da preliminar. 5. Materialidade delitiva comprovada por meio da Representação Fiscal para Fins Penais nº 35436.000778/2004-15, em cujo bojo consta a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.646.013-4 e o Discriminativo Analítico de Débito, a demonstrar que as contribuições previdenciárias relativas às competências de janeiro de 1997 a julho de 1998, outubro de 1998, décimo terceiro salário de 1998, janeiro de 2000 a março de 2001, maio de 2001 a julho de 2001, setembro de 2001 a dezembro de 2001, fevereiro de 2002, março de 2002, maio de 2002, junho de 2002, agosto de 2002, décimo terceiro salário de 2002, janeiro de 2003 a março de 2003 e dezembro de 2003, descontadas das remunerações pagas aos segurados empregados, não foram repassadas à seguridade social. 6. Autoria e dolo incontestes de acordo com a prova documental e testemunhal carreada aos autos. 7. Da análise do contrato social da empresa, verifica-se que o réu detinha 89% (oitenta e nove por cento) das cotas da sociedade. De acordo com a cláusula 7ª, a gerência era exercida exclusivamente pelo mesmo, com plena autonomia. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e o Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal foram assinados pelo réu. 8. Ainda que as testemunhas Flavia, Rodrigo, Luiz e Juliano tenham atribuído à corré Maria Aparecida atos de gestão, bem como que a mesma tenha assinado documentos mencionados pela defesa do réu, as provas colacionadas ao presente feito, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, apontam o réu como o responsável pelas questões tributárias da empresa, figurando Maria Aparecida como sócia atuante na área operacional da pessoa jurídica. 9. A testemunha Rosângela foi enfática ao afirmar que as questões financeiras e tributárias da empresa eram de responsabilidade do réu. No mesmo sentido, o depoimento da contadora Ana Terezinha, e da própria funcionária Flavia, que aponta o réu como sendo o responsável pela parte fiscal da empresa, afirmando que cabia ao mesmo o envio da documentação pertinente ao escritório de contabilidade, através de Rosângela. 10. O crime de apropriação indébita previdenciária é omissivo próprio, cujo verbo previsto no tipo é “deixar de repassar”, pelo que desnecessário o dolo específico para a sua concretização, consistente no *animus rem sibi habendi*, bastando, apenas, a prática da conduta omissiva legalmente prevista, o que se deu no caso em tela. 11. Manutenção da condenação. 12. Reforma na dosimetria da pena de multa. Redução. Proporcionalidade à pena privativa de liberdade aplicada”. TRF 3ª Região, ACR 0000424-96.2005.4.03.6127/

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor do tributo iludido não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. Tal posição, firmada ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.112.748/TO, e que vem sendo repetido em julgados posteriores, coaduna-se com o entendimento anteriormente firmado no Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que em relação à incidência do princípio da insignificância, os critérios a serem adotados, a partir de então, tanto nos delitos de descaminho como nos de apropriação indébita previdenciária ou de sonegação de contribuição previdenciária deverão ser os mesmos.²⁴

Com efeito, no § 2º do artigo 337-A do Código Penal há a previsão da possibilidade do juiz deixar de aplicar a pena, ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que o valor das contribuições devidas (inclusive acessórios), seja igual ou inferior àquele estabelecido administrativamente pela previdência social como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Atualmente, vige a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, que determina o valor superior a vinte mil reais para se proceda o ajuizamento da execução fiscal,²⁵

SP, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, j. 18/08/2015, e-DJF3 25/08/2015.

24 STJ, AgRg REsp 1.350.606/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 15/03/2016, DJE 28/03/2016.

25 Seguindo a Lei nº 10.522/2002, a Fazenda Nacional adotou, em 2004, o limite mínimo de R\$ 10 mil para considerar a cobrança executável. Em 2012, por meio de uma portaria, aumentou o limite para R\$ 20 mil por entender que não é economicamente vantajoso para o erário ajuizar demanda cujo valor seja inferior a esse parâmetro. STJ revê distorção na aplicação do princípio da insignificância em descaminho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-corrigedistorçãona-aplicação-do-princ%C3%ADpio-da-insignificância-em-descaminho>. Acesso em: 18 ago. 2015.

sendo este o critério empregado para o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância.

4. A suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade

É possível ainda a suspensão da pretensão punitiva se ocorrer a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, bem assim, a extinção da punibilidade será declarada quando o débito previdenciário for incluído – e pago – no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários, conforme orientação jurisprudencial.

Haverá, portanto, a suspensão da pretensão punitiva do Estado e a consequente extinção da punibilidade prevista nos artigos 68 e 69 da Lei nº 11.941/2009, quando o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. O parágrafo único do artigo 69 elucida que na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física (pagamento ou parcelamento com anuência da pessoa jurídica nos termos do § 15 do artigo 1º da referida lei), a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal. Neste sentido Fábio Zambitte Ibrahim assevera que:

Mais recentemente, o STF tem admitido, genericamente, que o parcelamento suspende a pretensão punitiva do Estado, que se extingue com o pagamento da última parcela. Como o parcelamento suspende a exigibilidade de o crédito, entende a Corte Constitucional que, *se o crédito não é exigível, não há de se falar em sonegação ou redução de tributo, o que impede, por via de consequência, a persecução penal*.²⁶

O artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”, o que faz com que, necessariamente nos casos do efetivo pagamento do *quantum* devido seja declarada extinta a punibilidade.

Cumprе lembrar a Lei nº 10.684/2003, que disciplina o parcelamento de débitos para com a União, em especial o conteúdo do artigo 9º, *in verbis*:

Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Ao aceitar a extinção da punibilidade, o que se vê é a instrumentalização da ação penal, e a banalização do Direito Penal, com o fim único de ver satisfeita a pretensão estatal – que seria a de “recuperar” a todo e qualquer custo o prejuízo ocasionado pelo crime previdenciário. Luiz Flávio Gomes pontua que:

(...) o Direito Penal (por razões de proporcionalidade), por ser o mais contundente meio social de que dispomos, só deve intervir quando resulta absolutamente necessário (princípio da necessidade, que faz parte do princípio da proporcionalidade) e que uma das suas missões no atual Estado de Direito é a de proteger bens jurídicos de espe-

26 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 484.



cial relevância (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) diante de condutas externas (princípio do fato ou da materialidade do fato), descritas prévia e inequivocamente numa lei penal (princípio da legalidade, taxatividade e anterioridade), com capacidade de causar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade) lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade) ao bem jurídico protegido e sempre e quando não exista outro meio (de proteção desse bem) mais idôneo (princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio*), naturalmente resultam delineados os mais importantes princípios informadores da inseparável relação em bem jurídico e ofensividade.²⁷

Já em 2003, o Ministro Sepúlveda Pertence denunciava isto, quando no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.929/RJ, em retificação de voto, asseverou que “a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos ‘crimes contra a ordem tributária’ é apenas uma forma reforçada de execução fiscal”.²⁸

27 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

28 “AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/2003, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a

5. A disparidade de apenamento

Outro ponto que deve ser observado é a patente a incongruência existente quanto ao apenamento quando se compara as penas para os crimes contra a ordem tributária com os cometidos contra a previdência, estudados no presente artigo, a exemplo do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.137/1990, que determina a pena de seis meses a um ano e multa, quando se deixa de recolher, no prazo legal, tributo ou de valor de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, enquanto a pena dos artigos 168-A, do Código Penal, que também trata da falta de recolhimento de contribuição ao Estado, culmina em dois a cinco anos e multa.

O que se vislumbra é um “excesso injustificável” no apenamento do crime previsto no artigo 168-A em detrimento do crime previsto no artigo 2º da Lei nº 8.137/1990.²⁹

A mesma incongruência ocorre quando analisamos as penas dos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, por serem iguais para crimes diferentes, que inclusive, como visto, no caso do 168-A, não há o mesmo ânimo do agente que comete a conduta do 337-A.

Alexandre Barbosa Lemes assevera:

Parece-nos, portanto, que a segunda modalidade desse crime previdenciário [artigo 337-A] é mais grave, já que o agente pratica um ato prévio, fraudulento, orientado para a sonegação ou redução do tributo. É de se lembrar, aqui, a diferenciação que o professor Rodrigo Rios faz entre os delitos fiscais e os ilícitos administrativos: “o simples fato de não pagar tem como sanção a multa

qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”. (STF, HC 81.929/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão Ministro Cezar Peluso, j. 16/12/2003, DJ 27/02/2004)

29 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 184.

fiscal; a falta de pagamento proveniente de um ato ilícito tem pena mais grave, pois nos encontramos na presença do delito fiscal”.³⁰

Desta forma, o apenamento similar de crimes previdenciários de gravidade diferente trata-se, frontalmente, de uma violação ao princípio da proporcionalidade.

6. Considerações finais

Reconhecendo a importância da previdência social para a manutenção de uma sociedade economicamente sadia é que o legislador passou a criminalizar as condutas que atentem contra ela.

O bem jurídico tutelado nos crimes contra a previdência social são as fontes de custeio da seguridade social, a própria subsistência da previdência social. É, assim, não apenas o patrimônio estatal, mas também o bem-estar da coletividade, já que este tipo de crime atinge a toda a sociedade, e essencialmente os cidadãos em situação de maior vulnerabilidade (desempregados, idosos, doentes).

Entretanto, deve-se buscar um Direito Penal necessário, que intervenha na proteção de bens jurídicos somente em situações imprescindíveis, quando outros ramos do direito não alcançarem seus objetivos.

Nesse esteio, diante do exposto no presente estudo, a criminalização de ilícitos relacionados à previdência social poderia e deveria ser mais bem regulado pelo Direito Administrativo sancionador, essencialmente nos casos em que o próprio legislador – de forma casuística – preveja hipóteses de suspensão da punibilidade mediante parcelamentos especiais e até mesmo da extinção da punibilidade quando do recolhimento do

tributo, o que de forma explícita demonstra uma repugnante instrumentalização do Direito Penal com fins meramente arrecadatórios.

A suspensão da pretensão punitiva com a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários e a extinção da punibilidade quando do pagamento, admitidas jurisprudencialmente, significam uma clara – e equivocada – utilização do Direito Penal diante de um insuficiente Direito Administrativo sancionador, e requer no mínimo de reflexão de nossa parte.

Isto porque o Direito Penal deixa, assim, de exercer seu importante papel de ordenador social para se tornar um cobrador de tributos, no caso, contribuição previdenciária.

Do exposto, não se deve confundir o inadimplente com o verdadeiro criminoso: este sim merece sofrer a intervenção jurídico-penal, porque atenta contra bens jurídicos dignos de proteção: a seguridade social, patrimônio de todos que compõem o sistema previdenciário nacional, com reflexos nos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse sentido, claro é posicionamento dos Tribunais que não reconhecem a atipicidade material de conduta justamente em razão do não preenchimento dos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, ora debatido, dada a natureza supraindividual da lesão e o vultoso desfalque que já experimenta o fundo da seguridade social.

Não se pode olvidar do Direito Penal como a *ultima ratio* em razão da aplicação de penas que podem inclusive tolher um dos bens mais preciosos do homem: sua liberdade.

30 LEMES, Alexandre Barbosa. *Crimes previdenciários*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12888-12889-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Referências bibliográficas

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

_____. *Tratado de direito penal*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GURGEL, JB Serra e. *Evolução da previdência social*. Associação nacional dos Servidores da previdência social - ANASPS. Brasília: FUNPREV, 2008. Disponível em: <http://www.anasps.org.br/evolucao_historica_previdencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEMES, Alexandre Barbosa. *Crimes previdenciários*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12888-12889-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ revê distorção na aplicação do princípio da insignificância em descaminho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/STJ-corrige-distorção-na-aplicação-do-princ%C3%ADpio-da-insignificância-em-descaminho>. Acesso em: 18 ago. 2015.

Para além do dispositivo e da tríplice identidade: os novos limites da coisa julgada e a impossibilidade de novo pleito com base nos mesmos fundamentos já conhecidos e apreciados.



Tiago Bitencourt De David

Juiz Federal substituto da 3ª Região. Mestre em Direito (PUC-RS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha).

SUMÁRIO: Introdução. 1 – A crise da tríplice identidade. 2 – A expansão dos limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. Conclusão.

Introdução.

O presente ensaio tem por escopo abordar os limites objetivos da coisa julgada, mostrando como a segurança jurídica impõe que se extrapole a imutabilidade também a determinados aspectos da fundamentação, sob pena da mera modificação do pedido em uma segunda demanda revelar-se hábil a fraudar o resultado do processo anterior. Assim, busca traçar-se delimitação que promova, na prática, o respeito aos princípios do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais, sem que haja burla ao já assentado em julgamento anterior, respeitando-se a coisa julgada material e repudiando-se a tentativa de fraudá-la.

Para tanto, principia-se pela demonstração da insuficiência do critério da tríplice identidade, perpassam-se contribuições doutrinárias e jurisprudenciais e desemboca-se na análise do novo e promissor regime jurídico dado ao tema dos limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil (NCPC).

1 – A crise da tríplice identidade.

Na linha muito bem trilhada por Alexandre Freitas Câmara, Antonio do Passo Cabral,¹ Luiz Guilherme Marinoni, Sergio

¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105.

Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero,² pode-se dizer com tranquilidade que a tríplice identidade – de partes, causa de pedir e pedido – revela a existência de impedimento ao conhecimento da segunda demanda, pois assenta a ocorrência de coisa julgada. Entretanto, tal critério é um identificador mínimo para a aferição da coisa julgada, de forma que sempre que houver tríplice identidade haverá o óbice para a cognição, mas ainda haverá a impossibilidade de conhecer o pleito, mesmo ausente a identidade dos elementos do processo, também na hipótese na qual as partes e a causa de pedir seja a mesma, ainda que diversos os pedidos.³ Como bem asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

(...) é preciso perceber que, embora o critério da tríplice identidade tenha sido positivado entre nós, é possível ainda cotejar ações pelo critério da relação jurídica base para chegar-se à conclusão de que há litispendência ou coisa julgada entre duas ações sem que essas tenham as mesmas partes, causa de pedir e pedido. (...)

(...) Isso porque o critério fornecido pelos *tria eadem* pode ser insuficiente para resolver problemas atinentes à identificação e semelhança entre as ações em determinadas situações. Nesses casos, além de empregar-se o critério da tríplice identidade, pode-se recorrer subsidiariamente ao critério da relação jurídica base a fim de se saber se há ou não ação repetida em determinado contexto litigioso.⁴

Assim, a tríplice identidade é um critério, mas não o único, para a aferição do fenômeno da coisa julgada, pressuposto processual negativo que também existirá no caso de modificação do pleito anterior lastreado nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos. Sempre que houver a tríplice identidade haverá coisa julgada, mas nem sempre que houver coisa julgada, haverá tríplice identidade.⁵

Assim, não basta dizer-se que o pedido em uma demanda era um e nesta é outro – o que ainda resta dúvida no presente caso – devendo ser os fatos deste feito diversos daqueles já conhecidos na primeira demanda. Do contrário, teria de admitir-se que fatos assentados como inexistentes em uma demanda pudessem em outra ser debatidos simplesmente porque os pedidos veiculados nas ações judiciais são diversos, criando-se um nefasto sistema de burla à litispendência e à coisa julgada. Por isso, o STJ reconheceu a coisa julgada no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - EXCELETISTA - ATIVIDADE INSALUBRE - AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO - POSSIBILIDADE - COISA JULGADA EM RELAÇÃO A DETERMINADO PERÍODO REQUERIDO - RESTABELECIMENTO DA R. SENTENÇA MONOCRÁTICA.

1 - O servidor público que, quando ainda celetista, laborava em condições insalubres, tem o direito de averbar o tempo de serviço com aposentadoria especial, na forma da legislação anterior, posto que já foi incorporado ao seu patrimônio jurídico.

2 - Precedentes (REsp nºs 321.108/PB, 292.734/RS e 307.670/PB).

3 - Todavia, já tendo sido apreciado o período compreendido entre 12.07.76 a 28.06.91, através de mandado de segu-

2 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 183.

3 Apresentando aprofundado debate sobre o tema e com posicionamento diverso do aqui sustentado: TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 142-155.

4 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 183. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2015, p. 363.

5 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105.

rança apreciado pelo mérito, cuja decisão transitou em julgado, impossível sua reapreciação pela via eleita, uma vez que encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada. Correta, desta forma, a r. sentença monocrática que somente considerou o período de 17.12.74 a 11.07.76 e 01.09.91 a 28.02.95.

4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática em todos os seus termos.

(STJ, REsp 425.506/SC, Quarta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, j. 05/08/2003, DJ 13/10/2003)

Em outros julgados também pode ser percebida a atribuição de maior extensão ao fenômeno da coisa julgada e a insuficiência da tríplice identidade:

DIREITO E PROCESSO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009/90. QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO DESACOLHIDO.

I. Tendo sido decidida a inaplicabilidade da Lei nº 8.009/90 no acórdão de embargos de terceiro, não pode ser ela discutida novamente, sob pena de afronta à autoridade da coisa julgada.

II. Embora os motivos do julgamento não se revistam da condição de imutabilidade e indiscutibilidade, muitas vezes esses motivos nada mais são que questões levantadas pelas partes e decididas, sobre as quais incide a preclusão máxima.

(STJ, REsp 63.654/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24/10/1995, DJ 20/11/1995)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LABOR RURAL. COISA JULGADA. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.

1. Conforme preceitua o art. 130, CPC,

ao juiz compete dizer quais as provas que entende necessárias ao deslinde da questão, bem como indeferir aquelas que julgar desnecessárias ou inúteis à apreciação do caso.

2. A fim de se verificar a coisa julgada não se deve analisar apenas a parte dispositiva, mas o *decisum* como um todo. Dessa forma, é certo que faz coisa julgada o indeferimento do pedido de reconhecimento do tempo de serviço rural analisado naqueles autos, o qual é idêntico ao versado nestes. A procedência ou improcedência da demanda, independentemente dos motivos fáticos ou jurídicos versados na decisão, importa em resolução de mérito, fazendo, assim, coisa julgada material. Não há se falar, em ação desta natureza, em coisa julgada *secundum litis* e *secundum eventum probationis*.

3. A Lei nº 9.711/98 e o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 resguardam o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, ainda que posterior a 28/05/1998, observada, para fins de enquadramento, a legislação vigente à época da prestação do serviço.

4. Até 28/04/1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.

5. Comprovado o exercício de atividade especial, devem os períodos respectivos ser convertidos pelo fator 1,40 e somados aos interstícios campesinos observados, além dos intervalos já reconhecidos na órbita administrativa pelo INSS, o que assegura à parte autora o direito à concessão do benefício de aposentadoria integral, conforme opção mais vantajosa.

sa, a contar da data do requerimento administrativo.

(TRF4, AC 0009890-33.2013.4.04.9999, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 01/04/2014, DE 08/04/2014)

A coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença ou acórdão, e ainda o fato constitutivo do pedido (a causa petendi). As questões que se situam no âmbito da causa petendi, igualmente se tornam imutáveis, no tocante à solução que lhes deu o julgamento, quando essas questões se integram no fato constitutivo do pedido.

(TJ/SP, Apelação 55.477-2, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Salles Penteado, j. 29/03/1984)

Há muito Francisco de Paula Batista já havia notado a insuficiência da atribuição do estado de coisa julgada apenas ao dispositivo e da identificação do fenômeno mediante a tríple identidade. Por isso assim manifestou-se Paula Batista:

§ 167. A autoridade da *coisa julgada* é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos *objetivos*, e não abrange o que é simplesmente indicado em forma de enunciação.

(...)

§ 168. Na aplicação da autoridade da coisa julgada, não é necessário que a identidade do objeto seja absoluta ou integral, ou, como dizem os J. C. romanos, ela não deve ser entendida literalmente, bastando que o objeto da nova demanda seja parte integrante ou acessória do mesmo direito, sobre o qual fora estatuído o primeiro julgamento, ou esteja virtualmente compreendido nele. (...) ⁶

Na doutrina o que se vê aqui sendo defendido também vem sendo denominado como eficácia positiva da coisa julgada ou transcendência dos motivos determinantes.⁷ Traz-se à colação ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves *verbatim*:

(...) a imutabilidade da coisa julgada não se exaure em sua função negativa, compreendendo também uma função positiva, que diferentemente da primeira não impede o juiz de julgar o mérito da segunda demanda, apenas o vincula ao que já foi decidido em demanda anterior com decisão protegida pela coisa julgada material.

Como se nota com facilidade, a geração da função positiva da coisa julgada não ocorre na repetição de demandas em diferentes processos – campo para a aplicação da função negativa da coisa julgada –, mas em demandas diferentes, nas quais, entretanto, existe uma mesma relação jurídica que já foi decidida no primeiro processo e em razão disso está protegida pela coisa julgada. Em vez da teoria da tríple identidade, aplica-se a teoria da identidade da relação jurídica. Na função positiva da coisa julgada, portanto, inexistente obstáculo ao julgamento de mérito do segundo processo, mas nesse julgamento o juiz estará vinculado obrigatoriamente em sua fundamentação ao já resolvido em processo anterior e protegido pela coisa julgada material. Reconhecida como existente uma relação jurídica (por exemplo, paternidade) e sendo tal reconhecimento imutável em razão da coisa julgada, surgindo discussão incidental a respeito dessa relação jurídica em outra demanda (por exemplo, pedido de alimentos), o juiz estará obrigado a também reconhecê-la como existente, em respeito à coisa julgada.⁸

⁶ BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russell, 2002, p. 207 e 208.

⁷ Forma e denominação por meio das quais tal corrente vem sendo defendida no Supremo Tribunal Federal.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 496 e 497.

Na mesma linha é o vaticínio de José Roberto dos Santos Bedaque:

De qualquer modo, a influência da relação substancial é determinante na fixação dos limites objetivos, ao ver da doutrina italiana. Afirma-se, por exemplo, que, tratando-se de relações jurídicas complexas, a coisa julgada se estende sobre o contrato sempre que o direito deduzido em juízo seja parte de relação mais ampla. Toda ela seria abrangida pela imutabilidade.⁹

Note-se, ainda, que não apenas um autor renitente em relação ao resultado adverso pode tentar burlar a coisa julgada por meio de uma segunda ação, mas igualmente o réu que, condenado em um primeira demanda, ajuíze outra, de caráter meramente declaratório, buscando induzir em erro o Poder Judiciário para esquivar-se da obrigação contra si já reconhecida. Desse modo, ainda que seja mais comum a situação na qual o autor propõe uma segunda ação judicial lastreado nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos, apenas modificando o pedido, também é possível que o demandado sucumbente no primeiro pleito tente fraudar a coisa julgada material por meio da propositura de uma segunda demanda, almejando, na prática, tornar sem efeito o julgamento da primeira.

Assim, vê-se que a doutrina e a jurisprudência vêm, cada uma a seu modo, afastando-se do critério da tríplice identidade como único meio de aferição da existência da coisa julgada, reconhecendo-se a ocorrência da preclusão máxima ainda que ausente a

identidade de partes, causa de pedir e pedido.

2 – A expansão dos limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil.

No Novo Código de Processo Civil (NCPC - Lei Federal nº 13.105/2015) a questão foi muito bem resolvida, extinguindo-se a ação declaratória incidental e incluindo-se nos limites objetivos da coisa julgada as questões prejudiciais sobre as quais houve o debate e cognição judiciária. Para melhor compreensão da promissora disposição legal, veja-se a literalidade do artigo 503 do NCPC:



Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º. O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

- I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;
- II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
- III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º. A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Assim, restará inviabilizada a nova cognição do quanto já discutido e decidido anteriormente, ainda que para efeito de novo pedido. Desse modo, o NCPC expressamente inclui sob o manto da coisa julgada material a apreciação judiciária a respeito de todas aque-

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 143.

las questões que compunham a causa de pedir da demanda originária, vedando a cognição em uma segunda ação, indo bem além da exigência da tríple identidade e combatendo a comum e nefasta propositura de diferentes pleitos lastreados nos mesmos fundamentos (p. ex. determinado período de labor rural é invocado para aposentadoria por idade, sendo tal pleito rechaçado, pois não houve prova de que o autor realmente foi segurado especial, então, em uma segunda demanda, o mesmo autor narra novamente ter sido campesino, na mesma época já declinada na primeira ação, mas agora postulando outro benefício previdenciário, a saber, aposentadoria por tempo de contribuição, tentando, assim burlar a coisa julgada).

A previsão legal mostra claramente o que parcela mais atenta da doutrina já vinha sustentando, a saber, que a tríple identidade é só o começo da definição do âmbito de existência da coisa julgada. O sistema atual é absurdo e prestigia as manobras mais funestas e fraudulentas, sendo verdadeiramente incrível o quanto se fechou os olhos para isso.

É claro que se determinado período de labor rural foi apontado como causa de pedir e tal tempo não foi comprovado, então não se pode buscar novamente a apreciação do mesmo, apenas mudando o pedido. Se assim fosse, então primeiro o autor ingressaria com uma ação com pedido de aposentadoria por idade (rural), depois aposentadoria por tempo de contribuição, daí uma terceira demanda postulando aposentadoria por invalidez, etc.

Não será todo fato que será coberto pela imutabilidade da coisa julgada. Será somente o fato jurídico que puder ser, por si só, objeto de cognição judicial autônoma e sobre o qual tenha havido efetivo debate e expressa decisão.

O NCPC foi bem equilibrado ao prever que não bastará a natureza de questão prejudicial para que adentre os limites da coisa julgada, exigindo, ainda, intenso debate pelas partes e expressa decisão judicial a respeito.

Ora, se um tributo era devido, então o é, seja para efeitos de declaração de tal fato jurídico e respectivo dever de pagar o tributo, seja para efeitos de repetição de indébito, quando nada haverá a ser restituído, pois o adimplemento era devido.¹⁰

A novel codificação exclui da formação da coisa julgada as questões prejudiciais quando houver:

- a) revelia;
- b) decisão que não contemple expressamente a questão prejudicial;
- c) incompetência para a cognição da questão prejudicial em razão da matéria ou da pessoa
- d) restrição probatória ou cognição cortada (reduzida).

Os itens “a” e “b” contemplam a realização efetiva do contraditório e da ampla defesa, sujeitando as partes ao âmbito mais amplo de formação da coisa julgada somente quando se teve ciência do que realmente foi apreciado pelo Poder Judiciário, não podendo restar implicitamente decidido algo que virá a ter força de lei entre as partes.

Sobre o item “c”, Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹ oferece o excelente exemplo do reconhecimento da união estável dos réus em reclamatória trabalhista que implica na solidariedade obrigacional passiva para efeitos de pagamento das verbas trabalhistas ao empregado doméstico da residência, de modo que o enlace afetivo não terá eficácia de coisa julgada na medida em que o foro para a ação de união estável é o estadual comum – e não o federal trabalhista. O exemplo do doutrinador é excelente e por isso, em princípio, não se pode concordar com a decisão do STJ quando recusado aos autores provar a união

¹⁰ O resumo do exemplo foi na linha do vaticinado por Antonio do Passo Cabral (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105).

¹¹ *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 316.

estável do réu e de terceira pessoa para fins de responsabilização patrimonial.¹² O curioso no caso é se daqui a algum tempo os mesmos envolvidos buscarem o Judiciário para ver reconhecida a união estável para fim de meação, partilha de bens, pensão por morte, etc. Quando é para recusar-se o débito é interessante valer-se da informalidade da união estável e negá-la, já quando é do interesse de algum dos envolvidos comprovar o enlace, qualquer indício já é tido como prova insofismável do firme e eterno intento de constituir família... Isso, aliás, é corriqueiro em sede de BPC/LOAS, quando a pessoa jura que mora sozinha para obter o benefício assistencial que seria negado caso computada a renda do companheiro(a), sendo certo que depois da morte do parceiro(a) a pessoa correrá ao INSS e ao Poder Judiciário para dizer que sempre conviveu como se casados fossem, tudo em nome da pensão, ops... do amor...

Em relação ao item “d”, Cassio Scarpinella Bueno¹³ oferece dois felizes exemplos de impossibilidade de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, a saber, o mandado de segurança e a ação de consignação em pagamento. No *mandamus* somente admite-se prova documental; na ação de consignação em pagamento debate-se a *mora accipiendi* ou o justo motivo para a ausência de adimplemento na forma e modo aprazado.¹⁴

Conclusão.

Em suma, o critério da tríplice identidade é um instrumento que tem valor na definição da coisa julgada, mas está longe de ser o único a ser levado em conta no momento da aferição da impossibilidade de reconhecimento

da causa. Seu uso, isoladamente, possibilita uma grave fraude ao instituto da coisa julgada material, permitindo que se repita o pleito com ligeira modificação do pedido, gerando insuportável insegurança jurídica e submetendo o réu a defender-se duas vezes perante o que é na essência a mesma causa.

A doutrina e a jurisprudência já haviam censurado a odiosa repetição de demandas pautadas na mesma causa de pedir, reconhecendo o caráter fraudulento da reapresentação ao Poder Judiciário de questão já apreciada e assentada. Independentemente de chamar-se tal postura de doutrina da eficácia positiva da coisa julgada ou da transcendência dos motivos determinantes, fato é que a manobra espúria já vinha sendo denunciada e repelida pelas mentes mais atentas.

Agora, felizmente, o NCPC veio para pôr fim ao intento daqueles irresignados que não aceitam a derrota e valem-se de segunda demanda, mudando o pedido, com o desiderato de buscar o êxito já rechaçado. A cobertura das questões prejudiciais pelo manto da coisa julgada, independentemente de ação declaratória incidental (figura extinta na novel codificação), veio muito bem a calhar quando se precisa proteger o litigante leal, simplificando a forma de reconhecimento da coisa julgada quando do ajuizamento de ação que em sua causa de pedir na verdade repete outra já repelida.

12 A notícia está em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-06/credor-nao-pedir-reconhecimento-uniao-estavel-devedor>>. Entretanto, não tivemos acesso ao acórdão para compreender os exatos contornos do problema para o reconhecimento da união estável.

13 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

14 MARCATO, Antonio Carlos (Coord.) *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 2.601.

Bibliografia.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

_____; _____. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russell, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.) *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



Jurisprudência

Direito Administrativo



MANDADO DE SEGURANÇA

0054364-92.2003.4.03.0000

(2003.03.00.054364-0)

Impetrantes: ADRIANA CAMILLI DIAS MATOS E OUTROS

Impetrada: DESEMBARGADORA FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: MS 251636

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE VPNI E REMUNERAÇÃO INTEGRAL DE FUNÇÃO COMMISSIONADA OU CARGO EM COMISSÃO: IMPOSSIBILIDADE. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL AO SERVIDOR PARA DESCONTO EM FOLHA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo e. Desembargador Federal André Nabarrete, rejeitada.

2. Nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.472/92 (que dispunha sobre a composição e a competência do CJF), em vigor na época dos fatos, é obrigatória a observância das decisões do Conselho no âmbito da Justiça Federal. Referida lei foi posteriormente revogada pela Lei nº 11.798/98, que igualmente dispôs, em seu artigo 5º, parágrafo único, que o Conselho possui poder correicional e as suas decisões terão caráter vinculante, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

3. É obrigatório o cumprimento das decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal, bastando a mera comunicação individualizada do servidor acerca da adoção da medida pela autoridade administrativa competente, ausente, portanto, a alegada violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

4. O artigo 15, §2º, da Lei nº 9.421/96, vedou ao servidor, enquanto no exercício de função comissionada, a percepção da parcela da gratificação incorporada em razão da ocupação de função comissionada, salvo se optasse pela remuneração de seu cargo efetivo.

5. O artigo 3º, da Lei nº 8.911/94, foi revogado pela Lei nº 9.527/97, que também alterou a redação do artigo 62, da Lei nº 8.112/90, para excluir de seu texto a previsão de incorporação à remuneração do servidor da gratificação referente ao exercício de função de direção, chefia ou assessoramento.

6. O artigo 15, da Lei nº 9.527/97, extinguiu a incorporação da gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, bem como transformou em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI os valores pagos a título da referida incorporação. Em outras palavras, a Lei nº 9.527/97 extinguiu a incorporação dos “quintos”, mas garantiu o pagamento da importância até então paga a esse título como “vantagem pessoal nominalmente identificada”, ou seja, a parcela continuou a ser paga, para remunerar a função comissionada, mas sob outra denominação. Assim, embora sob denominação diferente, os valores relativos ao acréscimo remuneratório

devido pelo exercício de função comissionada continuaram a ser pagos, mas sem a duplicidade do pagamento, vez que afastada do cálculo a incidência sobre valor já incorporado no passado.

7. O E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a Lei nº 9.527/97 não revogou tacitamente o artigo 15, da Lei nº 9.421/96, de sorte que a proibição ali prevista ainda é aplicável ao caso dos autos.

8. Segurança denegada.

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, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, nos termos do voto do Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais TORU YAMAMOTO (em retificação), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum) (em retificação), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, LUIZ STEFANINI (em retificação), COTRIM GUIMARÃES e NELTON DOS SANTOS, vencidos os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, MAIRAN MAIA e NERY JÚNIOR, que acolhiam a preliminar. Quanto ao mérito, por maioria, o Órgão Especial decide denegar a ordem, nos termos do voto do Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais TORU YAMAMOTO, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, COTRIM GUIMARÃES e NELTON DOS SANTOS, vencidos os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE e LUIZ STEFANINI, que concediam a ordem.

São Paulo, 30 de março de 2016.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ADRIANA CAMILLI DIAS MATOS, LINNEU JARDIM BONAS JUNIOR, EMÍLIA GOMES DE SOUZA, MAURÍLIO ANTONIO ALVES e WILMA APARECIDA DO NASCIMENTO DO CARMO, todos funcionários do quadro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, lotados nos cargos de técnico judiciário ou analista judiciário, em face de ato praticado pela então Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou o cancelamento do recebimento cumulativo do valor integral das funções comissionadas ocupadas pelos impetrantes e da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), que substituiu os chamados “quintos”, previstos na Lei nº 8.911/94.

Os impetrantes alegam que receberam comunicado da Secretaria de Recursos Humanos por meio do qual foram informados de que, em obediência a acórdão proferido pelo Tribunal

de Contas da União, o Conselho da Justiça Federal - CJF decidiu que deveria ser efetivada opção por uma das duas verbas, com a devolução dos montantes eventualmente pagos a maior a partir de junho de 2003. Afirmam que o cumprimento da decisão pela autoridade impetrada acarretou perdas salariais aos impetrantes de aproximadamente R\$ 1.000,00 (um mil reais), em média.

Sustentam, em síntese, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da decisão, por ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, reguladora do procedimento administrativo. Aduzem que, quando a Administração Pública pretende a supressão de um direito do servidor, causando-lhe prejuízos (financeiros ou de outra ordem), é imprescindível, para a validade do ato, que ao mesmo lhe seja dada a oportunidade de defesa.

Requerem a concessão da segurança para determinar à autoridade impetrada a manutenção, a partir de setembro de 2003, do recebimento do valor integral das funções comissionadas ocupadas pelos impetrantes e da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), até que lhes seja assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa em processo administrativo, com a observância do devido processo legal.

A e. Desembargadora Federal Salette Nascimento, então relatora, determinou a correta indicação da autoridade coatora, o que foi atendido pelos impetrantes, sendo a petição recebida como emenda à inicial (fls. 79 e 81/85).

As informações foram prestadas pela então Presidente desta E. Corte, a e. Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel (fls. 90/94).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 98/102).

O feito foi a mim redistribuído por sucessão em 15 de junho de 2015.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Trata-se de ação mandamental impetrada em face de ato praticado pela então Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou o cancelamento do recebimento cumulativo do valor integral das funções comissionadas ocupadas pelos impetrantes e da VPNI.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo e. Desembargador Federal André Nabarrete, vez que os impetrantes sustentam a impossibilidade do cumprimento da decisão do Conselho da Justiça Federal - CJF pela Presidência deste E. Tribunal sem que lhes seja assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa em processo administrativo, com a observância do devido processo legal, o que deveria ocorrer no âmbito desta E. Corte.

Desta forma, é competente para figurar no polo passivo da impetração a então Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Evidencia-se a competência do C. Órgão Especial na espécie, nos estritos termos do artigo 11, parágrafo único, alínea “d”, do Regimento Interno desta E. Corte.

Observe a adequação da via eleita, vez que o mandado de segurança é ação de cunho

constitucional que tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Merece destaque, também, a lição de Hely Lopes Meirelles: “o objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal ou ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.” (*in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 25ª edição, Editora Malheiros, 2003, p.39).

Verifico, mais, a tempestividade do presente mandado de segurança, vez que o acórdão do Tribunal de Contas da União foi publicado em 10/06/2003, a decisão do Conselho da Justiça Federal foi proferida em sessão extraordinária realizada em 23/06/2003, o comunicado da Secretaria de Recursos Humanos foi encaminhado aos servidores em 26/06/2003 (fl. 57) e o presente feito foi impetrado em 03/09/2003. Assim, impetrado o mandado de segurança dentro do prazo decadencial previsto no artigo 23, da Lei nº 12.016/2009, a contar da ciência do ato impugnado.

No mérito, deve ser denegada a segurança.

No caso, não verifico ilegalidade ou abuso de poder no cumprimento da decisão proferida pelo Conselho da Justiça Federal pela então Desembargadora Federal Presidente desta E. Corte.

Como bem salientado nas informações prestadas pela autoridade impetrada, o ato administrativo impugnado teve sua origem em decisão proferida pelo CJF nos autos do processo administrativo nº 2001.16.0439, que decidiu pela impossibilidade do pagamento acumulado de cargo em comissão/função comissionada com a VPNI, com fundamento no paradigmático acórdão nº 582/2003, do Plenário do Tribunal de Contas da União, que teve sua gênese em consulta formulada pela Vice-Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da Presidência.

Nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.472/92 (que dispunha sobre a composição e a competência do CJF), em vigor na época dos fatos, é obrigatória a observância das decisões do Conselho no âmbito da Justiça Federal. Referida lei foi posteriormente revogada pela Lei nº 11.798/98, que igualmente dispôs, em seu artigo 5º, parágrafo único, que o Conselho “possui poder correicional e as suas decisões terão caráter vinculante, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.”

Esta E. Corte já pacificou o entendimento no sentido de que é obrigatório o cumprimento das decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal, bastando a mera comunicação individualizada do servidor acerca da adoção da medida pela autoridade administrativa competente, ausente, portanto, a alegada violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. LEIS 9.421/1996 E 9.527/1997. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA REMUNERAÇÃO INTEGRAL DE FUNÇÃO COMISSIONADA OU CARGO EM COMISSÃO COM A VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA. LEI Nº 8.472/92. POSIÇÃO PACÍFICA DO STJ.

(...)

3. A vantagem pessoal em questão, oriunda da extinção do adicional de 1/5 sobre a gratificação do cargo, cuja incorporação, prevista pela Lei 8.911/94, ocorria a cada doze meses de efetivo exercício nas funções de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, limitado a

cinco quintos, encontra-se delineada, nos termos do Art. 15 da Lei 9.527/97.

4. A Lei 9.421/96, por sua vez, em seu Art. 15, que tratou da incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função comissionada, estabeleceu, no § 2^a do citado artigo, que, enquanto estivesse no exercício de função comissionada, o servidor não poderia receber a parcela incorporada, salvo se optasse pela remuneração do cargo efetivo.

5. *Nos termos da Lei n° 8.472/92, parágrafo único, art. 5°, “As decisões do Conselho da Justiça Federal serão de observância obrigatória no âmbito da Justiça Federal”, razão pela qual, após a decisão do CJF dando pela impossibilidade do pagamento do valor integral da função comissionada com a VPNI, não havia outro caminho à Administração senão de dar cumprimento ao decidido.*

6. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que o advento da Lei n° 9.527/97 não constituiu revogação tácita do artigo 15 da Lei n° 9.421/96.

7. O objetivo do legislador, com a edição da Lei n° 9.421/96, era a vedação do recebimento cumulativo do valor referente ao atual exercício de função comissionada com parcela incorporada por ulterior exercício de função comissionada. Este entendimento foi conservado com a superveniência da Lei n° 9.527/97.

8. Apelação e remessa oficial providas. - destaquei.

(AMS 00027723220004036105, rel. Desembargador Federal Mauricio Kato, Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2015)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE VPNI E REMUNERAÇÃO INTEGRAL DE FUNÇÃO COMISSIONADA OU CARGO EM COMISSÃO: IMPOSSIBILIDADE. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL AO SERVIDOR PARA DESCONTO EM FOLHA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A impetrante foi devidamente cientificada da impossibilidade de percepção cumulativa da remuneração integral da função comissionada ou cargo em comissão com a VPNI, conforme decisão do Conselho da Justiça Federal em sessão de 23/06/2003, com efeitos a partir de 10/06/2003, data da publicação do acórdão do TCU - Tribunal de Contas da União.

2. Não prospera a alegação de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois esta Primeira Seção já se manifestou pela suficiência da comunicação individualizada ao servidor acerca da adoção, ante a obrigatoriedade de sua observância pela Administração, de medida que implicará no desconto de valores indevidamente pagos em razão da cumulação da VPNI, originária de quintos ou décimos incorporados, com o valor integral da função comissionada. Precedentes.

3. A impetrante sequer se insurge quanto à impossibilidade de cumulação da VPNI com função comissionada integral, limitando-se a argüir violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nem trouxe qualquer comprovação de existência de particularidades do caso concreto que o diferenciasse e pudesse afastá-lo do entendimento, já pacificado no Superior Tribunal de Justiça e nesta Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, no sentido da impossibilidade de cumulação da VPNI com a remuneração integral da função comissionada ou cargo em comissão.

4. Segurança denegada.

(MS 00198418720034036100, rel. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, Primeira Seção, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. QUINTOS INCORPORADOS. LEI N° 8.911/94. VANTAGEM PESSOAL NÃO IDENTIFICADA. LEI N° 9.527/97. VPNI. PAGAMENTO CUMULATIVO COM VALOR INTEGRAL DE FUNÇÃO COMISSIONADA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÕES DO TCU E CJF. APLICAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEI 8472/92. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AUSENTE.

I - O Tribunal de Contas da União, por decisão do Plenário, determinou que aos exercentes de cargo em comissão não poderia ser pago o valor integral da função acrescido da Vantagem Pessoal não Identificada - VPNI.

II - Tal orientação foi seguida pelo E. Conselho da Justiça Federal, que determinou que a partir da folha de pagamento do mês de julho de 2003 não mais se procedesse ao pagamento da VPNI cumulativamente com o valor integral da função comissionada, sendo, a partir de então recalculada a remuneração dos servidores que se encontrassem em tal situação.

III - Os impetrantes foram comunicados individualmente acerca da obrigatoriedade da adoção de tal procedimento, nos termos do art. Lei nº 8472/92, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à concessão da ordem.

IV - Segurança denegada, liminar cassada.

(MS 00601874720034030000, relª Desembargadora Federal Cecília Mello, Primeira Seção, e-DJF3 Judicial 2 DATA:06/05/2009 PÁGINA: 281)

No que tange ao recebimento cumulativo do valor integral de cargo em comissão/função comissionada e da VPNI, também não assiste razão aos impetrantes.

Estabelecia o artigo 3º, da Lei nº 8.911/94, em sua redação original:

Art. 3º Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1º Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Cargo de Direção - CD.

§ 2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo - FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

O artigo 15, §2º, da Lei nº 9.421/96, vedou ao servidor, enquanto no exercício de função comissionada, a percepção da parcela da gratificação incorporada em razão da ocupação de função comissionada, salvo se optasse pela remuneração de seu cargo efetivo, *verbis*:

Art. 15. Aos servidores das carreiras judiciárias, ocupantes de Função Comissionada, aplica-se a legislação geral de incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança.

(...)

§ 2º Enquanto estiver no exercício de Função Comissionada, o servidor não perceberá a parcela incorporada, salvo se tiver optado pela remuneração do seu cargo efetivo.

O artigo 3º, da Lei nº 8.911/94, foi revogado pela Lei nº 9.527/97, que também alterou a

redação do artigo 62, da Lei nº 8.112/90, para excluir de seu texto a previsão de incorporação à remuneração do servidor da gratificação referente ao exercício de função de direção, chefia ou assessoramento.

O artigo 15, da Lei nº 9.527/97, extinguiu a incorporação da gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, bem como transformou em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI os valores pagos a título da referida incorporação, nos seguintes termos:

Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º É assegurado o direito à incorporação ou atualização de parcela ao servidor que, em 11 de novembro de 1997, tiver cumprido todos os requisitos legais para a concessão ou atualização a ela referente.

Em outras palavras, a Lei nº 9.527/97 extinguiu a incorporação dos “quintos”, mas garantiu o pagamento da importância até então paga a esse título como “vantagem pessoal nominalmente identificada”, ou seja, a parcela continuou a ser paga, para remunerar a função comissionada, mas sob outra denominação.

Assim, embora sob denominação diferente, os valores relativos ao acréscimo remuneratório devido pelo exercício de função comissionada continuaram a ser pagos, mas sem a duplicidade do pagamento, vez que afastada do cálculo a incidência sobre valor já incorporado no passado.

O E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a Lei nº 9.527/97 não revogou tacitamente o artigo 15, da Lei nº 9.421/96, de sorte que a proibição ali prevista ainda é aplicável ao caso dos autos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. OPÇÃO PELO CARGO EFETIVO. VPNI. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO COMMISSIONADA INTEGRAL. LEIS Nº 9.421/1996 E 9.527/1997. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1073344/CE, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/03/2014).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. OPÇÃO PELO CARGO EFETIVO. VPNI. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO COMMISSIONADA INTEGRAL. LEIS NºS 9.421/1996 E 9.527/1997. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO.

1. “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ao servidor público, ocupante de cargo em comissão, optante pelo recebimento da remuneração do cargo efetivo, aí incluídas as parcelas denominadas Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas - VPNI, é vedada

a percepção de 100% da função comissionada mais a remuneração do cargo efetivo, não havendo falar em revogação tácita do artigo 15 da Lei nº 9.421/1996 pela Lei nº 9.527/1997” (AgRg no REsp 591.301/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 14/2/2006, DJ 13/3/2006). Precedentes.

2. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Superior Tribunal de Justiça se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Aplicação da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1104985/CE, Relator Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/08/2012)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER JUDICIÁRIO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. VPNI. LEIS Nº 9.421/96 E 9.527/97. FUNÇÃO COMISSIONADA. CUMULAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Conforme jurisprudência pacífica deste Pretório, é vedada a percepção das parcelas incorporadas correspondentes a Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI - cumulada com a retribuição integral pelo exercício de função comissionada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 42745/RJ, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/05/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. VPNI. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO COMISSIONADA INTEGRAL. LEIS Nº 9.421/96 E 9.527/97. IMPOSSIBILIDADE.

1. O servidor público, ocupante de cargo em comissão, optante pelo recebimento da remuneração do cargo efetivo, incluídas as parcelas denominadas Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas - VPNI, não pode perceber o percentual de 100% da função comissionada cumulada com a remuneração do cargo efetivo.

2. O objetivo do legislador, com a edição da Lei nº 9.421/96, era o de vedar o recebimento simultâneo do valor referente ao atual exercício de função comissionada com parcela incorporada por ulterior exercício de função comissionada. Este entendimento foi mantido com a superveniência da Lei nº 9.527/97, não sendo possível a percepção da VPNI acumulada com a retribuição integral da função comissionada exercida.

3. Destarte, o art. 15, § 2º, da Lei nº 9.421/96, não restou tacitamente revogado pela Lei nº 9.527/97, que extinguiu a incorporação dos denominados “quintos” e transformou as parcelas incorporadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI.

4. Precedentes: REsp 437.493/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/11/2008; REsp 639.224/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 19/3/2007; AgRg no Ag 585.112/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJe 18/4/2005; AgRg no Ag 598.865/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2005.

5. Agravo regimental desprovido.

(PRIMEIRA TURMA, AgRg no REsp 1203927/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 24/11/2010).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA ACÓRDÃO QUE DENEGOU A SEGURANÇA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. RECEBIDA COMO RECURSO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICÁVEL. VENCIMENTO DO CARGO EFETIVO E REMUNERAÇÃO DA FUNÇÃO COMISSIONADA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ARTS. 14 E 15, § 2º, DA LEI Nº 9.421/96. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.527/97.

1. Ante a aplicação do princípio da fungibilidade recursal e nos termos do que dispõe o art. 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a apelação interposta contra acórdão que denega segurança em última instância pode ser recebida como recurso ordinário.

2. As normas insertas nos arts. 14 e 15, § 2º, da Lei nº 9.421/96, que vedam a cumulação dos vencimentos do cargo efetivo com a remuneração da função comissionada, não foram tacitamente revogadas pela Lei nº 9.527/97, que transformou as parcelas incorporadas denominadas “quintos” em Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas VPNI, remanescendo, portanto, a expressa vedação legal. Precedentes.

3. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

(QUINTA TURMA, RMS 20333/RN, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 30/11/2009).

A Primeira Seção desta E. Corte também já se manifestou no mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - FUNÇÃO COMISSIONADA INTEGRAL E VPNI - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - NÃO REVOGAÇÃO DOS ARTS. 14 E 15, § 2º, DA LEI Nº 9.421/96 PELA LEI Nº 9.527/97. ORDEM DENEGADA. 1. “AS NORMAS INSERTAS NOS ARTS. 14 E 15, § 2º, DA LEI Nº 9.421/96, QUE VEDAM A CUMULAÇÃO DOS VENCIMENTOS DE CARGO EFETIVO COM A REMUNERAÇÃO DA FUNÇÃO COMISSIONADA, NÃO FORAM TACITAMENTE REVOGADAS PELA LEI Nº 9.527/97, QUE TRANSFORMOU AS PARCELAS INCORPORADAS DENOMINADAS ‘QUINTOS’ EM VANTAGENS PESSOAIS NOMINALMENTE IDENTIFICADAS - VPNI, REMANESCENDO, PORTANTO, A EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. PRECEDENTES” (RMS 20.333/RN, DJE 30.11.09, REL. MIN. LAURITA VAZ, STJ, 5ª TURMA). 2. ORDEM DENEGADA. SEM CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA (ARTIGO 25 DA LEI Nº 12.016/09 E SÚMULAS 105 DO STJ E 512 DO STF). CUSTAS *EX LEGE*.

(MS 256478, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2012).

Com tais considerações, REJEITO a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, DENEGO A SEGURANÇA.

Sem condenação em honorários advocatícios, conforme artigo 25, da Lei nº 12.016/09.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009699-47.2005.4.03.6102
(2005.61.02.009699-8)

Apelantes: FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SINHÁ JUNQUEIRA, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, ROBECA PARTICIPAÇÕES LTDA. E ISI PARTICIPAÇÕES LTDA.

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: AC 1694923

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/03/2016

EMENTA

DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE FUNDAÇÃO ALIENADO A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE ALVARÁ JUDICIAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - A alienação de bem imóvel de Fundação depende de autorização judicial, sendo nulo o negócio realizado sem o controle do Poder Judiciário.

II - Valor da indenização que não comporta reparo, sendo que o laudo oficial observou critérios sólidos e inquestionavelmente técnicos.

III - Readequação dos juros moratórios e compensatórios.

IV - Honorários advocatícios modificados para 0,5% (meio por cento) sobre a diferença entre o valor proposto inicialmente e a indenização fixada judicialmente.

V - Recursos do INCRA e das sociedades empresárias desprovidos. Recurso da Fundação e reexame necessário providos em parte.

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 parcial provimento ao recurso da Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira e ao reexame necessário, tido por interposto, e negar provimento às apelações de Robeca Participações Ltda. e outro e do INCRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Cuida-se de ação de desapropriação para fins de reforma agrária proposta pelo Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária - INCRA em face da Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira, tendo por objeto a transferência de domínio do imóvel da ré denominado "Fazenda da Barra" para sua utilização em reforma agrária. Fundamenta-se o pedido nos arts.

184 e seguintes da Constituição da República, nos arts. 18 e 20 da Lei nº 4.054-1964, na Lei nº 8.629-1993 e na Lei Complementar nº 76-1993, bem como no ato declaratório emitido por meio do Decreto de 29.12.2004 (publicado em 31.12.2004, p. 17, no Diário da União), que apontou o referido imóvel como sendo de interesse social para fins de desapropriação e reforma agrária.

Houve requerimento de liminar de imissão na posse do imóvel e apresentação do valor indenizatório que o autor entendeu devido. Postulou-se, ainda, a intimação do Ministério Público Federal, bem como das sociedades empresárias Robeca Participações Ltda. e ISI Participações Ltda., as duas últimas na qualidade de compromissárias compradoras do imóvel.

Sentença: Declarou, incidentalmente, a nulidade absoluta dos contratos de promessa de compra e venda do imóvel, celebrados entre a ré Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira e as sociedades empresárias Robeca Participações Ltda. e ISI Participações Ltda., estabelecendo que as últimas estão impedidas de qualquer intervenção no presente feito, bem como de receber qualquer parcela do valor da indenização. Deu procedência parcial ao pedido, para fixar o valor total da indenização em R\$ 51.990.359,62 (cinquenta e um milhões, novecentos e noventa mil, trezentos e cinquenta e nove reais e sessenta e dois centavos), que corresponde à soma dos valores da terra nua da zona rural (R\$ 16.265.697,51 [dezesesseis milhões, duzentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e noventa e sete reais e cinquenta e um centavos]), da terra nua da zona de expansão urbana (R\$ 35.505.048,00 [trinta e cinco milhões quinhentos e cinco mil e quarenta e oito reais]) e das benfeitorias não-reprodutivas (R\$ 219.614,11 [duzentos e dezenove mil seiscentos e quatorze reais e onze centavos]); condenou o INCRA ao pagamento de honorários que fixou em R\$ 20.000,00 (vinte mil) reais, tendo em vista que a autarquia foi sucumbente em maior extensão. Determinou que o valor relativo à terra nua será pago mediante TDAs, cabendo ao INCRA providenciar a expedição dos títulos suficientes para complementar os já lançados, conforme o demonstrativo de fl. 99 dos presentes autos e, no tocante ao valor relativo às benfeitorias, determinou que deverá ser quitado mediante o levantamento (parcial) do montante depositado nos autos pelo INCRA no início da demanda. Ressaltou que nada impede que esse levantamento seja feito, tendo em vista que o montante fixado pelo laudo judicial é inferior a 80% do valor estipulado pelo INCRA na inicial, bem como destacou que o valor da indenização da terra nua será acrescido de juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano, cujo termo inicial será a data da imissão na posse e a base de cálculo a diferença entre os valores indenizatórios fixados na sentença e 80% do valor ofertado a tal título pelo INCRA na inicial.

Determinou quanto ao termo final, para o caso da indenização mediante títulos (terra nua), que será o trânsito em julgado da sentença. Com relação aos juros moratórios, destacou a r. sentença como sendo de 6% (seis por cento) ao ano, aplicáveis exclusivamente ao valor da terra nua, incidindo somente se houver a extrapolação do prazo para resgate (títulos).

Apelação do Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária - INCRA às fls. 2.289.

Apelação da Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira e das empresas Robeca Participações Ltda. e ISI Participações Ltda. às fls. 2.370.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta Corte.

Houve Parecer do Ministério Público Federal às fls. 2.450, no sentido do desprovimento do recurso do INCRA e do provimento parcial dos recursos da Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira e outros.

É o breve relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Bate-se o apelo da Fundação Sinhá Junqueira (e das empresas acima mencionadas) na tese de que o ato jurídico anteriormente praticado - consistente na realização de uma Promessa de Venda e Compra da denominada “Fazenda da Barra”, pertencente à Fundação para as empresas Robeca Participações Ltda. e I.S.I. Participações Ltda., na mesma data, ou seja, em 18.07.2000 (fls. 82/122) - tratar-se-ia de um ato anulável, eis que a falta de autorização judicial para a citada alienação poderia ser suprida posteriormente, e assim, sanado o vício que o macula.

Em que pese a douta argumentação do apelante, não é dessa ótica que se posiciona a doutrina e a jurisprudência pátrias.

É que as *fundações*, como no caso, são entidades de direito privado com fim altruístico, dotadas de personalidade jurídica, administradas segundo as determinações de seus fundamentos e criadas por vontade de um instituidor, designando um patrimônio no ato da sua constituição.

Sua finalidade *social* desponta nestas pessoas jurídicas, assim definidas por Caio Mário: “É a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico, e realizar as finalidades a que visou o seu instituidor”.

Nosso ordenamento jurídico atribui ao *Ministério Público* a função de controle e fiscalização daquelas, por meio de Curadorias especiais, que têm por atribuições a aprovação dos estatutos fundacionais, deferimento das contas relativas aos exercidos financeiros, análise da gestão dos administradores, realização de auditorias, entre outras.

Nesse contexto expresse, regra o art. 66 do Código Civil que o Ministério Público *velará* pelas fundações, no sentido de vigilância e de guarda.

Dada a conotação essencial das fundações, merecedora de proteção pelo órgão ministerial, seu *patrimônio* sofrerá idêntica proteção, posto que fora anteriormente disposto e destinado ao serviço da filantropia. Desta sorte, o patrimônio é o *garantidor* da finalidade social precípua das fundações.

Sendo garantidor das finalidades sociais da fundação, não poderá ser disponibilizado sem a participação do Estado, neste caso o *Estado-juiz*, com a devida manifestação daquele órgão ministerial, o qual tem por missão jurídica a vigilância (art. 62).

Mas a atribuição ministerial não inclui a autorização para alienação do patrimônio fundacional, pois estaria neste caso, *exorbitando* seu *munus publicum*, de caráter exclusivamente fiscalizatório, acabando por suprimir a manifestação do Poder Judiciário.

No caso concreto, observa-se que até o presente momento não houve autorização judicial para venda da “Fazenda da Barra”, sendo que nosso sistema jurídico adota critério formalista quando se trata de transferência do domínio imóvel, exigindo-se, sempre, o respectivo registro público para tanto.

Em se tratando de bens de *fundações*, pois, o controle haverá de ser mais rigoroso, dada a finalidade social típica a que se destina.

Por outro vértice, o negócio jurídico realizado entre a Fundação Sinhá Junqueira e as empresas compradoras pode ser questionado segundo o plano de *validade* estabelecido para sua eficácia.

Em verdade é considerado nulo o ato quando há falta de um requisito de forma ou solenidade essencial à sua formação, que pode ser prescrito pela norma ou não.

Nas palavras de San Tiago Dantas, sempre que um requisito é posto a um ato por um interesse nitidamente de ordem pública, e não de particular, a falta daquele requisito faz anular o ato (Programa de Direito Civil, Ed. Rio, 1979).

No caso em espécie estamos diante de um interesse rigorosamente público, considerando que os bens imóveis de uma fundação passam a integrar a classe de bens inalienáveis após sua destinação, eis que vinculados diretamente ao fim a que se destina.

Dessa maneira, somente por autorização *judicial* poderiam ser alienados a terceiros interessados, depois de devida manifestação ministerial.

Em caminho paralelo, *Caio Mário* considera que a *nulidade*, para ser reconhecida e declarada, não precisa se pautar em ato que venha a violar determinação ou exigência expressa da lei, podendo ocorrer, também, quando o ordenamento jurídico é ofendido *implícita ou virtualmente* (Instituições, Ed. Forense, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou Recurso da própria Apelante - Fundação Sinhá Junqueira - em Mandado de Segurança nº 7.441-SP, no qual incorporou entendimento de Pontes de Miranda, no sentido de que “Os bens da Fundação, que não sejam destinados à alienação, são inalienáveis, por implícita ou explícita cláusula do ato fundacional” (STJ, Rec. Mandado de Segurança, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, jul. 14.10.96).

Nesta decisão, reforça a Superior Corte a compreensão de que os bens que integram as Fundações estão fora do comércio, os quais, para serem alienados, exigem competente autorização judicial, donde a atividade judicial se esgota com a autorização da venda.

O próprio Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 2.450, colaciona diversos precedentes, seja de Tribunais Superiores ou de diversos Tribunais locais, do qual destacamos o seguinte *decisum* do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Para a validade da alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que se suprimida acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público - sob a forma de participação do Estado-Juiz, mediante autorização judicial - é de ser exigida. (STJ, REsp 303.707-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15.4.2002).

Como se observa, verifica-se a efetiva *nulidade* do ato negocial na ausência de tal solenidade, o que sucedeu no caso presente, não se tratando, como quer a Apelante, de mero defeito no interesse privado.

Sendo assim, mantenho a decisão de *nulidade* em relação ao negócio jurídico efetivado entre as partes acima descritas - Promessa de Compra e Venda de fls. 100 a 120 dos autos - afastando qualquer pretensão de indenização em relação às compromissárias-compradoras, as quais deverão se socorrer de meios judiciais próprios para satisfação de sua demanda.

Quanto ao *valor* da indenização suscitado pelas Apelantes, entendo que deverá prevalecer o laudo pericial oficial, eis que baseado em critérios sólidos e inquestionavelmente técnicos, através de metodologias e premissas corretas adotadas.

De fato, para a fixação do valor da terra nua, a perícia oficial utilizou elementos de pesquisa relativa à parte considerada rural com base em avaliação de pelo menos outros sete (07) imóveis rurais na região de Ribeirão Preto, onde se situa a Fazenda.

Tais critérios foram minuciosamente descritos na sentença recorrida, considerando diversos fatores para fins de cálculos, reportando-me aos elementos detalhadamente explicitados na sentença, utilizando-se a perícia de dados reais para a especificação e diferenciação de áreas de zona rural e de expansão urbana, para aferição dos respectivos valores de avaliação, considerando, também, o que foi apurado para fins de benfeitorias não-reprodutivas (fls. 2.122 e segs).

Assim sendo, mantenho integralmente os valores estabelecidos na sentença para fins de indenização quanto à terra nua da zona rural (R\$ 16.265.697,51), assim como em relação à terra nua da zona de expansão urbana (R\$ 35.505.048,00), e também quanto às benfeitorias não-reprodutivas (R\$ 219.614,11).

No que tange aos juros compensatórios, é certo que estes são devidos a partir da consumação do desapossamento, aplicando-se o entendimento da *Súmula 408 do STJ*:

Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/6/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 618 STF: Na desapropriação direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano.

No que toca aos juros moratórios, a Súmula nº 70 do Superior Tribunal de Justiça reza que, na desapropriação direta ou indireta, “contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”, conforme fixado pelo MM. Juízo *a quo*.

Esse entendimento jurisprudencial, porém, resta superado pela superveniência da Medida Provisória nº 2.183-56, de 24.08.01, que, ao incluir o art. 15-B ao Decreto-lei nº 3.365/41, instituiu novo termo inicial dos *juros moratórios*: “1º de janeiro de exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição” (STJ, REsp nº 1118103, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24.02.10, nos termos do art. 543-C do CPC).

Quanto à verba *honorária*, trago entendimento pacificado por esta Corte Federal:

É pacífico o entendimento dos Tribunais superiores de que o valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo art. 27, § 1º do decreto-lei nº 3.365/41, qual seja, entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente e a indenização imposta judicialmente (REsp nº 111.4407, submetido ao regime de recursos repetitivos no STJ). Dentro desses limites, o magistrado deve fazer uma ponderação, conforme os critérios estabelecidos no artigo 20 do CPC. No caso em apreço, verifica-se que os honorários advocatícios fixados em 5%, atende à natureza e à importância da causa, considerada sua complexidade, o local de prestação do serviço profissional, e o grande lapso temporal já transcorrido, não se revelando exorbitante. 7. Apelação e reexame necessário a que se nega provimento.

Assim, modifico o critério para fixação da verba honorária fixada na sentença, estabelecendo tal valor para 0,5% (meio por cento) sobre a diferença entre o valor proposto inicialmente e a indenização imposta judicialmente, nos termos acima fundamentados, considerando, destarte, todos os aspectos jurídicos que são trazidos pelo art. 20 do CPC, como a dedicação dos trabalhos profissionais e o zelo demonstrado.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao Apelo da desapropriada, tão somente no que tange à verba honorária, e ao reexame necessário, tido por interposto, para readequar os

juros moratórios e compensatórios, bem como *nego provimento* aos recursos do INCRA e das sociedades empresárias.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001664-16.2006.4.03.6118

(2006.61.18.001664-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: ALCIDES MILTON DA SILVA JUNIOR

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AMS 311989

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2016

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MILITAR. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DE CANDIDATO BENEFICIADO POR DECISÃO JUDICIAL. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO EDITAL DO CONCURSO. PROMOÇÃO DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO, COM ÊXITO, DE CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. CONSEQUÊNCIA LÓGICA. RAZOABILIDADE. REMESSA OFICIAL E RECURSO INTERPOSTO PELA UNIÃO FEDERAL DESPROVIDOS.

1. É defeso à Administração Pública tratar de modo diferenciado e discriminatório o candidato, civil ou militar, que obtém o direito à participação nas etapas posteriores de concurso público em razão de decisão judicial.
2. Destarte, decretada a nulidade do ato que excluiu o candidato do concurso, deve a Administração dispensar tratamento equânime ao candidato em relação aos demais, em todas as etapas subsequentes.
3. Constando do edital de abertura do concurso que a sua conclusão, com aproveitamento, determinará a promoção do candidato à graduação de terceiro-sargento, com sua inclusão no quadro de suboficiais e sargentos da aeronáutica (QSS), tal regra vincula tanto o candidato quanto a Administração, não se mostrando lícita a negativa de promoção do impetrante, que teria concluído o curso de formação com aproveitamento, tão somente em razão de ter sido beneficiado por decisão judicial na fase inicial do concurso.
4. A interpretação de que a pretensão do impetrante em participar das demais etapas do concurso seria um fim em si mesmo se mostra desprovida de razoabilidade e não merece prosperar.
5. Cumpre consignar que da simples leitura da consulta processual eletrônica e inteiro teor de acórdão colacionados às fls. 200/204, depreende-se que a sentença concessiva de segurança proferida no mandado de segurança 2004.70.00.033846-8 foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região e teve baixa definitiva na Seção Judiciária de origem em 09/08/2006, o que afasta as alegações de precariedade da decisão inicialmente proferida.
6. Remessa oficial e recurso interposto pela União Federal desprovidos.

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 recurso e a remessa oficial, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Remessa Oficial e Recurso de Apelação interpostos em Mandado de Segurança impetrado por Alcides Milton da Silva Júnior contra ato do Comandante da Escola de Especialistas da Aeronáutica e do Diretor da Diretoria de Administração de Pessoal da Aeronáutica - DIRAP, que negaram ao impetrante o direito de ser promovido à graduação de terceiro sargento e incluído no quadro de suboficiais e sargentos da aeronáutica, na especialidade que realizou o curso.

Afirma o impetrante que, após ingressar no curso de formação de sargentos da aeronáutica, teria sido sumariamente excluído do certame pelo Senhor Comandante da Escola de Especialistas da Aeronáutica, sob o fundamento de que não teria comparecido a uma das concentrações estabelecidas em edital.

Informa que, inicialmente, impetrou mandado de segurança contra a decisão proferida pelo Comandante da Escola de Especialistas da Aeronáutica, tendo obtido decisão favorável, para que prosseguisse no certame.

Cumprida a decisão judicial, aduz que foi aprovado em todas as etapas do concurso de admissão e, após, matriculou-se efetivamente no curso de formação de sargentos, concluindo com êxito todas as suas etapas.

Alega que, em contato pessoal com a comissão de formatura, tomou conhecimento de que havia se formado, porém, não receberia a promoção/graduação devida, uma vez que a decisão judicial inicialmente proferida garantiria tão somente a sua matrícula no devido curso, mas não a sua promoção/graduação a terceiro sargento, com a inclusão no quadro de suboficiais e sargentos da aeronáutica.

Diante de tais circunstâncias impetrou o presente mandado de segurança para que fosse garantido o seu direito à promoção e inclusão no quadro de sargentos e suboficiais da aeronáutica.

O pedido liminar foi deferido pela decisão de fls. 109/110.

A r. sentença julgou procedente a ação, concedendo a segurança para determinar que as autoridades impetradas “assegurem e providenciem, no âmbito da competência legal de cada uma, a participação do impetrante na solenidade de formatura e a sua promoção, se aprovado no Curso de Formação de Sargentos, CFS - Turma ‘B’ 1/2005, entregando-lhe a insígnia correspondente, bem como lhe assegurando o pagamento de todas as vantagens econômicas decorrentes de sua formatura(..)” (fls. 197/198).

Apela a União Federal (fls. 221/229), requerendo a reforma da decisão proferida em

primeiro grau, sob o fundamento de que:

1) a decisão proferida no mandado de segurança 2004.70.00.033846-8 somente conferiu ao apelado a possibilidade de participar das demais etapas do concurso, inexistindo qualquer menção que possibilitasse sua eventual promoção ao posto de terceiro-sargento;

2) nos termos do parecer nº 175 da Consultoria Jurídico-Adjunta da Aeronáutica, o ato promocional não consiste em consectário lógico da conclusão, com êxito, do Curso de Formação, razão pela qual a Diretoria de Pessoal sempre se recusaria a efetuar a promoção daqueles que ingressaram em curso com base em ordens judiciais, exceto quando houver ordem judicial expressa para referida promoção ocorra;

3) a ordem judicial que permitiu ao apelado frequentar o curso teria caráter provisório, uma vez que não teria ocorrido o trânsito em julgado, razão pela qual não poderia gerar o direito líquido e certo à nomeação e posse, que possui caráter permanente, o que determinaria a extinção do presente feito em razão de ausência de condição especial da ação constitucional;

Com as contrarrazões (fls. 235/240) vieram os autos a essa Egrégia Corte Regional, onde o Ilustre Representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovisionamento da apelação (fls. 251/252).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Inicialmente, cumpre ressaltar que a segurança concedida em razão do mandado de segurança 2004.72.00.014435-6, que permitiu ao ora apelado participar em todas as etapas do concurso de admissão ao curso de formação de sargentos, não possui o condão de interferir nas relações jurídicas posteriores, decorrentes da conclusão, com aproveitamento, do citado curso.

Com efeito, é defeso à Administração Pública tratar de modo diferenciado e discriminatório o candidato, civil ou militar, que obtém o direito à participação nas etapas posteriores de concurso público em razão de decisão judicial, como já decidido por essa Egrégia Corte Regional, in verbis:

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. INGRESSO EM CONCURSO POR MEIO DE LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE CANDIDATO “SUB JUDICE”. DIREITO A REALIZAR INSPEÇÃO DE SAÚDE. 1. A segurança pleiteada nesta ação visa apenas garantir ao impetrante o direito de receber o mesmo tratamento que recebem os outros integrantes do serviço militar, independentemente de ter sido admitido em virtude de decisão judicial. 2. A só circunstância de o Apelado encontrar-se em situação “sub judice” não é fundamento razoável para impedi-lo de realizar inspeção de saúde que lhe garantiria a participação no quadro de acesso da promoção de 2º Sargento. Precedentes. 3. Quanto às possíveis “consequências negativas” que a aprovação do impetrante poderia trazer a ele próprio e ao exército, o impetrante tem consciência de que está nas Forças Armadas por força de decisão liminar e cabe a ele decidir a que tipo de incerteza deseja se submeter. 4. Além disso, não se pode admitir que a afirmação genérica de “consequências negativas” afaste o exercício de um direito que o impetrante possa ter - direito a ser reconhecido definitivamente em outro mandado de segurança por ele impetrado. 5. Finalmente, deve ser

rejeitado o argumento da União de que o impetrante deveria ser preterido porque é alguém que “à custa de liminares e demais artifícios jurídicos, no que pesem três decisões judiciais contrárias, matriculou-se, formou-se e graduou-se”. Ao procurar a Justiça, o impetrante apenas procurou a garantia de seus direitos, o que não autoriza que lhe seja feita nenhum tipo de reprovação e, muito menos, que lhe seja imposta qualquer espécie de sanção. 6. Agravo legal a que se nega provimento. (AMS 00028485620104036121, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. PRETERIÇÃO. ESTABILIDADE. TEMPO PRESTADO SOB ABRIGO DE LIMINAR. CONTAGEM. POSSIBILIDADE. *Caso em que foi verificada a preterição do autor na matrícula para o Curso de Formação. Reconhecido o direito do autor a participar do Curso de Formação, incumbe à administração militar, a partir daí, dar ao candidato e ao aluno o mesmo tratamento conferido aos demais, efetuando sua matrícula e o incluindo em todas as etapas subsequentes ao concurso se nele aprovado, bem como assegurando, em caso de aprovação no curso, sua diplomação e formatura. É assegurada aos praças militares temporários a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial. Apelação da União a que se nega provimento. (AC 00005581920064036118, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)*

Destarte, decretada a nulidade do ato que excluiu o candidato do concurso, deve a Administração dispensar ao candidato tratamento equânime em relação aos demais, em todas as demais etapas subsequentes.

Nesses termos, constando do edital de abertura do concurso que a sua conclusão, com aproveitamento, determinará a promoção do candidato à graduação de terceiro-sargento, com sua inclusão no quadro de suboficiais e sargentos da aeronáutica (QSS), tal regra vincula tanto o candidato quanto a Administração, não se mostrando lícita a negativa de promoção do impetrante, que teria concluído o curso de formação com aproveitamento, tão somente em razão de ter sido beneficiado por decisão judicial na fase inicial do concurso, ou porque a referida decisão judicial não teria consignado expressamente o seu direito à promoção caso aprovado.

Sobre a necessária vinculação da Administração Pública às normas previstas no edital, transcrevo as seguintes decisões jurisprudenciais:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ESPECIALISTA EM EDUCAÇÃO- TECNÓLOGO EM INFORMÁTICA EDUCATIVA. CANDIDATOS COM FORMAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NO EDITAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o edital é a lei do concurso, pois suas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos. Assim, o procedimento do concurso público fica resguardado pelo princípio da vinculação ao edital. 2. (...)5. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:(AROMS 201400842257, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/11/2014 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA JUDICIÁRIO. PROVA DE TÍTULOS. CERTIFICADO DE ESPECIALISTA. FALTA DE DATA DA OBTENÇÃO. REGRA DO EDITAL. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1(...). 3. “A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos” (AgRg no RMS 35.941/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques,

Segunda Turma, DJe 3.9.2012). Recurso ordinário improvido. ..EMEN:(ROMS 201401105455, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/08/2014 ..DTPB:.)

Outrossim, a interpretação de que a pretensão deduzida em Juízo pelo impetrante, de participar das demais etapas do concurso, seria um fim em si mesmo se mostra desprovida de razoabilidade e não merece prosperar, como bem ressaltado pelo Ilustre Representante do Ministério Público Federal, perante essa Corte Regional, em seu parecer de fls. 251/252, do qual transcrevo o seguinte excerto, *in verbis*:

(...)

Improcede a alegação da apelante, uma vez que não há sentido em se considerar a participação do apelado no curso como um fim em si mesmo, consistindo em uma consequência lógica da sua participação no curso e a sua promoção.

Desta forma, afere-se que o referido Mandado de Segurança conferiu ao recorrido o direito de frequentar o Curso de Formação de Sargentos, bem como, a sua formação e promoção ao cargo de Terceiro Sargento da Aeronáutica, uma vez obtido o aproveitamento necessário, fato esse ocorrido *in casu*.(...) (fls. 252)

Por fim, cumpre consignar que da simples leitura da consulta processual eletrônica e inteiro teor de acórdão colacionados pelo Juízo de Primeiro Grau às fls. 200/204, depreende-se que a sentença concessiva de segurança proferida nos autos do mandado de segurança 2004.70.00.033846-8, já foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região e teve baixa definitiva na Seção Judiciária de origem em 09/08/2006, o que afasta as alegações de precariedade da decisão inicialmente prolatada.

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial e ao Recurso Interposto pela União Federal, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0014233-98.2009.4.03.6100

(2009.61.00.014233-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelada: VP SILVEIRA E CIA. LTDA. - ME

Parte Ré: GERSON CARLOS DOS SANTOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 328874

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2016

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE - DESCUMPRIMENTO DE REGRA DO EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE FISCAL NO MOMENTO DA ABERTURA DOS ENVELOPES - FORMALISMO EXCESSIVO NÃO CARACTERIZADO - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDOS

1 - O edital de licitação tem força de lei e vincula os atos e contratos, devendo ser fielmente obedecido.

2 - A impetrante tinha conhecimento de que o prazo de validade do certificado de regularidade fiscal venceria antes da abertura dos envelopes.

3 - Não obstante, há previsão no edital, no item 7.3.6.2.2.4, sobre a prova da situação regular do participante através da apresentação do Certificado do FGTS, dentro de seu prazo de validade.

4 - Dessa forma, a exigência de CRF válida no momento da abertura dos envelopes não constitui formalismo excessivo, apenas cumprimento às regras do edital, bem como comprovação de idoneidade do licitante.

5 - Apelação e remessa oficial providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e do voto que integram o julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2016.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela impetrada contra sentença que concedeu a segurança para declarar a nulidade do ato que inabilitou a impetrante na concorrência 66/2008, referente ao processo licitatório 7076.001.2934.0/2008, bem como para

declarar a impetrante habilitada em relação à exigência do item 7.3.6.2.2.4 do edital, com a ressalva à autoridade impetrada a análise dos demais critérios necessários à declaração do concorrente vencedor para o item 97 do anexo I do edital.

O objeto do mandado visa à declaração de nulidade do ato que inabilitou a impetrante na concorrência 66/2008, em virtude de apresentação de Certificado de Regularidade Fiscal com data de validade expirada no dia da abertura dos envelopes.

Sobreveio sentença concedendo a segurança sob o fundamento de que o edital de concorrência exigia apenas a apresentação do envelope, de forma que a CRF era absolutamente válida, pelo que restou cumprida a exigência do ato convocatório.

Irresignada, apela a CEF alegando que o mérito das decisões administrativa são insuscetíveis de apreciação judicial, posto que a discussão acerca da habilitação pertence ao âmbito discricionário do administrador.

Sustenta que, ainda que a entrega de documentos não faz parte da habilitação, mas sim no momento da entrega das propostas, a impetrante tinha conhecimento que o certificado venceria na data da abertura dos envelopes, pelo que agiu de má fé.

Apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

O cerne da controvérsia diz respeito à inabilitação da impetrante na participação da concorrência 66/2008, referente ao processo licitatório nº 7076.001.2934.0/2008, bem a exigência do item 7.3.6.2.2.4 do edital, que diz respeito à regra de comprovação do Certificado de Regularidade Fiscal.

Compulsando os autos, verifico a exigência de apresentação do certificado constante no item 7.3.6.2.2.4, que assim dispõe:

7.3.2.2.4 - Prova de situação regular perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS (Lei 8.036/30) através de apresentação do CRF - Certificado do FGTS, dentro do seu período de validade.

A Constituição Federal determina que a Administração Pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do artigo 37). Além disso, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes (inciso XXI do artigo 37).

O edital de licitação tem força de lei e vincula os atos e contratos, devendo ser fielmente obedecido. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraído do princípio do procedimento formal. Dentre as principais garantias, destaca-se a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo, previstos no artigo 3º da Lei 8.666/93:

Artigo 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do de-

envolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se desobedecidas, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Dessa forma, a exigência de Certidão de Regularidade do FGTS válida no momento da abertura dos envelopes não constitui formalismo excessivo, mas, apenas, cumprimento às regras do edital, bem como comprovação de idoneidade do licitante.

Nesse sentido, trago à colação arestos jurisprudenciais:

ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LICITAÇÃO - PERMISSÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE LOTERIAS FEDERAIS - LICITANTE VENCEDOR - PESSOA FÍSICA - PROVA DE REGULARIDADE RELATIVA À SEGURIDADE SOCIAL - INEXISTÊNCIA - LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA - SOBRESTAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - MANUTENÇÃO

1 - Não se mostra “desarrazoável” a exigência de comprovação da regularidade fiscal perante o INSS para as pessoas físicas licitantes, já que além de tal exigência servir para aferição da idoneidade dos licitantes que pretendem contratar com a Administração Pública, o edital confeccionado pela própria agravante e a Lei 8.666/93 não eximem as pessoas físicas de apresentação da documentação prevista no item 7.2.2.3 e no artigo 29, respectivamente, dos referidos atos normativos.

2 - “In casu”, demonstrada a irregularidade quanto ao pagamento das contribuições sociais por parte da licitante vencedora, eis que contra ela existem duas execuções fiscais de 95.00.01115-8 e 95.00.01234-0, ajuizadas pelo INSS, consoante certidão constante nos autos, inexistente, pois, o “fumus boni iuris” a respaldar a reforma da decisão liminar proferida em primeiro grau que determinou a suspensão do procedimento licitatório.

3 - Agravo de instrumento improvido.

(TRF5, AG 2009/5000143000, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, publicado em 14/1/2010).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - LEILÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - REQUISITOS DE PARTICIPAÇÃO - DOCUMENTOS EXIGÍVEIS PARA AFERIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA, DA IDONEIDADE FINANCEIRA E DA REGULARIDADE JURÍDICA E FISCAL DOS LICITANTES - I - A sentença concessiva da segurança é submetida ao reexame necessário, nos termos do parágrafo único o artigo 12 da Lei 1.533/51, não se aplicando ao procedimento especial do “mandamus” a regra do artigo 475 do Código de Processo Civil. II - Nos termos do § 10 do artigo 2º da Lei 10.848/2009, as licitações para a contratação de energia elétrica serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no artigo 3º-A da Lei 9.427/96, com a redação dada por esta lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Nestes termos, a impetração foi dirigida corretamente em face da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e também em face do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, sucedido pela CCEE, já que é esta última quem procede ao leilão objeto destes autos e quem deverá cumprir eventual ordem emanada desta impetração. III - Remanesce o interesse de agir da impetrante, tendo em vista que sua participação no noticiado leilão deveu-se, somente,

à concessão da liminar pleiteada nestes autos, sendo direito da impetrante a apreciação da matéria de fundo debatida no “writ”. IV - Os critérios de aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal dos licitantes, conforme o “caput” do artigo 2º da Lei 10.848, de 15/3/2004, combinado com o artigo 20, “caput” e inciso V do Decreto 5.163, de 30/7/2004, devem observar as regras gerais de licitações e concessões contidas na Lei 8.666/93, artigos 28, 29 e 31. V - O certame em questão nestes autos é um leilão para compra de energia elétrica proveniente de empreendimento de geração existente, do qual somente podem atuar como participantes os agentes autorizados a operarem na geração, importação ou comercialização (vendedores) e na distribuição (compradores) de energia (item 3 a 3.2 do Edital), tratando-se de atividade que somente pode ser exercida mediante concessão, permissão ou autorização do poder público através da ANEEL e desde que atendidas as exigências legais e regulamentares específicas do sistema elétrico nacional. VI - Daí porque nenhuma irregularidade há em se exigir a comprovação da habilitação para operar no referido sistema elétrico pelas certidões a que se referem os itens 6.3.2.II (Contrato de Concessão: contrato de concessão, termo de permissão ou autorização da ANEEL, aí incluídos os respectivos normativos, que comprove(m) a condição jurídica do participante no âmbito do Setor Elétrico) e 6.3.2.III (Certidão de Regularidade, emitida pelo ONS, atestando quanto à assinatura e atualidade do Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST, das Garantias Financeiras referentes ao CUST e do Contrato de Conexão), documentos que se referem à regularidade da situação jurídica específica para a operação no setor elétrico nacional. VII - No que diz respeito à certidão do item 6.3.2.II, a sentença com acerto reconheceu que tal exigência restou suficientemente atendida pela Portaria 226, de 30/9/2004, do Ministério das Minas e Energia, que prorrogou por 20 anos as concessões que a impetrante detém, conforme folhas 219/220, cujo contrato não poderia ser firmado no curto prazo de convocação (apenas 3 dias) e na data designada na carta de convocação (12/11/2004), que era a mesma data designada para a pré-qualificação no Leilão 1/2004 - MAE de que se trata nestes autos. VIII - Por fim, no que se refere à “Certidão de Adimplemento quanto aos encargos dos serviços de transmissão e contribuições associativas, emitida pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS”, foi exigida no item 6.3.4.III do Edital para comprovar a regularidade da situação econômico-financeira e à regularidade quanto ao cumprimento de outros encargos setoriais, sabido que o ONS é órgão (pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos) criado pela legislação específica do sistema elétrico (Lei 9.648, de 27/5/1998, artigos 13 e 14; Decreto 5.081, de 14/5/2004) para executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, nada havendo de irregular em que se faça tal exigência daqueles que desejem operar no ambiente regulado do setor elétrico nacional. IX - Apelação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE desprovida. X - Apelação da ANEEL e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida. Sentença reformada em parte, para concessão da segurança apenas quanto a esta certidão do item 6.3.2.II do Edital, sendo denegada a segurança quanto às demais certidões impugnadas. (TRF3, AMS 301149120044036100, Relator Juiz convocado Sousa Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 6/8/2009, DJe de 25/8/2009).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e remessa oficial, nos termos da fundamentação.

Indevida à espécie, a condenação na verba honorária, a teor da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009089-29.2012.4.03.6104
(2012.61.04.009089-1)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SANTOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AC 2133557

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. RESP 1110906/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. REMESSA OFICIAL DADA POR OCORRIDA E RECURSO PARCIALMENTE PROVIDOS.

- A obrigatoriedade de profissional técnico farmacêutico nas farmácias e drogarias, encontra-se disciplinada no artigo 15 da Lei nº 5.991/73, que trata do Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. O artigo 4º de referido diploma legal conceitua drogaria, farmácia e dispensário de medicamentos.

- Ausente previsão legal, inviável exigir a permanência de profissional farmacêutico no posto e/ou dispensário de medicamentos, bem assim, em Unidades Básicas de Saúde, incluídas no conceito de “posto de medicamentos”.

- “Se eventual dispositivo regulamentar, seja ele Decreto, Portaria ou Resolução, consignou tal obrigação, o fez de forma a extrapolar os termos estritos da legislação vigente e, desta forma, não pode prevalecer” (REsp 1.110.906/SP). Assim, a obrigatoriedade da assistência e responsabilidade de farmacêutico em dispensários de hospitais ou unidades de saúde, públicas ou privadas não pode subsistir nos termos em que dispõe o artigo 1º do Decreto nº 85.878/81.

- A C. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, em julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil - REsp nº 1.110.906/SP, de que não é exigível a presença de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos.

- Na ocasião, restou consignada a incidência da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo conceito de dispensário de medicamentos foi atualizado para estabelecer que, “a partir da revogação da Portaria Ministerial 316/77, ocorrida em 30/12/10, considera-se unidade hospitalar de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos”. Nesse passo, a interpretação dada pelo julgado afasta a alegada violação aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade humana, bem assim aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

- Conforme Termo de Intimação/Auto de Infração (fls. 73/74, 78 e 82/83), a apelada foi autuada como Seção Centro de Saúde Martins Fontes - Farmácia Privativa, Prefeitura Municipal de Santos, assim, de rigor a manutenção da r. sentença Singular.

- Quanto ao percentual fixado, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, “vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”.
- O entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Quarta Turma, é no sentido de que não podem ser arbitrados em valores inferiores a 1% do valor da causa, nem em percentual excessivo (EDcl no REsp 792.306/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).
- Considerando o valor da causa (R\$ 40.365,60 - em 17/09/2012 - fl. 07), bem como a matéria discutida nos autos, reduzo os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizados, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.
- Apelação e remessa oficial, dada por ocorrida, parcialmente providas.

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 parcial provimento à apelação e à remessa oficial dada por ocorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de abril de 2016.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP em face de sentença que acolheu os embargos à execução para reconhecer a ilegalidade da cobrança do crédito cobrado na execução fiscal, ante a ausência de dispositivo legal que ampare a exigência da presença de medicamento nos locais de dispensação de medicamentos, pertencentes à rede municipal de saúde. A embargada foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa atualizado. A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Alega o apelante, em síntese, que a verba honorária deve ser reduzida ao patamar de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, quantia condizente com a regra prevista no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Pede a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões de apelação (fls. 112/114), subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Incidem, no caso, as disposições do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, sujeitando-se a sentença à remessa oficial, ora tida como ocorrida, não se aplicando o disposto no artigo 475, § 2º, do referido diploma, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

A controvérsia dos autos gira em torno da necessidade, ou não, nos termos da legislação vigente, da atuação de farmacêutico em dispensário de medicamentos mantido por clínica e/ou unidades hospitalares.

A obrigatoriedade de profissional técnico farmacêutico nas farmácias e drogarias, vem disciplinada no artigo 15 da Lei nº 5.991/73, que trata do Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências, *ipsis litteris*:

Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da Lei.

Por sua vez, o artigo 4º de referido diploma legal conceitua drogaria, farmácia e dispensário de medicamentos, nos seguintes termos:

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

(...)

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XIII - Posto de medicamentos e unidades volantes - estabelecimento destinado exclusivamente à venda de medicamentos industrializados em suas embalagens originais e constantes de relação elaborada pelo órgão sanitário federal, publicada na imprensa oficial, para atendimento a localidades desprovidas de farmácia ou drogaria.

Desse modo, ausente previsão legal, inviável exigir a permanência de profissional farmacêutico no posto e/ou dispensário de medicamentos, bem assim, em Unidades Básicas de Saúde, incluídas no conceito de “posto de medicamentos”.

Nesse sentido, “se eventual dispositivo regulamentar, seja ele Decreto, Portaria ou Resolução, consignou tal obrigação, o fez de forma a extrapolar os termos estritos da legislação vigente e, desta forma, não pode prevalecer” (REsp 1.110.906/SP). Assim, a obrigatoriedade da assistência e responsabilidade de farmacêutico em dispensários de hospitais ou unidades de saúde, públicas ou privadas não pode subsistir nos termos em que dispõe o artigo 1º do Decreto nº 85.878/81.

A propósito, a C. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, em julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil - REsp nº 1.110.906/SP, de que não é exigível a presença de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos.

Na ocasião, restou consignada a incidência da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo conceito de dispensário de medicamentos foi atualizado para estabelecer que, “a partir da revogação da Portaria Ministerial 316/77, ocorrida em 30/12/10, considera-se unidade hospitalar de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos”. Nesse passo, a interpretação dada pelo julgado afasta a alegada violação aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade humana, bem assim aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ.

1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei nº 5.991/73.

2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto nº 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei nº 5.991/73.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente “pequena unidade hospitalar ou equivalente” (art. 4º, XV, da Lei nº 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Minº Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.

6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008. Recurso especial improvido.

(REsp 1110906/SP, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, j. 23.05.2012, DJe 07/08/2012)

No mesmo sentido, cito os julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP Nº 1.110.906/SP.

1. Sobre o desrespeito aos arts. 4º, 19, 40 a 42 da Lei nº 5.991/73, art. 1º do Decreto nº 85.878/81 e 24 da Lei nº 3.820/60, é de se notar que a Primeira Seção desta Corte, por oca-

sião do julgamento do REsp 1.110.906/SP, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, entendeu que não é exigível a presença de responsável técnico de farmacêutico nos dispensários de medicamentos, conforme inteligência do art. 15 da Lei 5.991/73 c/c art. 4º, XIV do mesmo diploma legal.

2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa no percentual de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa.

(AgRg no REsp 1.246.614/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/2/2013, DJe 18/2/2013.)

PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73. ENTENDIMENTO EXTENSIVO ÀS UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE.

1. Observando o teor do acórdão *a quo*, nota-se que houve decisão em sintonia com o entendimento sedimentado pelo STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC.

2. As Unidades Básicas de Saúde não merecem entendimento diverso do que já foi apreciado pelo STJ no julgamento do recurso repetitivo, segundo o qual “não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.” (REsp 1.110.906/SP, deste Relator, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/5/2012, DJe 7/8/2012.)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 512.961/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 13/08/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REsp 1.110.906/SP. ART. 543-C DO CPC.

1. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

2. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto nº 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei nº 5.991/73.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1304384/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO. INEXIGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Dispõe o artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/60, que as empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.

- Como prevê o artigo 15 da Lei nº 5.991/73, somente as farmácias comerciais e as drogarias estão obrigadas a contar com a assistência de farmacêutico responsável inscrito no Conselho

Regional de Farmácia.

- A obrigação da presença de profissional farmacêutico não se estende ao dispensário médico do posto de saúde. O fato de o ambulatório manter medicamentos industrializados, destinados, sob receita, aos munícipes, sem finalidade comercial, não o obriga a ter a assistência de farmacêutico e nem a obter certificado de regularidade e de habilitação legal do Conselho Regional de Farmácia, na medida em que não pode ser propriamente equiparada à atividade de farmácias e drogarias.

- Não prospera a alegação de que a inexistência do dispensário de medicamentos no rol de estabelecimentos liberados da necessidade de assistência profissional, previsto no artigo 19 da Lei nº 5.991/73, o coloca necessariamente na condição de obrigatoriedade assinalada pelo artigo 15 do mesmo diploma legal, pois acaba por criar uma nova obrigação, não prevista expressamente pela lei, por meio da conjugação de seus dispositivos.

- Da mesma maneira, não prevalece a combinação do artigo 1º do Decreto nº 85.878/81 e artigo 6º da Lei nº 5.991/73, tampouco entre o artigo 11 da Lei nº 8.069/90 e artigo 15 da Lei nº 10.741/2003 com a finalidade de determinar a obrigatoriedade de profissional farmacêutico no dispensário de medicamentos, porque não cabe ao intérprete criar uma obrigação que não foi imposta pelo legislador.

- Pelo mesmo motivo tampouco preponderam as argumentações com supedâneo nos artigos 40, 41 e 42 da Lei nº 5.991/73, porque tratam de aviamento de medicamentos, o que não é objeto do dispensário, bem como em relação aos artigos 67 da Portaria do Ministério da Saúde nº 344/98, 1º da Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde nº 1.017/02, 24 do Decreto nº 20.931/32, e item 6.2 da Resolução nº 10/01 da Agência Nacional da Vigilância Sanitária, normas infralegais que não se destinam a estabelecer obrigações não previstas em lei.

- No tocante à aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de recursos, não há que se falar em ofensa aos princípios da isonomia e da dignidade humana, tampouco aos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos III e IV, 196 da Constituição, porque o entendimento jurisprudencial surgiu com o intuito de promover a interpretação do inciso XIV do artigo 4º da Lei nº 5.991/73.

- A questão foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº Recurso Especial nº 1.110.906/SP, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, ao entendimento de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos artigos. 15 e 19 do referido diploma legal.

- Honorários advocatícios mantidos em R\$ 2.900,00 (valor da causa R\$ 42.509,40), porquanto proporcionais e em consonância com a norma estabelecida pelo artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

- Remessa oficial e apelação da União desprovidas. Recurso adesivo da municipalidade não provido.

(Apelação/Reexame Necessário nº 0012274-59.2014.4.03.9999/SP, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, julgado em 11/09/2014, D.E. 26/09/2014)

ADMINISTRATIVO - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INFRAÇÃO. POSTO/DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS.

1. Ilegalidade da exigência de profissional farmacêutico em posto/dispensário de medicamentos (artigo 15, da Lei Federal nº 5.991/73).

2. Apelação improvida.

(Apelação Cível nº 0013536-15.2012.4.03.9999/SP, Quarta Turma, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, julgado em 13/11/2014, D.E. 02/12/2014)

No caso, conforme Termo de Intimação/Auto de Infração (fls. 73/74, 78 e 82/83), a apelada foi autuada como Seção Centro de Saúde Martins Fontes - Farmácia Privativa - Prefeitura

Municipal de Santos, assim, de rigor a manutenção da r. sentença Singular.

Quanto aos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, “vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. PRETENSÃO DE MAJORAR O VALOR FIXADO NA ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. Na hipótese em foco, a Fazenda Nacional, em face do acolhimento da exceção de pré-executividade, foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00, levando-se em conta a análise dos critérios estipulados no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que: “Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”. (Recurso Especial 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 6/4/2010, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC).

3. A revisão da verba honorária fixada pela origem, com base no critério de equidade, encontra óbice na Súmula 7 do STJ. (REsp 1.186.053/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/5/2010).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 216.958/AL, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012)

Por sua vez, o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Quarta Turma, é no sentido de que não podem ser arbitrados em valores inferiores a 1% do valor da causa, nem em percentual excessivo (EDcl no REsp 792.306/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).

Na hipótese dos autos considerando o valor da causa (R\$ 40.365,60 - em 17/09/2012 - fl. 07), bem como a matéria discutida nos autos, reduzo os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizados, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e ao reexame necessário, tido por ocorrido, nos termos da fundamentação.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0010296-41.2013.4.03.6100

(2013.61.00.010296-5)

Embargante: UNIÃO FEDERAL

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessado: PIERRE ELIAS PIERA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AC 1999781

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2016

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO DISCIPLINAR DE MILITAR. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PRORROGAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. ERRO ADMINISTRATIVO E ATRASO NO DESLIGAMENTO DO AUTOR. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que observou que “foi provada, pela própria ré, a versão do autor de que houve erro administrativo no processamento do pedido de cancelamento, ao ser juntado o formulário respectivo datado de 01/08/2012, embora somente em 22/11/2012 tenha sido deferido, isto porque, no intervalo entre tais datas, em 28/08/2012, havia sido indeferido o licenciamento não requerido”.

2. Decidiu o acórdão que “Conquanto não se tenha prova documental, mesmo porque foram declaradamente verbais as tratativas do autor com seus superiores hierárquicos a respeito do período de prestação de serviço até o final de setembro de 2012, a própria ré, para o deslinde da causa, entendeu essencial o esclarecimento do fato, tanto que arrolou tais militares como testemunhas em Juízo. Todavia, na audiência, a ré desistiu das oitivas, por motivo não esclarecido nem comprovado, logo restou, acerca de tais fatos, somente o depoimento pessoal do autor, que reiterou, sob contraditório, a narrativa da inicial. A ausência das testemunhas do autor não pode levar à conclusão de que não houve prova do fato constitutivo do direito alegado, até porque, diante da prova documental sobre o erro administrativo praticado, associada ao depoimento pessoal, cabia à ré demonstrar que, contrariando a pretensão deduzida, foi o autor quem agiu de má-fé ou, com culpa exclusiva ou concorrente, não sendo a vítima, mas o causador dos danos de que reclama na ação, prova que, porém, não foi produzida nos autos, pois foi a ré quem desistiu da oitiva das suas testemunhas, que poderiam elucidar a existência e o conteúdo das tratativas verbais, com base nas quais o autor trabalhou até o final de setembro de 2012, não comparecendo ao HASP a partir de 01/10/2012, o que resultou na sua prisão disciplinar e ainda no desligamento somente depois do seu cumprimento, ainda que apenas parcial”, e concluiu o acórdão que “Existe, portanto, causalidade jurídica para efeito de responsabilizar a ré pelos danos

morais sofridos pelo autor, não apenas pelo atraso no exame do pedido administrativo de cancelamento, mas pelo fato de tal situação ter gerado o procedimento disciplinar com imposição e cumprimento da quase íntegra da pena de prisão, fato gravoso por si só e que, ainda, impediu o autor de comparecer ao serviço, que prestava fora da unidade militar, gerando, sem dúvida alguma, lesão à integridade moral do autor, cuja honra e imagem ficaram expostas, de forma negativa, em razão dos fatos narrados nos autos”.

3. Quanto à fixação do valor dos danos morais a serem reparados, decidiu o acórdão que “deve atentar para tais circunstâncias atinentes, em especial, à natureza dos danos, sua extensão e condições das partes, aplicando-se razoabilidade e proporcionalidade, vedado o enriquecimento sem causa, assegurando-se que a condenação sirva, enfim, de desestímulo à reiteração da conduta gravosa. [...] A jurisprudência determina que se arbitre montante suficiente para compensar e evitar nova prática ofensiva por parte da Administração, mas que não exorbite do necessário, adequado, razoável e proporcional que, no caso dos autos, autoriza a fixação da indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)” e, quanto à sua atualização, o consignou acórdão que “deve ser atualizado desde o arbitramento presente até o seu efetivo pagamento, com acréscimo de juros de mora desde a prisão, enquanto fato principal e determinante do dano (Súmula 54/STJ), com a aplicação dos índices da Resolução CJF 267/2013 para as ações condenatórias em geral”.

4. Quanto à sucumbência, asseverou o acórdão que “deve a ré arcar com a verba honorária, que se fixa em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC, com custas na forma da lei, considerada a concessão da assistência judiciária gratuita ao autor”.

5. Não houve qualquer omissão no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 1º-F da Lei 9.494/97; 94, 95 da Lei 6.880/80; 186, 398, 407 do CC; 20, §4º, 333, I do CPC; 5º, LIV, 37, §6º da CF como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios.

6. Em suma, para corrigir suposto *error in iudicando*, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

7. Embargos de declaração rejeitados.

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 os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de março de 2016.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de embargos de declaração a acórdão, alegando omissão, pois (1) a declaração de inconstitucionalidade 1º-F da Lei 9.494/97 refere-se apenas à atualização monetária e à fixação de juros monetários de créditos inscritos em precatórios; (2) tratando-se de indenização por danos morais, não são devidos juros de mora desde a data do evento danoso, mas sim a partir da data do seu arbitramento; (3) a CF adota a teoria do risco administrativo, sendo que, no caso, inexistentes o dano e o nexo de causalidade e, vez que o autor deu causa ao ato administrativo militar punitivo, consubstanciou-se sua culpa exclusiva; (4) o autor não logrou êxito em comprovar as supostas tratativas de abandono de emprego, sendo que o julgamento alicerçado exclusivamente em seu depoimento pessoal viola o art. 333, I do CPC; (5) o valor fixado a título de reparação de danos morais viola os princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da proporcionalidade e da razoabilidade; e (6) de acordo com os limites impostos no artigo 20, §§3º e 4º CPC, os honorários advocatícios devem ser reduzidos. Requereu o prequestionamento dos artigos 1º-F da Lei 9.494/97; 94, 95 da Lei 6.880/80; 186, 398, 407 do CC; 20, §4º, 333, I do CPC; 5º, LIV, 37, §6º da CF.

Em Mesa para julgamento na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que observou que “foi provada, pela própria ré, a versão do autor de que houve erro administrativo no processamento do pedido de cancelamento, ao ser juntado o formulário respectivo datado de 01/08/2012 (f. 134), embora somente em 22/11/2012 tenha sido deferido (f. 136), isto porque, no intervalo entre tais datas, em 28/08/2012, havia sido indeferido o licenciamento não requerido (f. 36)” (f. 370 v).

Decidiu o acórdão que “Conquanto não se tenha prova documental, mesmo porque foram declaradamente verbais as tratativas do autor com seus superiores hierárquicos a respeito do período de prestação de serviço até o final de setembro de 2012, a própria ré, para o deslinde da causa, entendeu essencial o esclarecimento do fato, tanto que arrolou tais militares como testemunhas em Juízo (f. 207/8). Todavia, na audiência, a ré desistiu das oitivas (f. 27), por motivo não esclarecido nem comprovado, logo restou, acerca de tais fatos, somente o depoimento pessoal do autor, que reiterou, sob contraditório, a narrativa da inicial. A ausência das testemunhas do autor não pode levar à conclusão de que não houve prova do fato constitutivo do direito alegado, até porque, diante da prova documental sobre o erro administrativo praticado, associada ao depoimento pessoal, cabia à ré demonstrar que, contrariando a pretensão deduzida, foi o autor quem agiu de má-fé ou, com culpa exclusiva ou concorrente, não sendo a vítima, mas o causador dos danos de que reclama na ação, prova que, porém, não foi produzida nos autos, pois foi a ré quem desistiu da oitiva das suas testemunhas, que poderiam elucidar a existência e o conteúdo das tratativas verbais, com base nas quais o autor trabalhou até o

final de setembro de 2012, não comparecendo ao HASP a partir de 01/10/2012, o que resultou na sua prisão disciplinar e ainda no desligamento somente depois do seu cumprimento, ainda que apenas parcial” (f. 371), e concluiu o acórdão que “Existe, portanto, causalidade jurídica para efeito de responsabilizar a ré pelos danos morais sofridos pelo autor, não apenas pelo atraso no exame do pedido administrativo de cancelamento, mas pelo fato de tal situação ter gerado o procedimento disciplinar com imposição e cumprimento da quase íntegra da pena de prisão, fato gravoso por si só e que, ainda, impediu o autor de comparecer ao serviço, que prestava fora da unidade militar, gerando, sem dúvida alguma, lesão à integridade moral do autor, cuja honra e imagem ficaram expostas, de forma negativa, em razão dos fatos narrados nos autos” (f. 371/v).

Quanto à fixação do valor dos danos morais a serem reparados, decidiu o acórdão que “deve atentar para tais circunstâncias atinentes, em especial, à natureza dos danos, sua extensão e condições das partes, aplicando-se razoabilidade e proporcionalidade, vedado o enriquecimento sem causa, assegurando-se que a condenação sirva, enfim, de desestímulo à reiteração da conduta gravosa. [...] A jurisprudência determina que se arbitre montante suficiente para compensar e evitar nova prática ofensiva por parte da Administração, mas que não exorbite do necessário, adequado, razoável e proporcional que, no caso dos autos, autoriza a fixação da indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)” e, quanto à sua atualização, o consignou acórdão que “deve ser atualizado desde o arbitramento presente até o seu efetivo pagamento, com acréscimo de juros de mora desde a prisão, enquanto fato principal e determinante do dano (Súmula 54/STJ), com a aplicação dos índices da Resolução CJF 267/2013 para as ações condenatórias em geral” (f. 371 v).

Quanto à sucumbência, asseverou o acórdão que “deve a ré arcar com a verba honorária, que se fixa em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC, com custas na forma da lei, considerada a concessão da assistência judiciária gratuita ao autor” (f. 371 v).

Como se observa, não houve qualquer omissão no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 1º-F da Lei 9.494/97; 94, 95 da Lei 6.880/80; 186, 398, 407 do CC; 20, §4º, 333, I do CPC; 5º, LIV, 37, §6º da CF como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios.

Em suma, para corrigir suposto *error in iudicando*, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0019906-29.2015.4.03.0000

(2015.03.00.019906-1)

Agravante: INSTITUTO AOCP

Agravada: LARISSA MACHADO DE OLIVEIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 564798

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como *cotista (parda)* e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

2. A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata não apresentava traço fenótipo de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

3. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (*conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência*) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressaltou o não cabimento de revisão judicial de critério *subjetivo* de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012).

4. As alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

5. Impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o

critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou.

6. 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, 03 de março de 2016.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por INSTITUTO AOCP em face da decisão que, em ação ordinária, *deferiu pedido de antecipação de tutela* para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como *cotista (parda)* e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

Na inicial a autora Larissa Machado de Oliveira narra que participou do concurso para provimento de cargo de enfermeira no Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados (concurso público nº 13/2014 - EBSEH, edital nº 03); *autodeclarou-se parda*, em razão de ser filha de pai negro e mãe branca, concorrendo assim a uma das 20 vagas reservadas aos candidatos negros (Lei nº 12.990/2014).

Logrou êxito em atingir 57 (cinquenta e sete) pontos na prova objetiva. Contudo, ao ser convocada para a entrevista de confirmação da autodeclaração, a Comissão Avaliadora concluiu que ela não possui os traços *fenotípicos* que ensejam ao enquadramento como pardo ou negro.

A candidata impugnou a decisão da Comissão Avaliadora, mas teve seu recurso indeferido, mantendo-se sua exclusão do certame.

Buscou assim a via judicial a fim de assegurar sua manutenção no concurso; reitera que é *parda*, filha de pai negro, e que tem duas irmãs, sendo que uma delas é sua irmã gêmea, todas com fenótipo de cor parda (fl. 106/121).

A d. juíza da causa considerou presente a prova da verossimilhança do alegado, pois “analisando o contido no edital não há critérios objetivos para a constatação se o candidato apresenta ou não o candidato de fenótipo de pardo, como no caso da autora. Logo, a avaliação de tal condição me parece muito subjetiva. Ademais, sequer foi consignado na a decisão que não a considerou parda, quais os critérios fenótipos de negro ou pardo que ela não possui. E, como se sabe, a Administração possui o dever de primar pela impessoalidade ao praticar os seus atos, de forma que a ampla subjetividade de uma decisão que, em tese, extrapola o limite da discricionariedade, pode violar tal princípio.”

Ainda, consignou a magistrada federal que “o perigo da demora é evidente eis que a colocação da autora como candidata não cotista por certo que fará com que a sua colocação

seja pior e, conseqüentemente, poderá estar privada de ser convocada para as demais fases do certame”.

Nas razões recursais a parte agravante INSTITUTO AOCP sustenta, em resumo, que foram aplicados os exatos termos do edital de abertura, não ocorrendo qualquer ilegalidade a ser sanada pelo Poder Judiciário no tocante a reprovação da candidata no procedimento de confirmação da *autodeclaração* como negra/parda.

Destaca que no caso o procedimento adotado pela Comissão Avaliadora *está de acordo* com as orientações mencionadas na decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal na ADPF 186, a saber: a) autodeclaração pelo candidato no ato da inscrição (autoidentificação); (b) realização da sessão de fotografias; (c) julgamento pela Comissão Especializada por *fenótipo* e não por ascendência (heteroidentificação) - entrevista de confirmação da autodeclaração como negro; e (d) possibilidade de recurso pelo candidato.

Efeito suspensivo deferido às fls. 135/136.

Contraminuta apresentada no prazo legal, fls. 139/148.

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.

A intervenção do Poder Judiciário no âmbito de concurso público deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito às normas do edital que o norteia.

Basta lembrar que há muitos anos o STF já teve o ensejo de afirmar que “... não cabe ao Poder Judiciário sobrepor-se aos critérios da comissão julgadora, para rever as notas atribuídas aos candidatos” (RMS 15.543/DF, DJ 13/04/66). Esse entendimento mantém-se atual, pois a Corte Suprema recentemente repisou que o “... Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30.433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27.260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA)...” (MS 30.859/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23/10/2012). A exceção corre por conta de erro material grosseiro, visível *ictu oculi*, que deve ser sindicado pelo Judiciário.

Esse pensamento é correto, pois o alcance do art. 5º, XXXV, da CF, não permite que o Juiz incursione no cenário que a lei reserva à administração em geral, e assuma para si a responsabilidade pelo resultado de concursos públicos, intervindo no certame sempre que algum candidato assim reclame. Não sendo caso de *afronta à lei ou de arbitrariedade de comissão de concurso*, não há razão jurídica que legitime a invasão pelo Juiz de competência alheia. Fora desses casos restritos, o Juiz não pode substituir a comissão de concurso nas suas conclusões e *dirigir* o resultado do certame.

Do edital - *só impugnado pela autora após sua desclassificação* - consta expressamente (fl.

86 - destaquei):

5.7.2 A avaliação da comissão quanto à condição de pessoa preta ou parda considerará os seguintes aspectos:

5.7.2.1. a) informação prestada no ato da inscrição quanto à condição de pessoa negra ou parda;
b) autor declaração assinada pelo candidato(a) no momento da entrevista de confirmação da autodeclaração como negro ou pardo;
c) *fenótipo* apresentado pelo(a) candidato(a) em foto(s) tirado(s) pela equipe do Instituto AOCP no momento da entrevista de confirmação da autodeclaração como negro.

5.7.3 O(A) candidato(a) será considerado(a) não enquadrado(a) na condição de pessoa preta ou parda quando:

5.7.3.1 Não cumprir os requisitos indicados no subitem 5.7.2.

5.7.3.2. Negar-se a fornecer algum dos itens especificados no subitem 5.7.2, no momento solicitado pelo Instituto AOCP.

5.7.3.3 Houver *unanimidade* entre os integrantes da Comissão quanto ao *não atendimento do quesito cor ou raça* por parte do(a) candidato(a)

5.8 Quanto ao não enquadramento do candidato na reserva de vaga para negros, caberá pedido de *recurso*, conforme o disposto no item 12 deste Edital.

Como se vê, a *autodeclaração* pelo candidato é condição necessária, mas *não suficiente*, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra/parda.

O edital previu que a *autodeclaração* seria confirmada por uma banca julgadora segundo o critério do *fenótipo*, que é a *manifestação visível ou detectável* da constituição genética de um determinado indivíduo.

Assiste razão à agravante ao afirmar que “as alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas”, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata *não* apresentava traço *fenótipo* de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de *subjetividade* que é próprio do critério do *fenótipo* (*conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência*) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressaltou o não cabimento de revisão judicial de critério *subjetivo* de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012).

Além dessa impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, repito: a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou.

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

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0038407-07.2015.4.03.9999

(2015.03.99.038407-0)

Agravante: MEDPORTO ASSISTÊNCIA MÉDICA S/C LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: MEDPORTO ASSISTÊNCIA MÉDICA S/C LTDA.

Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE PORTO FERREIRA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 2106223

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/04/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. COBRANÇA DE AUTORIZAÇÕES DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Já é entendimento consolidado pelo STJ que (...) *O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos da parte recorrente, bastando, para tanto, que prolate decisão devidamente fundamentada que aborde a questão controversa em sua inteireza, não resultando, por outro lado, negativa de prestação jurisdicional* (1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, AGRMC nº 17355, v.u., DJE 14/12/2010).

2. A jurisprudência do E. STJ sedimentou-se no sentido da aplicação do prazo quinquenal de que trata o Decreto nº 20.910/32 e das normas de suspensão e interrupção contidas na Lei nº 6.830/80 aos créditos de natureza não tributária de titularidade dos entes públicos. Não se pode olvidar, outrossim, que durante o interregno no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo, não houve fluência do prazo prescricional.

3. Durante o interregno no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo, não houve fluência do prazo prescricional.

4. Vê-se que os valores exigidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) visam ao ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados aos usuários de planos de saúde pelas instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

5. O ressarcimento previsto no artigo supracitado possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.

6. Os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários, conforme sustenta a apelante.

7. Não há que se cogitar de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, pois a cobrança do ressarcimento não depende da data em que celebrado o contrato com a

operadora de plano de saúde, mas sim da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário, que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98.

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

9. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de março de 2016.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela MEDPORTO ASSISTÊNCIA MÉDICA S/C LTDA, contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação, interposta nos autos de Embargos à Execução Fiscal.

Por seu turno, os Embargos a Execução Fiscal foram opostos pela agravante em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, para arguir a prescrição trienal da cobrança do débito abrangido pela GRU 45.504.028.441-X, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC, a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98, bem como a nulidade das cobranças que embasaram a CDA, uma vez que foram constituídas à revelia dos instrumentos pactuados com os beneficiários, além do manifesto excesso do procedimento expropriatório.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática.

Apresentado o feito em mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação em embargos à execução fiscal opostos para arguir a prescrição trienal da cobrança do débito abrangido pela GRU 45.504.028.441-X, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC, a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98, bem como a nulidade das cobranças que embasaram a CDA, uma vez que foram constituídas à revelia dos instrumentos pactuados com os beneficiários, além do manifesto excesso do procedimento expropriatório. O r. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a inexistência

dos valores representados pelas AIH's nºs 3507112908134 e 3507112929463. Condenação da embargante nas custas devido à maior sucumbência, mas sem honorários advocatícios pois embutidos no encargo legal.

Apelou a embargante para pleitear, em preliminar, a nulidade da r. sentença, que não emitiu juízo sobre todos os pedidos aduzidos e, no mérito, a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Passo a decidir com fulcro no art. 557 e parágrafos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para *simplificação e agilização do julgamento dos recursos*, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

Não assiste razão à apelante.

Em um primeiro momento, rejeito a preliminar de negativa de prestação jurisdicional pelo r. juízo *a quo*.

Já é entendimento consolidado pelo STJ que (...) O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos da parte recorrente, bastando, para tanto, que prolate decisão devidamente fundamentada que aborde a questão controversa em sua inteireza, não resultando, por outro lado, negativa de prestação jurisdicional (1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, AGRMC nº 17355, v.u., DJE 14/12/2010).

Passo, assim, à análise da prescrição.

Como é sabido, a jurisprudência do E. STJ sedimentou-se no sentido da aplicação do prazo quinquenal de que trata o Decreto nº 20.910/32 e das normas de suspensão e interrupção contidas na Lei nº 6.830/80 aos créditos de natureza não tributária de titularidade dos entes públicos.

A respeito do tema, cumpre trazer à colação a ementa do seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO DEVIDO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO NÃO REALIZADO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRETENSÃO EXECUTÓRIA QUE OBSERVA O PRAZO QUINQUENAL DO DECRETO Nº 20.910/1932. PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DA DÍVIDA: FATO INTERRUPTIVO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o STJ tenha pacificado o entendimento de que a Lei nº 9.873/1999 só se aplica aos prazos de prescrição referentes à pretensão decorrente do exercício da ação punitiva da Administração Pública (v.g.: REsp 1.115.078/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 06/04/2010), há muito é pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que a pretensão executória da créditos não tributários observa o prazo quinquenal do Decreto nº 20.910/1932 (v.g.: REsp 1284645/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/02/2012; REsp 1133696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 17/12/2010; AgRg no REsp 941.671/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 02/02/2010).

2. A relação jurídica que há entre a Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

3. Deve-se acrescentar, ainda, que o parcelamento de crédito não tributário perante a Administração Pública é fato interruptivo do prazo prescricional, porquanto importa reconhecimento inequívoco da dívida pelo devedor. Assim, mesmo que inaplicável a Lei nº 9.873/1999, tem-se que o acórdão recorrido decidiu com acerto ao entender pela interrupção do prazo prescricional, o qual, ainda, foi suspenso com a inscrição em dívida ativa, nos termos do § 3º do art. 1º da Lei nº 6.830/1980.

4. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp nº 1.435.077/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 19/08/2014, DJe 26/08/2014) (Grifei)

Não se pode olvidar, outrossim, que durante o interregno no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo, não houve fluência do prazo prescricional.

Esse também é o entendimento adotado pelo E. STJ, conforme transcrição da seguinte ementa de julgado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. CRÉDITO APURADO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. OCORRÊNCIA.

1. O crédito da ANS foi apurado em processo administrativo, o qual é necessário ao cálculo dos valores que deverão ser ressarcidos ao Sistema Único de Saúde.

2. O entendimento do STJ é no sentido de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

3. Enquanto pendente a conclusão do processo administrativo, não há falar em transcurso de prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/1932 (‘não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la’). Com efeito, enquanto se analisa o quantum a ser ressarcido, não há, ainda, pretensão.

4. Só se pode falar em pretensão ao ressarcimento de valores após a notificação do devedor a respeito da decisão proferida no processo administrativo, uma vez que o montante do crédito a ser ressarcido só será passível de quantificação após a conclusão do respectivo processo administrativo.

5. Deste modo, como a parte ora agravada foi notificada da decisão do processo administrativo em 14.8.2006 (fl. 378, e-STJ) e a inscrição em dívida ativa somente foi efetivada em 9.1.2012 (fl. 379, e-STJ), constata-se a ocorrência da prescrição quinquenal no presente caso.

6. Agravo Regimental não provido.”

(STJ, AgRg no REsp nº 1.439.604/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

Por sua vez, conforme preceitua o art. 2º, §3º da Lei nº 6.830/80, aplicável às execuções fiscais de dívidas de natureza não tributária, suspende-se o transcurso do prazo prescricional por 180 dias após a inscrição do crédito em dívida ativa ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo.

É este o entendimento consolidado no C. STJ:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - LEI 6.830/80, ART. 2º, § 3º - SUSPENSÃO POR 180 DIAS - NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. A norma contida no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, segundo a qual a inscrição em dívida ativa suspende o prazo prescricional por 180 (cento e oitenta) dias ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo, aplica-se tão-somente às dívidas de natureza não-tributárias, porque a prescrição das dívidas tributárias regula-se por lei complementar, no caso o art. 174 do CTN. 2. Inocorre ofensa à cláusula de reserva de plenário (arts. 97 da CF e 480 do CPC), pois não se deixou de aplicar a norma por inconstitucional, mas pela impossibilidade de sua incidência no caso concreto. 3. Recurso especial não provido.”

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, REsp 1165216, DJe 10/03/10)

In casu, conforme consta dos autos, os atendimentos na rede pública de saúde ocorreram no período de junho a agosto/2007, tendo sido a embargante notificada da existência dos débitos em 10/01/2011. Considerando que não foi apresentada impugnação administrativa, a embargante foi intimada a recolher o valor constante da GRU 45.504.028.441-X em 08/07/2011. O débito foi inscrito em 19/06/2013 e a execução fiscal foi ajuizada em 03/09/2013, sem que se possa falar em prescrição.

Passo, assim à análise do mérito propriamente dito.

A Lei nº 9.656/98, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24/08/2001, assim fixa em seu art. 32, *caput*:

“Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”

Vê-se que os valores exigidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) visam ao ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados aos usuários de planos de saúde pelas instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

Na verdade, tal ressarcimento consiste em mecanismo de recuperação de valores antes despendidos pelo Estado na assistência à saúde, de sorte a possibilitar o emprego de tais recursos em favor do próprio sistema de saúde, seja no aprimoramento ou na expansão dos serviços, em consonância aos preceitos e diretrizes traçados nos arts. 196 a 198 da Carta Magna.

Portanto, o ressarcimento previsto no artigo supracitado possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.

Destarte, é desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria, inexistindo, por conseguinte, qualquer ofensa aos princípios constitucionais tributários.

Outrossim, o ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica não descaracteriza a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, pois não há cobrança direta à pessoa atendida pelos serviços do SUS, nada impedindo que o Estado busque a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado à custa da prestação pública do serviço à saúde.

Cito, a propósito, as seguintes ementas de julgado proferidas por esta C. Sexta Turma, *in verbis*: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI 9.656/98. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Conforme sustentou a própria autora, ora apelada, em sua peça inicial, os atendimentos na rede pública de saúde ocorreram no primeiro trimestre de 2005, tendo sido a parte autora notificada da existência do débito em fevereiro de 2006 (fl. 51).

2. Por sua vez, muito embora a apelada tenha sido notificada para que realizasse o ressarcimento dos valores em questão tão somente em outubro de 2011, não se pode olvidar que, durante o interregno de julho de 2006 a junho de 2011, no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo (Processo nº 33902027597200629), não houve fluência do prazo prescricional, razão pela qual se conclui que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no Decreto nº 20.910/32 está longe de chegar a termo, merecendo ser inteiramente rechaçada tal alegação.

3. Os valores exigidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) visam ao ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados aos usuários de planos de saúde pelas instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

4. Tal ressarcimento consiste em mecanismo de recuperação de valores antes despendidos pelo Estado na assistência à saúde, de sorte a possibilitar o emprego de tais recursos em favor do próprio sistema de saúde, seja no aprimoramento ou na expansão dos serviços, em consonância aos preceitos e diretrizes traçados nos arts. 196 a 198 da Carta Magna.

5. A cobrança possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.

6. É desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria, inexistindo, por conseguinte, qualquer ofensa aos princípios constitucionais tributários.

7. O ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica não descaracteriza a saúde como ‘direito de todos e dever do Estado’, pois não há cobrança direta à pessoa atendida pelos serviços do SUS, nada impedindo que o Estado busque a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado às custas da prestação pública do serviço à saúde.

8. De outra parte, os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.

9. Precedentes: TRF 3ª Região, AG nº 2002.03.00.050544-0, j. 01/12/2004, DJ 07/01/2005, STF, ADI 1.931-MC/DF, Tribunal Pleno, v.u, Rel. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004; STF, 2ª Turma, RE 488026 AgR/RJ, Min. Eros Grau, j. 13/05/2008, DJe-102 06/06/2008.

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

11. Agravo legal improvido.”

(TRF3, AC nº 0008948-32.2011.4.03.6108, Rel. JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, SEXTA TURMA, j. 16/01/2014, e-DJF3 24/01/2014)

“ADMINISTRATIVO - OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE - ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 - RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS - CONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÕES E TABELA TUNEP - LEGALIDADE.

1. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia federal criada pela Lei nº 9.961/2000 e vinculada ao Ministério da Saúde, recebeu a missão de atuar como órgão destinado a regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades de assistência suplementar à saúde.

2. A Lei nº 9.656/98, destinada à regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde, atribuiu à ANS competência para operacionalizar a restituição dos valores despendidos pelo SUS com o atendimento de beneficiários de planos de assistência à saúde gerenciados por instituições privadas.

3. Ao promover ações de cobrança, em face das operadoras de planos privados de saúde, a ANS age sob o amparo do princípio da legalidade, bem assim, do poder-dever de controle e fiscalização do setor econômico de saúde.

4. A lei não eximiu o Estado da obrigação consubstanciada no universal e igualitário acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, porquanto o pilar de sustentação da obrigação contida no art. 32 da Lei nº 9.656 fora construído sob o ideário da vedação ao enriquecimento ilícito. Devida a indenização ao Poder Público em razão de valores despendidos pelos cofres com serviços para cuja execução as instituições privadas já se mostravam prévia e contratualmente obrigadas.

5. Não há qualquer ilegalidade no poder regulamentar exercido pela ANS, à luz da autorização contida no *caput* do art. 32 da Lei nº 9.656, que autoriza a expedição de atos normativos destinados a conferir operatividade às suas funções institucionais.

6. Presume-se a legalidade e a veracidade da TUNEP, cujos montantes devem suportar todas as ações necessárias ao pronto atendimento e recuperação do paciente, militando em favor da ANS qualquer dúvida levantada acerca da consistência dos valores discriminados pela referida tabela (art. 32, § 8º, Lei nº 9.656 e Resolução-CONSU nº 23/199).

7. Inexistência de mácula ao princípio da irretroatividade, em razão da cobrança de atendimentos prestados a consumidores cujos contratos tenham sido firmados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, visto independer o ressarcimento da data de adesão ao plano de saúde por parte do beneficiário atendido na rede do SUS.”

(TRF3, AC nº 0002076-30.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, SEXTA TURMA, j. 25/03/2010, e-DJF3 19/04/2010, p. 427)

De toda forma, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa, ao apreciar a ADI nº 1.931-8, que teve como instrumentos legais questionados a Lei nº 9.656/98 e sucessivas Medidas Provisórias que alteraram a redação de seus dispositivos, assim decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRE-

LIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

(...)

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

(...)"

(STF, ADI nº 1.931-MC/DF, Tribunal Pleno, v.u, Rel. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004)

Não procede também a alegação de que tal decisum, por se tratar de medida liminar, é inaplicável ao presente caso. Quando do julgamento dos recursos atinentes à matéria em tela, aquela E. Corte vem decidindo pela constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98, nos termos do referido precedente. Nesse sentido: RE nº 488.026 AgR/RJ, Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 13/05/2008, DJe-102 06/06/2008.

Acerca dessa questão, em julgamento sobre idêntica matéria, vale lembrar a lição do Min. Celso de Mello, explicitada no excerto do r. voto proferido no julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 500.306:

É que, em tal situação, o juízo cautelar encerra, em seus aspectos essenciais, embora em caráter provisório, as mesmas virtualidades inerentes ao julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

Mesmo que se cuide, portanto, de juízo cautelar negativo, resultante do indeferimento do pedido de suspensão provisória da execução do ato impugnado, ainda assim essa deliberação - proferida em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade - terá o efeito de confirmar a validade jurídica da espécie em questão, preservando-lhe a integridade normativa, ensejando-lhe a conservação no sistema de direito positivo e viabilizando-lhe a integral aplicabilidade, tal como no caso ocorre, em que o art. 32 da Lei nº 9.656/98 - precisamente porque declarado subsistente pelo Plenário desta corte - continua em regime de plena vigência. (Segunda Turma, j. 19/05/2009, DJe-108 12/06/2009)

De outra parte, os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários, conforme sustenta a apelante.

Não há que se cogitar de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, pois a cobrança do ressarcimento não depende da data em que celebrado o contrato com a operadora de plano de saúde, mas sim da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário, que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98.

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"AÇÃO ORDINÁRIA. RESSARCIMENTO. SUS. LEI Nº 9.656/98. ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO STJ. TABELA TUNEP. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

(...)

III - Esta Corte já se pronunciou no sentido de que o ditame do art. 35 da Lei nº 9.656/98 refere-se à relação contratual estabelecida entre as operadoras e seus beneficiários, em nada tocando o ressarcimento tratado no art. 32 da mesma lei, cuja cobrança depende, unicamente, de que o atendimento prestado pelo SUS a beneficiário de contrato assistencial à saúde tenha-se dado posteriormente à vigência da Lei que o instituiu.

IV - Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Ag nº 1.075.481/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 19/02/2009, DJe 12/03/2009)

Portanto, não se verificam na espécie sub judice as inconstitucionalidades ou ilegalidades arguidas, de sorte que é válida a cobrança dos valores relativos ao ressarcimento ao SUS. Também não assiste razão à apelante quando alega a existência de beneficiários atendidos na vigência da carência e quanto àqueles realizados fora do limite regional de abrangência dos planos.

De fato, *in casu*, a apelante deveria ter comprovado não ser o caso de atendimento emergencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura, nos termos do que dispõe o artigo 35-C, da Lei nº 9.856/95:

“Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

(...)

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

c) *prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;*

(...)

Art. 35-C. *É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:* (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.”

Nesse sentido, trago à colação julgados desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO . ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. PRESCRIÇÃO. TUNEP. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS MÉDICOS REALIZADOS.

(...)

9. No que tange aos argumentos relativos ao atendimento fora da área de abrangência geográfica do plano e carência, deveria ter sido comprovado não ser o caso de atendimento emergencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura, consoante disposto no artigo 35-C da lei nº 9.856/95, bem assim o prazo diferenciado relativo à carência disposto no artigo 12 do mesmo texto legal. 10. Precedentes desta Corte. 11. Agravo retido não conhecido. Apelação improvida.”

(TRF3, 3ª Turma, Juíza Fed. Conv. Eliana Marcelo, AC 1645829, j. 17/10/13, DJF3 25/10/13)

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

(...)

7. Por outro lado, no que diz respeito ao procedimento realizado pelo sus fora da área de abrangência geográfica do contrato em caso de urgência e emergência, os beneficiários podem ser atendidos fora da área geográfica de cobertura, conforme prevê o art. 12, VI e art. 35-C, ambos da Lei 9.656/98. Porém, não há elementos aptos a afastar a incidência dos mencionados dispositivos legais. De fato, tratando-se de procedimentos urgentes, revela-se perfeitamente admissível que os procedimentos decorrentes possam ter ocorrido em circunstâncias prementes, fato, aliás, sequer refutado pela autora na inicial.

(...)

12. Apelação provida.”

(TRF3, 4ª Turma, Des. Fed. Rel. Marli Ferreira, AC 1651129, j. 03/05/12, DJF3 17/05/12)

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 557, *caput* do CPC, *nego sequimento à apelação*.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

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

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0006040-17.2016.4.03.0000

(2016.03.00.006040-3)

Requerente: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 3021

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2016

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de pedido de suspensão de tutela ajuizado pela Universidade de São Paulo - USP em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto que, em ação de procedimento ordinário, deferiu a antecipação da tutela para fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética*.

O ato judicial questionado, em seu dispositivo, assim dispõe:

Em face do exposto, atendidos os pressupostos do artigo 273 do Código de Processo Civil, DEFIRO o pedido de antecipação da tutela para determinar que a UNIÃO e a UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) forneçam ao autor a medicação FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA, conforme consta na prescrição médica de fls. 25.

INTIME-SE, com URGÊNCIA, a UNIÃO e a USP, para que cumpram a medida ora determinada, no prazo máximo de 5 (cinco) dias.

Sem prejuízo, com fundamento nos artigos 283 e 284 do Código de Processo Civil, determino ao autor a regularização da inicial, no prazo de 10 (dez) dias e sob pena de seu indeferimento, a fim de esclarecer a forma pela qual identificou o conteúdo econômico da demanda aforada, ressaltando que, para processamento da ação por este Juízo, pelo rito ordinário, tal valor deverá ser superior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Cópia desta decisão servirá como Carta Precatória à Subseção Judiciária de São Carlos para citação da Universidade de São Paulo, bem como sua intimação para que dê cumprimento à presente decisão.

Intimem-se. Cumpra-se.

Alega-se, em síntese, ser de conhecimento público e notório que um docente aposentado da Universidade teria descoberto que a substância *fosfoetanolamina sintética* serve para o tratamento médico de qualquer tipo de câncer. Afirma que a conduta, de cunho pessoal do professor e sem participação do órgão público, infringiu a legislação sanitária porque a substância não passou por nenhum teste, estudo ou experimento. Após a substância ganhar destaque nacional, os portadores de câncer foram induzidos a acreditar que a *fosfoetanolamina sintética* seria a melhor alternativa, segura e eficiente, no combate à doença, o que gerou grande procura pelo seu fornecimento, incluindo alguns casos amparados por decisões judiciais que impõem multa diária pelo descumprimento que variam de R\$ 200,00 a R\$ 10.000,00.

Diz que não há estudos médicos suficientes comprovando a eficácia da *fosfoetanolamina sintética* no combate ao câncer, pairando dúvidas sobre a sua segurança, o que certamente poderá provocar gravíssima lesão à ordem pública. Afirma que a substância não é medica-

mento e não conta com aprovação da ANVISA, de modo que não se pode embasar a entrega da substância com base no constitucional direito à saúde.

Afirma, também, ocorrência de grave lesão à ordem pública e administrativa porque o fim da universidade é a prestação de serviço público de educação de nível superior e não a prestação e serviço de saúde, muito menos o de fornecimento de medicamentos. Por esse motivo, não conta com suporte material, técnico e sanitário necessários à produção da pretendida substância, que vem sendo feita em laboratório acadêmico vinculado a aulas e pesquisas de química, colocando seriamente a saúde das pessoas em risco.

Argumenta que a situação não pode continuar, pois são constantes as intimações para cumprimento de decisões judiciais sob pena de prisão do reitor, de gestores e de servidores da universidade

Pugna pelo deferimento da medida, inclusive com efeitos expansivos, pois só na Subseção Judiciária de São Carlos são 338 processos (entre ações originárias e cartas precatórias vindas de outras localidades para cumprimento) envolvendo o fornecimento da substância.

Pondera sobre o risco da situação, pois após o deferimento da tutela, em 15.01.2016, o magistrado majorou a multa para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e determinou o bloqueio das contas da universidade.

É o relatório.

Decido.

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

A decisão combatida determinou à Universidade de São Paulo - USP, ora requerente, que no prazo de 5 dias forneça à parte adversa a substância *fosfoetanolamina sintética* que, segundo se apregoa pela imprensa, tem a capacidade de inibir a proliferação de células cancerígenas e, em alguns casos, até curar a doença.

Contudo, é sabido, até porque noticiado pela mesma imprensa, que não há prova científica capaz de atestar a eficácia da substância no tratamento da moléstia. A *fosfoetanolamina sintética* ainda não passou pelos testes clínicos necessários à sua utilização por seres humanos e não conta com o aval da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Ressalte-se que não cabe, nesta via processual, definir o mérito da demanda, se é ou não obrigação da USP fornecer a substância e se ela tem capacidade para conter a doença, mas apenas verificar se a execução da decisão, antes do seu trânsito em julgado, traz potencialidade lesiva a interesses públicos elencados no artigo 4º da Lei 8.437/92.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REFINARIA. PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

1. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual.

3. Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato de-

cisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

4. Agravo regimental improvido.

(SS 3273 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00225 RTJ VOL-00206-01 PP-00162 RCJ v. 22, n. 144, 2008, p. 117) - sublinhei.

Pois bem, por se tratar de uma droga que não pode ser considerada ainda um medicamento, surge, numa primeira análise, eventual ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da lide, uma vez que se trata de medicamento não homologado, que não é fabricado por laboratório farmacêutico e tampouco é fornecido pelo SUS. Ao reverso, cuida-se de substância manipulada em laboratório universitário de química, sem os rigores sanitários exigidos pela legislação pertinente. Diante disso, me parece, numa análise sumária, que a inclusão da União no feito serviu apenas para definir a competência da Justiça Federal e, assim, afastar-se da decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que impediu a distribuição da *fosfoetanolamina sintética* no Estado de São Paulo

A par dessa relevante situação, exsurge a constatação de que a *fosfoetanolamina sintética* vem sendo produzida e consumida sem um mínimo de rigor científico, pois não há pesquisas que atestem a eficácia da substância no organismo humano. Não é demais lembrar, neste contexto, a relevante preocupação com os efeitos colaterais que podem advir do uso indiscriminado de novas drogas, haja vista o que ocorreu num passado recente com a *talidomida*, que depois de testada sem percalços em camundongos foi indicada para evitar enjoos em pacientes grávidas e provocou deformidades físicas em milhares de crianças no mundo todo.

Portanto, o risco à saúde pública é manifesto.

De outro lado, também se mostram pertinentes a preocupação quanto à ordem e à economia públicas.

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração Pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço, a função primordial da requerente é a prestação de serviços na área de educação de nível superior, de modo que não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário tomar o lugar da Administração na escolha de quais sejam as ações prioritárias, sob pena de violação ao fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Por oportuno, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. ARTIGO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional (Precedente do STJ: AgRg no Ag 886.291/PR, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 21.09.2007).

2. *In casu*, o *thema iudicandum* - ação civil imputando obrigação de fazer à Fazenda do Estado - configura matéria de índole eminentemente constitucional, sendo certo que o deslinde da controvérsia demanda a análise de princípios constitucionais, consoante se depreende do

seguinte excerto do voto-condutor do acórdão recorrido: (...) O pleito de compelir a Administração Pública estadual a realizar obra de recuperação, restauração e conservação de estrada municipal não pode prevalecer pelos seguintes fatores. É mister a aplicação de um dos alicerces de nossa federação, o princípio da separação dos poderes, consoante disposição constitucional expressa, artigo 2º da Carta da República. *Com fundamento na separação dos poderes da Federação, atendida a independência e harmonia entre os mesmos, o Poder Judiciário não poderá apreciar o mérito do ato administrativo, nem tampouco determinar a sua execução, pois a oportunidade e conveniência, são os trilhos que o administrador tem para traçar a sua gestão, sendo, portanto, indevida a intervenção.* (fls. 770).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 995.348/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009) - grifo meu.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).

2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.

3. *Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.*

4. *Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.*

5. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

In casu, a requerente demonstra que o seu limitado quadro de recursos humanos está devidamente alocado na execução de tarefas institucionais, o ensino e a pesquisa, de forma a garantir resultados efetivos naqueles temas em que cabe a sua atuação primária.

Permitir que o Poder Judiciário interfira em suas ações, obrigando-a a atender uma demanda superior às suas possibilidades coloca em risco a ordem administrativa.

De igual modo há risco à economia pública, pois em consulta de acompanhamento processual junto ao sítio eletrônico desta E. Corte constata-se que no processo em testilha foi determinado que “a secretaria providencie o bloqueio, através do sistema bacenjud, da multa diária de R\$ 20.000,00 (no período de 03/03/2016 até 14/03/2016, inclusive) e de R\$ 50.000,00 a partir de 15.03.2016”, situação que revela grande preocupação não só em virtude dos altos valores envolvidos nestes autos, mas também em face do efeito multiplicador das demandas.

Nesse sentido há muito já decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. MADEIRA APREENDIDA DOADA AO ESTADO DO PARÁ. LEILÃO JÁ REALIZADO. ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. LIMINAR DEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO POSTULADO POR LEILOEIRO. RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA.

- Estando suficientemente demonstrado o risco de lesão à economia pública, mantém-se a decisão que deferiu a suspensão da segurança. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg na SS 1850/PA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, j. 03.12.2008, DJe 05.02.2009)

É imperioso destacar que não se ignora a relevância das ações e as esperanças deposi-

tadas na cura de uma doença que afeta milhões de cidadãos ao redor do mundo, cuja busca por tratamento muitas vezes foge da racionalidade e são depositadas na fé, na espiritualidade e em tratamentos experimentais. É certo que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado constitucionalmente, mas do preceito constitucional não se extrai a obrigatoriedade de o Poder Público assegurar tratamentos não convencionais e sem base científica.

Mesmo porque, finalizo, é ilegal a produção e o fornecimento de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos não submetidos às normas da vigilância sanitária e sujeitos a controle sanitário, como expressamente previstos nas Leis nºs 5.991/73 e 6.360/76.

Ante o exposto, DETERMINO a suspensão da tutela deferida nos presentes autos.

Com fulcro no § 8º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, estendo os efeitos desta decisão a *todas* as liminares e antecipações de tutela supervenientes em ações idênticas à que ensejou o presente pedido e proferidas no âmbito da jurisdição deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

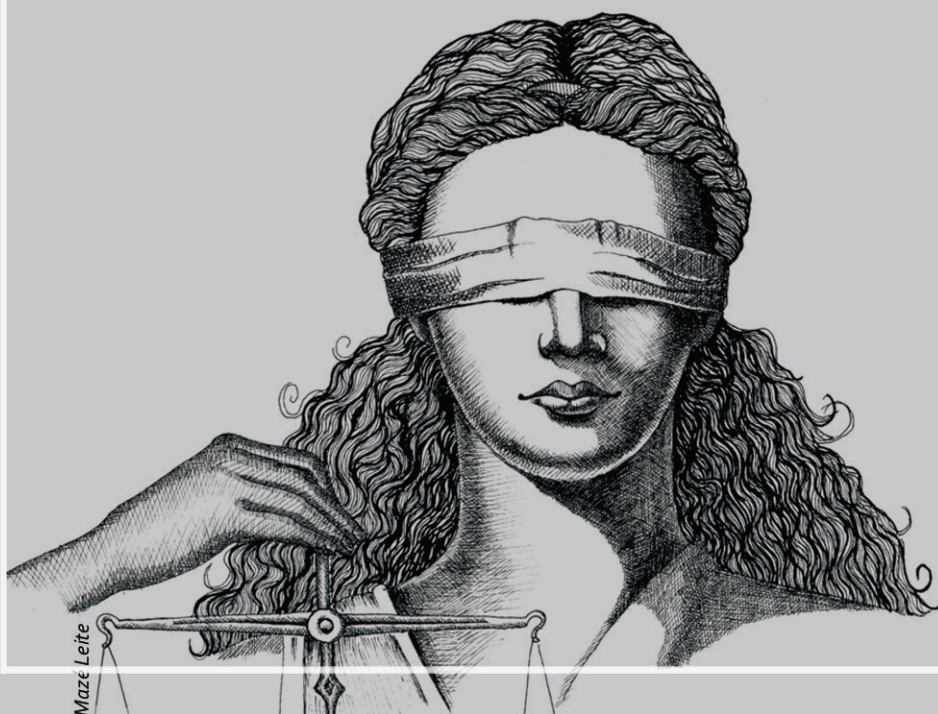
Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 22 de março de 2016.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000770-72.2008.4.03.6117
(2008.61.17.000770-4)

Apelante: FRANCO CARLOS DE MORAIS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: ACr 53414
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/04/2016

EMENTA

PENAL - ART. 273, § 1º-B, INC. I, V, DO CÓDIGO PENAL - IMPORTAÇÃO DE REMÉDIOS PROIBIDOS SEM REGISTRO NA ANVISA - INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA - AFASTAMENTO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - ERRO DE PROIBIÇÃO, ORDEM HIERÁRQUICA E ERRO DE ILICITUDE E EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - AFASTAMENTO - IMPROVIMENTO DO RECURSO DO OUTRO RÉU.

1. No que diz com a alegação de inconstitucionalidade veiculada no recurso, observa-se que a E. Quinta Turma suscitou arguição de inconstitucionalidade nos autos da ação penal nº 0000793-60.2009.4.03.6124, com fulcro no artigo 97, da Constituição Federal e artigo 11, parágrafo único, “g”, c/c artigos 173 e 174, do Regimento Interno desta C. Corte, em razão de eventual transgressão do princípio da razoabilidade quanto à pena mínima cominada ao tipo penal do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Contudo, em sessão realizada em 14 de agosto de 2013, o C. Órgão Especial desta Corte Regional rejeitou a referida arguição de inconstitucionalidade, em processo de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Federal Márcio Moraes, por entender que o rigor da pena justifica-se pela própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, além da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, as quais foram devidamente sopesadas pelo legislador.

2. A materialidade delitiva está comprovada nos autos, diante do Auto de Apresentação e Apreensão e Laudo de Exame de Produto Farmacêutico.

3. O laudo indica que os medicamentos apreendidos e submetidos a exame são de origem paraguaia consignando que nenhum dos medicamentos analisados possui registro junto à Anvisa, sendo proibida a sua comercialização no Brasil e o seu uso em todo o território nacional.

4. A autoria delitiva é incontroversa, já que o acusado transportava os medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária. Foram encontrados os medicamentos no interior do bagageiro do ônibus, conforme depoimentos dos policiais rodoviários federais que realizaram revista nos pertences transportados e relacionaram a bagagem pertencente ao réu.

5. Não prevalecem as excludentes lançadas na defesa, porquanto as provas bem demonstram a ciência por parte do réu acerca do transporte do medicamento de introdução proibida no território nacional, não havendo falar-se em obediência hierárquica entre o réu e o indivíduo que teria proposto o transporte da mercadoria, bem

como ausência de dolo, mesmo porque não foi a primeira vez que o acusado realizou o transporte proibido de mercadorias via travessia de fronteira.

6. A dosimetria da pena não merece reparo.

7. Improvimento do recurso.

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 recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO TONIASO:

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco Carlos de Moraes contra a r. sentença (fls. 286/289) que, julgando procedente a denúncia, o condenou ao cumprimento das penas de 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado e 10 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo, como incurso no art.273, § 1º, I e IV, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, para entidade apontada pelo MMº Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de cinco salários mínimos, em favor da União.

Narra a denúncia que, em 19 de julho de 2007, na Rodovia SP 255, km.147, em Jaú, SP, policiais rodoviários estaduais, em fiscalização de rotina, abordaram o ônibus interestadual proveniente de Foz do Iguaçu/PR e surpreenderam o réu transportando do Paraguai, para revender em Pratápolis, MG, 50 (cinquenta) blisters do medicamento “Potent Ciem”, com 10 (dez) comprimidos cada, em desacordo com as normas de vigilância sanitária.

O Laudo de Exame de Produtos Farmacêuticos atestou que os medicamentos analisados não são registrados na ANVISA, de forma que sua comercialização e distribuição ao uso são proibidas.

A denúncia foi recebida em 14 de maio de 2010 (fl. 82).

Sobrevinda sentença condenatória, apela o réu, conforme razões de fls. 307/313, com os seguintes argumentos:

1. O exame pericial não foi confirmado em Juízo, devendo a prova ser desconsiderada para o fim de condenação;

2. Não sabia o que carregava e simplesmente atendeu às ordens de um homem que lhe contratou para que levasse a mochila onde foram encontrados os medicamentos;

3. As testemunhas de acusação nada puderam esclarecer sobre os fatos;

4. O acusado incidiu em erro sobre a ilicitude do fato e obediência hierárquica, devendo ser absolvido;

5. Subsidiariamente, deve ser reconhecida a modalidade culposa do delito e correlata diminuição da pena em cinco vezes;

6. O acusado incidiu em erro sobre elemento do tipo que exclui o dolo e o crime;

7. Não há nos autos prova de que o medicamento seria apreendido vendido; tampouco da ciência, por parte do acusado, de que transportava o referido medicamento.

Contrarrazões de apelação pelo Ministério Público Federal (fls. 316/320) propugnam pelo improvimento do recurso.

Parecer do Ministério Público Federal, pela suspensão do feito até efetivo julgamento da arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 322/326).

É o relatório.

Feito sujeito à revisão.

Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Imputa-se ao réu a prática da conduta prevista no art. 273 § 1º e § 1-B, incisos I e V, do Código Penal, “in verbis”:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

*§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os *medicamentos*, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.*

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Trata-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência do dano a alguém. O objeto material do crime é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

É crime do tipo misto alternativo na medida em que a prática de uma ou mais condutas, desde que inseridas no mesmo contexto, implica sempre num delito único.

Sobre a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma em apreço, o qual foi ventilado no Parecer ministerial, desde logo, consigno que a Egrégia 5ª Turma deste Tribunal se deparou com o assunto, quando do julgamento da apelação criminal nº 2009.61.24.000793-5, de relatoria da eminente Desembargadora Federal Ramza Tartuce, cujo acórdão veio emendado nos termos do voto-vista do eminente Desembargador Federal Antonio Cedenho, assim expresso:

PENAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. JULGAMENTO SUSPENSO.

1. Verifica-se, no presente caso, a necessidade de se suspender o julgamento para submeter à apreciação desta E. Turma a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.677/98, no que tange a inovação legislativa do § 1º-B, I, do artigo 273 do Código Penal, em seu preceito secundário, aduzida pela defesa do apelante em suas razões recursais.

2. O Ministério Público Federal manifestou-se, opinando pela não incidência da alegada inconstitucionalidade, por considerar não haver qualquer desproporcionalidade nas penas cominadas ao tipo penal ora em comento. Restou, assim, atendido o disposto no artigo 172 do Regimento Interno desta E. Corte.

3. Portanto, submeto à apreciação deste E. Quinta Turma a referida questão, nos termos da norma contida no artigo 173 do Regimento Interno, que deve ser acolhida e, posteriormente, submetida ao Órgão Especial para análise e julgamento.

4. Defendemos uma latente ausência de proporcionalidade entre as penas cominadas e as condutas descritas no tipo penal previsto no artigo 273 do Código Penal. Não resta dúvida de que tais condutas possuem razoável gravidade e são merecedoras de punição pelo Direito Penal, porém, ainda que legalmente definidas como crime hediondo, são punidas com rigor excessivo - pena mínima de 10 (dez) anos, não se mostrando razoável a proporção de pena em cotejo às penas cominadas a crimes de igual ou até maior potencial lesivo, como, por exemplo, os de homicídio, tráfico ilícito de drogas, tortura e estupro.

5. Da mesma forma, pune com o mesmo rigor àquele que falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, CP) e aquele que importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (art. 273, § 1º-B, I, CP), não fazendo a lei distinção se o medicamento, cosmético ou saneante, sem registro, traz consequências calamitosas ou benéficas à saúde pública.

6. É evidente que a pena mínima cominada no tipo penal ora em comento, traduz em grave ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade, motivo pelo qual deve ser afastada do sistema jurídico.

7. Deve ser afastada a aplicação do preceito secundário expresso no tipo penal do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal, no que tange a pena mínima cominada ao delito, ante a sua inconstitucionalidade por transgressão ao princípio constitucional da razoabilidade, devendo ser aplicada analogicamente a pena privativa de liberdade mínima prevista no crime de tráfico de drogas - 05 (cinco) anos - previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

8. Tal medida é a que se impõe, pois ambos os crimes trazem semelhança dos bens jurídicos tutelados - saúde pública, idêntica classificação como crimes de perigo abstrato e são definidos legalmente como hediondos, além de ter o mesmo sujeito passivo, qual seja, a coletividade. E, assim sendo, a utilização da Lei de Drogas como parâmetro nos termos explanados atende ao princípio da razoabilidade, admitindo-se a aplicação da analogia in bonam partem, por se tratar de interpretação mais benéfica ao réu, de modo a reforçar a proteção contra o arbítrio do Estado de maneira mais justa e equânime.

9. Tendo em vista que a inconstitucionalidade de lei não pode ser declarada por órgão fracionário do Tribunal, nos termos da cláusula de reserva de plenário expressa no artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF, proponho a apreciação desta questão pelo Órgão Especial desta E. Corte, com base no artigo 11, parágrafo único, alínea "g", c.c. artigos 173 e 174 e seu parágrafo único, todos do Regimento Interno do TRF/3ª Região, ficando suspenso o julgamento concernente a este tema.

10. Julgamento suspenso e determinada a remessa do feito ao Órgão Especial para análise e julgamento da arguição de inconstitucionalidade (sessão realizada em 27/8/2012), na qual se

suscitou arguição de inconstitucionalidade, versando a respeito do pretense descompasso da pena mínima do preceito secundário do § 1º-B, do art. 273 do Código Penal, na redação da Lei nº 9.677/98 com a Constituição Federal.

Nos termos do voto-vista, consignou o eminente Desembargador que se não reconhecia a inconstitucionalidade, mantinha a condenação do réus, mas às penas constantes do voto da eminente relatora Ramza Tartuce.

Naquela arguição de inconstitucionalidade sob nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, o Ministério Público Federal, em Parecer ofertado em 14/5/2013 opinou pela rejeição do incidente, sob os seguintes argumentos:

a) a majoração do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, na redação da Lei nº 9.677/98, não se revela inconstitucional, na medida em que refletiu os anseios sociais como resposta estatal adequada e suficiente à conduta ilícita tipificada como crime;

b) a criação de novos tipos com a previsão de sanções rigorosas aos delitos envolvendo falsificação e adulteração de medicamentos é plenamente justificável diante do seu alto potencial lesivo, não se vislumbrando qualquer desproporcionalidade entre as penas abstratamente estipuladas, à vista da incontestável gravidade da conduta, capaz de lesar a saúde de grande número de pessoas;

c) eventual afastamento do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a aplicação da pena de outro delito, acarretaria a violação aos princípios da separação dos poderes e da legalidade, na medida em que haveria a criação de uma nova norma, com o Poder Judiciário assumindo a função de verdadeiro legislador positivo, usurpando função que não lhe pertence, devendo eventual alteração das penas cominadas ser realizada pelas vias constitucionalmente previstas;

d) o ordenamento constitucional não permite a combinação de leis penais, para criar uma terceira norma mais benéfica ao réu. Por fim, requereu a suspensão do andamento deste feito até o deslinde de idêntica arguição agilizada no âmbito do c. STJ, nos autos do HC nº 239.363/PR.

A arguição de inconstitucionalidade foi julgada pelo Órgão Especial desta Corte, que, por maioria, a rejeitou, em sessão datada de 14/8/2013, nos termos do voto condutor da eminente Desembargadora Federal Diva Malerbi, cujo acórdão veio assim ementado:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória

aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. Habeas Corpus *ex officio* não conhecido. (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 14/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2013, Rel p/ Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi).

No voto condutor, a eminente Desembargadora consignou que, “in verbis”:

O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, também já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente.

Confira-se, a esse respeito:

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA PREVISTA NO TIPO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, E PRETENSÃO DE VER ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOVO PARÂMETRO PARA A SANÇÃO. CRIAÇÃO DE TERCEIRA LEI. IMPOSSIBILIDADE. SUPPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA E PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA INJÚRIA SIMPLES. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A Lei nº 9.459/97 acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, dispondo sobre o tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva.

2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio.

3. O writ veicula a arguição de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal, que disciplina o crime de injúria qualificada, sob o argumento de que a sanção penal nele prevista - pena de um a três anos de reclusão - afronta o princípio da proporcionalidade, assentando-se

a sugestão de ser estabelecida para o tipo sanção penal não superior a um ano de reclusão, considerando-se a distinção entre injúria qualificada e a prática de racismo a que se refere o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. 3.1 - O impetrante alega inconstitucional a criminalização da conduta, porém sem demonstrar a inadequação ou a excessiva proibição do direito de liberdade de expressão e manifestação de pensamento em face da garantia de proteção à honra e de repulsa à prática de atos discriminatórios.

4. A pretensão de ser alterada por meio de provimento desta Corte a sanção penal prevista em lei para o tipo de injúria qualificada implicaria a formação de uma terceira lei, o que, via de regra, é vedado ao Judiciário. Precedentes: RE nº 196.590/AL, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 14.11.96; ADI 1822/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.12.99; AI (Agr) 360.461/MG, relator Ministro Celso de Mello, DJe de 06.12.2005; RE (Agr) 493.234/RS, relator Ricardo Lewandowski, julgado em 27 de novembro de 2007. (...) 7. Ordem de habeas corpus denegada. (destaque nosso) (HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11.06.2013, DJe 14.08.2013.).

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO.

1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica.

3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A ideia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece.

4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta.

5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida.

6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, consequentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.

7. Recurso extraordinário improvido.

(RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 18.08.2009, DJe 11.09.2009.)

Uma vez afastada a inconstitucionalidade da norma, passo ao exame do recurso.

Dos Fatos

Extraí-se da exordial acusatória que, no dia 19 de julho de 2007, policiais militares rodoviários abordaram o ônibus da empresa Nacional Expresso, linha Foz do Iguaçu/PR - Araguari/MG no qual viajava o denunciado, logrando encontrar em sua mochila, de cor preta, guardada no bagageiro externo do ônibus, 50 (cinquenta) blisters do medicamento “Potent Ciem”, com 10 (dez) comprimidos cada, totalizando 500 (quinhentos) comprimidos, os quais restaram apreendidos, conforme Boletim de Ocorrência e Auto de Exibição e Apreensão anexados aos autos.

O Laudo pericial realizado apontou que os medicamentos apreendidos são de origem estrangeira e não possuem registro da ANVISA.

Ouvido, o indiciado admitiu ter adquirido o medicamento no Paraguai e que pretendia revendê-lo no Município de Pratápolis/MG.

Diante desse contexto, o Ministério Público Federal denunciou o réu pela prática do delito art. 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e V do Código Penal.

A exordial foi recebida em 20 de maio de 2010 (fl.61).

Apurou-se nos autos que o medicamento apreendido não possuía registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), sendo proibida a sua comercialização em território nacional.

Da Materialidade

A materialidade do delito restou sobejamente comprovada.

O inquérito policial foi instaurado através de Portaria constante dos autos noticiando que o réu foi abordado no interior do ônibus, em um patrulhamento de rotina realizado por policiais rodoviários, portando em sua mochila o medicamento “Potent Ciem” de origem paraguaia e comércio proibido no Brasil.

O Auto de Apresentação e Apreensão (fls.6/7) aponta que foram encontrados em poder do acusado os comprimidos do medicamento objeto de exame pericial que resultou no Laudo de Exame de Produto Farmacêutico nº 1.086/2008 (fls. 21/25).

Os comprimidos apreendidos estavam divididos em 50 (cinquenta) blisters, totalizando 500 (quinhentos) comprimidos do medicamento. Destaco o seguinte trecho do referido laudo:

Conforme orientações emanadas do Instituto Nacional de Criminalística, o produto analisado é de origem estrangeira. O medicamento sanalisa (Potent Ciem) não possui registro na ANVISA. Adicionalmente este SETEC não dispõe de padrão autêntico do referido medicamento para a verificação de adulterações. O produto analisado apresentava o princípio ativo (Sildenafil) discriminado em seu blister.

Cabe ressaltar que a Resolução nº 3847/2006 da ANVISA determinou a suspensão, em todo o território nacional, da importação, distribuição, comércio e uso do medicamento, por não possuir registro concedido por esta Agência Nacional de Vigilância Sanitária (fl.10).

Por conseguinte, resta evidenciada a irregularidade da importação dos medicamentos com a legislação sanitária vigente, porquanto qualquer medicamento importado precisa possuir registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e deve ser fabricado por estabelecimento regular, além de passar sob o crivo de apreciação pelo Ministério da Saúde.

Nesse passo, aqueles que não cumprem esses requisitos são, consequentemente, de importação proibida.

Segundo o Laudo, verifica-se que os medicamentos apreendidos não possuem permissão no órgão competente (ANVISA) para sua comercialização e importação em território nacional, tampouco houve registro no Ministério da Saúde.

Comprovada, portanto, a materialidade, sendo despicienda a repetição da prova pericial em sede de juízo, de modo que esclarece satisfatoriamente a materialidade delitiva encerrada no quanto atestado nos autos.

Com efeito, a prova pericial bem aponta a proibição da conduta e sobre ela não paira qualquer necessidade de reiteração em fase judicial, nada havendo nos autos que a invalide, mesmo porque a oitiva dos peritos não foi pleiteada pela defesa no momento oportuno.

Da Autoria

A autoria delitiva é incontroversa.

A apreensão dos medicamentos decorreu de procedimento de fiscalização de rotina promovida no interior do ônibus, onde foi encontrado o medicamento na bagagem do réu.

As etiquetas da bagagem possuíam a numeração correspondente aos pertences do passageiro, proveniente da viagem, a evidenciar a autoria delitiva.

Assim é que Luiz Antonio Moreira, policial militar rodoviário que realizou as diligências, disse que em fiscalização de rotina fez a abordagem do ônibus da empresa Nacional Expresso, linha Foz do Iguaçu/PR-Araguari/MG e que no bagageiro externo do ônibus foi localizado dentro de uma bolsa de cor preta e cinza, de lona, 500 comprimidos “Potenticiem”, 100mg, 500DVDs, títulos diversos e 75 CDs títulos diversos, tendo sido confrontada a etiqueta que estava em referida bolsa, nº 7613, com as passagens, chegou-se a pessoa de Franco Carlos de Moraes, que assumiu a propriedade do material (fls.32 e 69/70).

Os fatos relacionados à apreensão e sua ligação com o acusado foram corroborados também pelo testemunho de Sandro Roberto Venarusso (fls. 67/68).

A testemunha Wagner de Oliveira informou que à época dos fatos elaborou o Boletim de Ocorrência constante dos autos, baseado no que lhe foi narrado pelos policiais rodoviários.

Inquirido na fase policial, disse o réu que em data que não se recorda saiu com destino ao Paraguai; lá chegando encontrou diversos ambulantes os quais lhe venderam diversos CDs e DVDs e medicamentos para impotência sexual, não tendo recebido a nota fiscal dos produtos. Afirmou que pagou R\$6 (seis) reais por cartela de medicamento e que pretendia vendê-lo na cidade de Pratápolis/MG por R\$15 (quinze) reais a cartela; que no momento em que estava passando pela cidade de Jaú/SP, foi abordado por policiais e apreendida a mercadoria. Acrescentou que não foi a primeira vez que esteve no Paraguai e que já foi aproximadamente umas dez vezes; Esclareceu que não possuía qualquer autorização para ingresso da mercadoria no território nacional e que a mesma era transportada pelo rio, onde ultrapassava-se a fronteira nacional (Paraguai-Brasil) e recolhia a mesma com o auxílio de um ônibus de circulação urbana, levando-a até a rodoviária, onde pegaria um ônibus até a cidade de Ribeirão/SP e posteriormente até Pratápolis/MG (fls. 54/55 e 60).

Em Juízo, o acusado admitiu que fazia travessia de mercadoria via Foz do Iguaçu para outras cidades da região e que ganhava R\$100,00 por trabalho, sendo esse o seu meio de vida. Negou, porém, ter ciência do que levava na sacola, admitindo inclusive que quando da apreensão realizada tinha por atividade comprar CDs e DVDs no Paraguai para revendê-los no Brasil.

As testemunhas ouvidas pouco souberam esclarecer sobre os fatos, porém, caracterizou-se a ciência por parte do acusado quanto ao transporte dos medicamentos, diante do conjunto probatório dos autos e as circunstâncias da apreensão.

Comprovada, portanto a autoria, na medida em que restou evidenciado que o réu foi o responsável pela introdução irregular dos medicamentos encontrados em sua bagagem.

Do erro de proibição

Aduz a defesa do apelante que o réu não agiu de forma dolosa, por desconhecer a ilicitude da conduta perpetrada.

Ao revés do alegado, os dados probatórios demonstram que o réu agiu de forma livre e consciente no cometimento do crime narrado na denúncia.

A alegação de que não sabia que estava cometendo um delito não tem o condão de ilidir a conduta criminosa. Isso porque o erro de proibição inevitável somente se verifica quando o agente não tem possibilidade de saber que o fato é proibido.

E, na hipótese, o réu admitiu no interrogatório que praticava o delito anteriormente aos fatos aqui tratados, incidindo novamente na conduta proibida.

Acertadamente, o MM. Juiz de primeiro grau houve por bem afastar as alegações defensivas no sentido do desconhecimento da ilicitude da conduta.

Desse modo, não há que prosperar a tese defensiva de que haveria a incidência de conduta apenas com culpa.

Ao contrário, desponta à evidência nos autos a presença de dolo, haja vista que os remédios estavam separados em cartelas, prática comum para facilitar o transporte da mercadoria e dificultar a fiscalização, não havendo razão para que o acusado separasse as caixas das cartelas se desconhecesse o caráter ilícito ou irregular da conduta.

Também não há que merecer guarida a suposta obediência hierárquica alegada devidamente afastada na sentença, ainda porque se mando houvesse por parte de alguém para a prática delitiva ainda assim a conduta seria ilegal. De todo modo, não se vê qualquer hierarquia entre o réu e a pessoa denominada “Passarinho” ou Ronaldo, quem teria proposto o transporte do medicamento mediante paga.

Mantenho, pois, a condenação do réu pelo delito previsto no art. 273, do Código Penal classificado na denúncia.

No que diz com a pena imposta que não foi objeto de recurso, nenhum reparo há de ser feito, porquanto em conformidade com os fins da pena e proporcional ao delito em comento.

Anoto que o Juízo “a quo” aplicou o preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/06, apenas no que tange à pena privativa de liberdade, não se admitindo modificação neste ponto, pena de reformatio in pejus.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009262-84.2010.4.03.6181
(2010.61.81.009262-7)

Apelante: EDUARDO PEREIRA DE SOUZA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 50310
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/04/2016

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. PECULATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INIMPUTABILIDADE NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO. SÚMULA 231 DO STJ. PENAS MÍNIMAS. ART. 95, I, CP. PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*.

1. A materialidade do delito está devidamente comprovada pelo processo administrativo instaurado pela Caixa Econômica Federal (CEF), pelas testemunhas ouvidas pelo Juízo e pelo interrogatório judicial do acusado.

2. Ao contrário do que sustenta a defesa, além das provas patentes do desvio de valores de caixas e das retiradas de contas de clientes, é igualmente claro que o réu utilizou-se da sua condição de funcionário público para as práticas delitivas, conforme prova testemunhal e o interrogatório do próprio réu.

3. A autoria delitiva está igualmente comprovada pelo processo administrativo, pelas provas testemunhais produzidas em contraditório durante a instrução processual e pela confissão judicial do acusado.

4. Não há fundamento para a exclusão da culpabilidade em razão de inimputabilidade do agente. O próprio acusado, em sede de interrogatório judicial, admite sua ciência acerca do caráter ilícito de sua conduta.

5. Ainda que se pudesse falar que o réu, mesmo consciente da ilicitude de sua conduta, não tinha condições de se autodeterminar em razão de grave patologia, a defesa não se desincumbiu do ônus de provar, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a alegada excludente de culpabilidade.

6. O fato de o réu ter sido mantido em seu cargo na CEF em nada influencia a presente ação penal. O processo administrativo reconheceu a responsabilidade do réu pelos atos ilícitos apurados, tendo inclusive lhe aplicado sanção. Ainda que tivesse sido absolvido na seara administrativa, tal não vincularia a decisão judicial em sede de ação penal, em observância à independência das esferas.

7. Dosimetria da pena. Pena-base no mínimo legal.

8. A aplicação da circunstância atenuante da confissão não autoriza a fixação da pena abaixo do mínimo legal. A Súmula nº 231, STJ é respaldada no princípio da reserva legal e da separação dos Poderes. O vocábulo “sempre”, presente no texto do art. 65, *caput*, do Código Penal, deve ser interpretado de forma teleológica, à luz do determinado pelo dispositivo penal que tipifica a conduta examinada, e não como permissão

à fixação da pena aquém do mínimo legal.

9. Aplicação da causa de diminuição prevista pelo art. 16, do Código Penal, pois “embora a última parcela do ressarcimento tenha sido paga quando já estava em curso a instrução, foi o termo de confissão de dívida assinado antes do oferecimento da denúncia (fls. 228/229), cabendo frisar que, em razão do valor a ser ressarcido, não teria o acusado condições de efetuar o pagamento de outra forma que não fosse a parcelada”.

10. Regime inicial de cumprimento da pena o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

11. As penas aplicadas ao acusado já se encontram, desde a sentença de primeiro grau, em seu patamar mínimo, de modo que não é possível reduzi-las ainda mais.

12. Art. 92, I, “a”, do Código Penal ao caso. Perda do emprego público do acusado na CEF. Impossibilidade de aplicação à luz da proibição da *reformatio in pejus*.

13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação de EDUARDO PEREIRA DE SOUZA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por EDUARDO PEREIRA DE SOUZA em face da sentença proferida pela 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP (fls. 325/334) que o condenou à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 312, *caput* e § 1º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: (i) prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, pelo período da condenação e por tempo não inferior a 7 (sete) horas semanais e (ii) prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo, em favor de entidade pública a ser indicada pelo Juízo da Execução.

A denúncia, recebida em 02.03.2011 (fls. 265/269), narra que, no dia 27.02.2009, verificou-se a falta do valor de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) no caixa de agência da Caixa Econômica Federal (CEF), sendo constatada a existência de autenticação, neste exato valor e sem contrapartida, em nome de EDUARDO. Apurou-se, ainda, movimentações indevidas em 5 (cinco) contas bancárias de clientes, que perfizeram um total de R\$ 17.390,38 (dezessete mil trezentos e noventa reais e trinta e oito centavos). Assim, a denúncia afirma que o acusado, “voluntária e conscientemente, na qualidade de funcionário público, apropriou-se de dinheiro de que tinha posse em razão do cargo, bem como subtraiu valores valendo-se de facilidade que lhe proporcionou a qualidade de funcionário público, em proveito próprio” (fls. 250).

A sentença foi publicada em 19.04.2012 (fls. 335).

Em suas razões de apelação, o réu alega, em síntese: (i) a ausência de provas para a condenação; (ii) a caracterização de excludente de culpabilidade; e (iii) a aplicação da pena em patamar mínimo, com a incidência do art. 16 e do art. 65, III, “b” e “d”, ambos do Código Penal.

Contrarrazões a fls. 349/356.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 366/368).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por EDUARDO PEREIRA DE SOUZA em face da sentença que o condenou pela prática do crime de peculato.

A *materialidade* do delito está devidamente comprovada pelo processo administrativo instaurado pela Caixa Econômica Federal (CEF) sob o nº SP.0271.2009.A.000139, que traz os extratos de movimentação de caixas, as movimentações das contas bancárias dos clientes lesados, os documentos de levantamento de evento, os e-mails automáticos de monitoração eletrônica do Sistema SIMAG, entre outros. Tais documentos comprovam tanto a falta de valores no fechamento do caixa da agência da CEF, como os débitos indevidos em contas de clientes da referida agência. Diante do conteúdo do processo administrativo em questão, o Relatório Conclusivo (fls. 144/150) registrou:

Considerando a análise dos fatos, a contextualização, as provas obtidas mediante as investigações realizadas, esta Comissão conclui que o arrolado apropriou-se indevidamente de valores que ficavam sob sua guarda, além de ter efetuado débito em contas de clientes da CAIXA, sem autorização de respectivos titulares, e de ter se utilizado de tais valores.

Ainda quanto à materialidade delitiva, as testemunhas ouvidas pelo Juízo confirmaram o desvio de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) de caixa de agência da Caixa Econômica Federal (CEF), bem como as movimentações indevidas em contas bancárias de clientes, no total de R\$ 17.390,38 (dezessete mil trezentos e noventa reais e trinta e oito centavos). Transcrevo as declarações de um dos depoentes:

Normando Kleber Xavier Alves (fls. 296): “que participou da comissão administrativa para apurar os fatos relacionados ao réu; que tal comissão constatou que havia desvio de valores do caixa e também de contas de correntistas; que pelo o que se recorda, uma cliente da agência foi reclamar ao supervisor ou gerente, de nome DANIEL TODA, de que tinha havido um desvio de sua conta;”

No mesmo sentido, o próprio EDUARDO, em sede de interrogatório judicial (fls. 300/301), admitiu tanto o desvio de valores relativos aos caixas da agência em que trabalhava, bem como a retirada de valores de contas de clientes.

A defesa sustenta a falta de provas para a condenação sob o argumento de que “não ficou evidenciado nos autos que o comportamento do apelante tenha sido aquele no qual efetiva-

mente utilizava-se da condição de funcionário para realizar condutas ilícitas, livre, consciente e voluntária” (fls. 344).

Ao contrário do que sustenta a defesa, além das provas patentes do desvio de valores de caixas e das retiradas de contas de clientes, é igualmente claro que o réu utilizou-se da sua condição de funcionário público para as práticas delitivas: só lhe foi possível apropriar-se de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) porque exercia a função de tesoureiro, responsável pelo fluxo de valores dos caixas da agência; só lhe foi possível desviar R\$ 17.390,38 (dezesete mil trezentos e noventa reais e trinta e oito centavos) das contas de clientes porque, como funcionário da agência bancária, tinha meios de efetuar débitos nestas contas. Nesse sentido, reproduzo as declarações da testemunha Normando Kleber Xavier Alves e do próprio acusado, em que é descrito o *modus operandi* da conduta criminosa:

Normando Kleber Xavier Alves (fls. 296): “que constatou-se que no final da tarde ele (EDUARDO) dava entrada escritural de valores que já havia desviado e de manhã fazia escrituralmente a saída, mas tais valores já não estavam no banco; que não foi encontrado nenhum documento que autorizasse a transferência por parte dos clientes; (...) que o réu era tesoureiro e não gerente;”

EDUARDO PEREIRA DE SOUZA (fls. 300/301): “que na CAIXA o interrogando estava substituindo tesoureiro em várias agências; (...) que como exercia a função de tesoureiro, era responsável por todo o fluxo de numerário da agência, tanto de auto-atendimento quanto do caixa, que em razão disso tinha em mãos aproximadamente a quantia de 60 mil por dia; que retirou dessa quantia os primeiros 19 mil já mencionados; (...) que posteriormente fez uma nova retirada de numerário no mesmo valor e mais uma terceira, também no mesmo valor; (...) que não tinha mais saldo para fazer tais retiradas, uma vez que era necessário colocar dinheiro nas máquinas auto-atendimento; que o interrogando, então, teve a infeliz ideia de retirar dinheiro de contas poupança que não eram movimentadas; que na época estava substituindo um tesoureiro na agência da Vila Mazzei (...)”

Assim, incontestes a materialidade delitiva.

Embora a *autoria delitiva* não integre o recurso, registro que está igualmente comprovada pelo processo administrativo nº SP.0271.2009.A.000139, pelas provas testemunhais produzidas em contraditório durante a instrução processual (fls. 296/299) e pela confissão judicial do acusado (fls. 300/301).

As razões de apelação pleiteiam o reconhecimento da inimputabilidade de EDUARDO, já que, em razão de seu vício patológico em jogos, não teria condições de avaliar sua conduta e entender a ilicitude desta à época dos fatos. Dessa forma, estaria caracterizada excludente de culpabilidade apta a resultar na absolvição do réu.

Em que pesem os argumentos da defesa, não lhe assiste razão. O acusado, em sede de interrogatório judicial (fls. 300/301), admitiu sua ciência acerca do caráter ilícito de sua conduta. Nesse sentido, declarou que não fez outras retiradas do fluxo de valores dos caixas porque precisava abastecer as máquinas de autoatendimento e que retirou dinheiro de contas que não eram movimentadas, o que demonstra seu temor de que os desvios praticados fossem descobertos. Ora, se não tivesse consciência da ilicitude de seus atos, não teria dispensado esforços para não ser descoberto. Da mesma forma, a reação de EDUARDO ao perceber que suas ações seriam investigadas, que fugiu e permaneceu incomunicável, demonstra sua consciência acerca de seus atos. A tese da defesa, assim, é contraditada pelo próprio réu.

Ainda que se pudesse falar que EDUARDO, mesmo consciente da ilicitude de sua conduta, não tinha condições de se autodeterminar em razão de grave patologia, não há nos autos

fundamento probatório de tal teoria. Apesar de pugnar pelo reconhecimento da excludente de culpabilidade, defesa não trouxe qualquer elemento que caracterizasse um mínimo de plausibilidade da sua versão, não se desincumbiu de seu ônus probatório. Logo, não há qualquer dúvida razoável acerca do dolo do acusado acerca da imputabilidade de EDUARDO.

Ressalto que, ao contrário do que argumenta a defesa, o fato de o réu ter sido mantido em seu cargo na CEF em nada influencia a presente ação penal. Isso porque o processo administrativo da CEF reconheceu a responsabilidade do réu pelos atos ilícitos apurados, tendo inclusive lhe aplicado sanção. Ainda que a pena de “rescisão do contrato de trabalho por justa causa” tenha sido revertida em recurso administrativo interposto pelo acusado, foi mantida sua responsabilização. Por fim, friso que, ainda que EDUARDO tivesse sido absolvido na seara administrativa, tal não vincularia a decisão judicial em sede de ação penal, em observância à independência das esferas.

Diante do exposto, caracterizada a materialidade, a autoria e a consciência da ilicitude do acusado, e afastada a alegada excludente de culpabilidade, mantenho a condenação.

Passo à dosimetria da pena.

Na *primeira fase*, o Juízo *a quo* fixou pena-base no mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

De fato, não há nos autos elemento que caracterize qualquer circunstância judicial desfavorável para o acusado. Assim, mantenho a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (vinte) dias-multa.

Na *segunda fase*, incidem a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, pois o réu confessou a prática do delito. Todavia, como a pena foi fixada no mínimo legal, a sentença deixou de diminuí-la, com fundamento na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

A defesa insurgiu-se contra a aplicação do teor da referida súmula do STJ ao caso em tela. Para tanto, afirma que, diante do vocábulo “sempre”, presente no caput do art. 65 do Código Penal, caberia a redução de pena abaixo de mínimo legal em caso de caracterização de circunstância atenuante. Dessa forma, a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça teria conteúdo “contra a lei, pois generaliza-se um entendimento que só poderia ser alcançado diante da análise cuidadosa do caso concreto” (fls. 346).

Ocorre que, como claro na jurisprudência pacífica e nos precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em caso de circunstância atenuante está respaldada no princípio da reserva legal e da separação dos Poderes: a determinação do legislador acerca da pena mínima e da pena máxima para cada delito específico não pode ser ignorada pelo julgador no momento da fixação da pena. Nesse sentido, o vocábulo “sempre”, presente no texto do art. 65, caput, do Código Penal, deve ser interpretado de forma teleológica, à luz do determinado pelo dispositivo penal que tipifica a conduta examinada.

Para melhor elucidar a lógica irretocável por trás da súmula, transcrevo trecho de um de seus precedentes:

A quaestio não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do C.P., mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, *ad argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível

concepção unilateral na relação culpabilidade/pena (...). Por último, a expressão “sempre atenuam” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudesse levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da *ampla indeterminação*).

(STJ, REsp 146.056/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 07.10.1997, DJ 10.11.1997 - grifos no original)

Dessa forma, apesar da configuração da atenuante da confissão, não há de se falar em redução da pena, vez que esta já está no mínimo legalmente determinado.

No que diz respeito à incidência da circunstância atenuante do art. 65, III, b, do Código Penal, deixo de aplicá-la, vez que o fato de o acusado ter ressarcido integralmente os valores desviados caracteriza arrependimento posterior. Logo, será sopesado na terceira fase desta dosimetria.

Mantenho, portanto, a pena em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, incide a causa de diminuição prevista pelo art. 16, do Código Penal. Isso porque, como bem entendeu o Juízo *a quo*, “embora a última parcela do ressarcimento tenha sido paga quando já estava em curso a instrução, foi o termo de confissão de dívida assinado antes do oferecimento da denúncia (fls. 228/229), cabendo frisar que, em razão do valor a ser ressarcido, não teria o acusado condições de efetuar o pagamento de outra forma que não fosse a parcelada” (fls. 333).

Assim, também reconheço a causa de diminuição do arrependimento posterior, com a aplicação de patamar de redução de 1/3 (um terço), fixando a pena em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, a qual torno definitiva, visto que não ocorrem outras causas de aumento ou de diminuição.

O valor de cada dia-multa fica fixado no mínimo legal, pois não há nos autos indicativos de que a situação econômica do réu recomende eventual aumento.

O regime inicial aberto para cumprimento das penas privativas de liberdade foi corretamente determinado pelo juízo de primeiro grau, pois, para sua fixação, deve-se considerar, além da quantidade da pena aplicada, as condições pessoais do réu e as circunstâncias concretas do fato (CP, art. 33, §§ 2º e 3º).

Mantenho, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois essa substituição mostra-se suficiente, nos termos do art. 44 do Código Penal. Contudo, altero, de ofício, a destinação da prestação pecuniária, que deve ser revertida à União. Assim, a pena privativa de liberdade fica substituída por (i) prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, pelo período da condenação e por tempo não inferior a 7 (sete) horas semanais e (ii) prestação pecuniária, em favor da União, equivalente a 1 (um) salário mínimo.

As penas aplicadas ao acusado já se encontram, desde a sentença, em seu patamar mínimo, de modo que não é possível reduzi-las ainda mais.

Por fim, registro que o acusado é empregado público ligado à CEF, de modo que tinha deveres para com a Administração Pública que foram violados ao ser condenado pela prática de crime de peculato. Verifico, ainda, que a pena a ele imposta é superior a 1 (um) ano. Portanto, aplicar-se-ia ao caso o disposto art. 92, I, a, do Código Penal, ou seja, como efeito da condenação o acusado deveria perder seu emprego na CEF. Todavia, tendo em vista que tal aspecto não

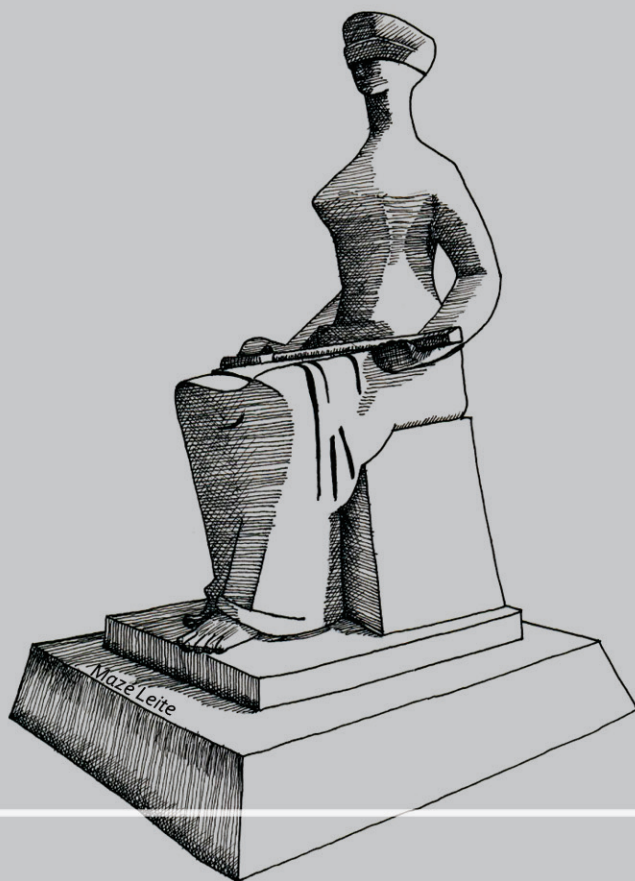
foi abordado pela sentença condenatória e que não há recurso do Ministério Público Federal, em observância à proibição da *reformatio in pejus*, deixo de aplicar o referido efeito ao caso.

Posto isso, NEGO PROVIMENTO à apelação de EDUARDO PEREIRA DE SOUZA, na forma acima estabelecida.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



EMBARGOS INFRINGENTES
0045882-63.2005.4.03.9999
(2005.03.99.045882-5)

Embargante: SEBASTIANA DA SILVA GOMES (= ou > de 60 anos)
Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CACONDE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: EI 1064126
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2016

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, §7º, II, DO CPC DE 1973. ART. 1040, II, DO CPC DE 2015. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

1 - O E.STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à minguada de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que “*o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor*”. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

2 - Colhe-se do relatório social, realizado em 09/12/2004, que a requerente residia com seu marido, Sr. Vitor Ferreira, que também é pessoa idosa, contando à época com 74 anos de idade, além de 01 filho, Sr. Claudino

Ferreira, solteiro e à época com 51 anos de idade, e 01 neto, com 11 de idade. A renda familiar da autora era proveniente da aposentadoria por idade, no valor de R\$ 310,00, recebida por seu marido, além da remuneração recebida por seu filho como trabalhador rural, no valor de 01 salário mínimo, e a pensão recebida por seu neto, no valor de R\$ 87,00. Neste ponto, cumpre observar que, tratando-se de pessoa idosa, a aposentadoria por idade recebida pelo marido da autora não poderia ser considerada no cálculo da renda familiar, por aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003. Nesse sentido, já decidiu o C. STJ no REsp nº 1.355.052/SP.

3 - Desse modo, excluindo a aposentadoria do marido da autora, a renda familiar per capita corresponde a pouco mais de 1/4 do salário mínimo.

4 - Restou demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

5 - Em consulta ao Sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que a partir de 19/03/2013 a autora passou a receber aposentadoria por idade rural (NB 41/167.354.143-4). Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora ao benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, a ser implantado a partir da data do requerimento administrativo (22/03/2004 - fls. 23), conforme determinado pelo voto minoritário e pela r. sentença de primeiro grau, devendo ser cessado em 18/03/2013, tendo em vista a impossibilidade de cumulação do benefício assistencial com aposentadoria.

6 - Em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, §7º, inciso II, do CPC de 1973, correspondente ao artigo 1040, inciso II, do CPC de 2015, embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *em juízo de retratação nos termos do artigo 543-C, §7º, inciso II, do CPC de 1973, correspondente ao artigo 1040, inciso II, do CPC de 2015, dar parcial provimento aos embargos infringentes*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes devolvidos pela Vice-Presidência desta E. Corte, para fins de aplicação do disposto no artigo 543-C, §7º, inciso II, do CPC de 1973, correspondente

ao artigo 1.040, inciso II, do CPC de 2015.

Os presentes embargos infringentes foram interpostos por Sebastiana da Silva Gomes (fls. 178/191) em face de v. acórdão proferido pela Nona Turma desta E. Corte (fls.156), que, por maioria de votos, deu provimento à apelação do INSS e revogou a tutela antecipada, para reformar a sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, nos termos do voto da Exma. Juíza Federal Convocada Ana Lúcia Iucker, com quem votou a Exma. Desembargadora Federal Marisa Santos.

Por sua vez, o voto vencido, da lavra da Exma. Juíza Federal Convocada Vanessa Mello negava provimento à apelação do INSS, para manter a r. sentença de primeiro grau.

A parte embargante requer a prevalência do voto vencido, alegando que restou comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de assistência social ao idoso.

Não obstante tenha sido devidamente intimada, a parte embargada não apresentou contrarrazões (fls. 195).

Os embargos interpostos pela parte autora foram admitidos às fls. 199/201.

Em parecer de fls. 221/22, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Por meio de acórdão proferido em 26/05/2011, a Terceira Seção desta E. Corte, por unanimidade, negou provimento aos embargos infringentes (fls. 276/277).

Inconformados, a parte autora e o Ministério Público Federal interpuseram recursos especiais às fls. 242/261 e 287/303, respectivamente.

A E. Vice-Presidência desta Corte, por meio de decisão de fls. 311/312, determinou a devolução dos autos para o órgão julgador para verificação da possibilidade de retratação do julgamento dos embargos infringentes, tendo em vista as decisões proferidas pelo C. STJ no REsp nº 1.355.052/SP e no REsp nº 1.112.557/MG, cujas ementas seguem abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI nº 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA PER CAPITA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.

1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.

2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ nº

08/2008.

(STJ, REsp nº 1.355.052/SP, Primeira Seção, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 05/11/2015)

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(STJ, REsp nº 1.112.557/MG, Terceira Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/11/2009)

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Sebastiana da Silva Gomes (fls. 178/191) em face de v. acórdão proferido pela Nona Turma desta E. Corte (fls.156), que, por maioria de votos, deu provimento à apelação do INSS e revogou a tutela antecipada, para reformar a sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, nos termos do voto da Exma. Juíza Federal Convocada Ana Lúcia Iucker, com quem votou a Exma. Desembargadora Federal Marisa Santos.

O voto majoritário (fls. 153/155), da lavra da Exma. Juíza Federal Convocada Ana Lúcia Iucker, que julgou improcedente o pedido da parte autora, foi fundamentado nos seguintes termos:

(...)

A ação foi proposta em maio de 2004 quando a autora contava com 66 anos de idade.

A autora preencheu o requisito idade (65 anos), de acordo com a Lei nº 10.741/03.

Entretanto, no laudo sócio-econômico de fls. 69/71, foi constatado que a família possuía dois integrantes (autora e seu marido) e a renda total era de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais) em dezembro de 2004, o que resulta em renda *per capita* de R\$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais), superior ao determinado no artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93.

O filho maior e o neto, não podem ser considerados, para os efeitos do § 1º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, como componentes da família.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu a matéria em exame, no sentido de que a previsão do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 contém hipótese objetiva de prestação assistencial pelo Estado, a exemplo:

(...)

Destarte, não obstante o fato de tratar-se de pessoa idosa, a parte autora não faz jus ao benefício, uma vez que não preenche o requisito imposto em lei quanto à renda per capita igual ou inferior a ¼ do salário mínimo.

Julgo prejudicada a apreciação do prequestionamento legal, formulado pelo INSS em suas razões de apelação, em face da reforma da sentença.

Sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita, deixo de condená-la ao pagamento de honorários advocatícios, ressalvado o meu posicionamento no sentido de ser cabível a condenação, nos termos do artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Posto isso, DOU PROVIMENTO à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos do artigo 269, Inciso I, do Código de Processo Civil. Sendo a autora beneficiária da justiça gratuita, deixo de condená-la ao pagamento de honorários advocatícios, ressalvado o meu posicionamento no sentido de ser cabível a condenação, nos termos do artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Revogo a tutela anteriormente concedida.

Expeça-se ofício ao INSS para que cancele o benefício da autora no prazo máximo de vinte dias. As quantias recebidas a título de benefício não serão repetidas em virtude de seu caráter alimentar e o recebimento de boa-fé.

É o voto.

Por seu turno, o voto vencido (fls. 208/2012), da lavra da Exma. Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, foi fundamentado nos seguintes termos:

(...)

Tenho que o pedido procede.

No caso em exame, a ação foi proposta em maio de 2004 quando a autora contava com 66 (sessenta e seis) anos de idade.

Preencheu o requisito etário, correspondente a 65 (sessenta e seis) anos de idade, em consonância com a Lei nº 10.741/03.

Segundo o laudo socioeconômico, de fls. 69/71, verifica-se que a família possui dois integrantes, ela e seu esposo, com renda total de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais) em dezembro de 2004. O fato resultava em renda 'per capita' de R\$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais), superior ao determinado no artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93.

Contudo, o laudo informou que residem no lar quatro pessoas: a requerente, seu esposo, de 74 (setenta e quatro) anos de idade, o filho do casal, de 51 (cinquenta e um) anos e o neto, de 11 (onze) anos de idade.

Ademais, o cônjuge da requerente é inválido, sofreu um acidente quando trabalhava na Usina Itaiquara e perdeu uma vista. A outra vista está com catarata e ele quase não enxerga. Acresça-se que ele sofre de dores muito fortes nas pernas, o que o impede de se locomover. Considerando-se a situação socioeconômica demonstrada nos autos, e o que preleciona o art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, conclui-se pela necessidade de concessão do benefício. Conforme a Turma Nacional de Uniformização, o fato de o idoso perceber benefício de um salário mínimo não constitui óbice para que o autor de benefício assistencial, ainda que da mesma família, seja atendido.

(...)

De outra feita, vale lembrar, ainda, que o §1º do art. 20, da Lei nº 8.742/93 extrai o conceito de família do art. 16, da Lei nº 8.213/91. Assim, a filha solteira e o neto não constituem família da autora, para fins de assistência social.

(...)

Assim sendo, constatou-se que a autora não desfruta de condições reais e efetivas de ter suas necessidades providas pela família, além de não poder, por si, prover à própria manutenção. Ademais, não se pode olvidar que o benefício de prestação continuada destina-se a amparar aqueles que não possuem a mínima condição de sobrevivência, beirando à verdadeira miséria, o que se verifica no caso retratado nos autos.

Pelas razões expostas, tenho que o pedido procede. A autora preenche os requisitos necessários à percepção do benefício de prestação continuada, de cunho assistencial, preconizado no art. 203, V, da Constituição Federal em vigor.

Entendo assistir razão ao voto minoritário.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, *caput*, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o E.STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extra-

ordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que “o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor”. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

In casu, a postulante, nascida em 06/07/1937 (fls. 15), propôs ação requerendo a concessão de benefício de assistência social ao idoso.

O requisito etário foi preenchido em 06/07/2002.

No que se refere ao requisito da miserabilidade, cumpre observar que não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social, realizado em 09/12/2004 (fls. 69/71), que a requerente residia com seu marido, Sr. Vitor Ferreira, que também é pessoa idosa, contando à época com 74 (setenta e quatro) anos de idade, além de 01 (um) filho, Sr. Claudino Ferreira, solteiro e à época com 51 (cinquenta e um) anos de idade, e 01 (um) neto, com 11 (onze) de idade.

A renda familiar da autora era proveniente da aposentadoria recebida por seu marido, no valor de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais), além da remuneração recebida por seu filho como trabalhador rural, no valor de 01 (um) salário mínimo, e a pensão recebida por seu neto, no valor de R\$ 87,00 (oitenta e sete reais).

Neste ponto, cumpre observar que, tratando-se de pessoa idosa, a aposentadoria recebida pelo marido da autora não poderia ser considerada no cálculo da renda familiar, por aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003. Nesse sentido, já decidiu o C. STJ, em julgamento submetido ao regime dos recursos repetitivos, no REsp nº 1.355.052/SP.

Desse modo, excluindo a aposentadoria do marido da autora, a renda familiar *per capita* corresponde a pouco mais de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Vale dizer também que, segundo consta do relatório social, a autora é portadora de diabetes e de câncer de pele, além de apresentar problemas no coração. Por sua vez, o marido da autora perdeu a visão de um dos seus olhos, sendo que está com catarata no outro olho, assim como possui problemas de circulação que dificultam a sua locomoção. Portanto, constata-se que tanto a autora como o seu marido possuem sérios problemas de saúde, havendo necessidade de aquisição de diversos medicamentos para o casal.

Tais fatos foram corroborados pelos depoimentos das testemunhas (fls. 80/82), as quais informaram que, embora a autora receba ajuda eventual de um de seus filhos, ela e seu marido vivem em sérias dificuldades financeiras.

Consta ainda do relatório social que nos fundos da casa da autora há uma edícula de 03 (três) cômodos, onde reside uma de suas filhas, Sueli Gomes, com 33 (trinta e três) anos de idade à época, mãe de uma criança de 07 (sete) anos. Contudo, como se trata de outra residência, tanto Sueli como sua filha integram núcleo familiar diverso da autora, para fins de concessão de benefício assistencial, a teor do disposto no artigo 20, §1º, da Lei nº 8.742/93.

Tecidas essas considerações, entendo demonstrada, quantum satis, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

Nesse sentido, seguem alguns julgados proferidos por esta E. Corte em casos análogos ao presente:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DO VOTO VENCIDO. PRELIMINAR REJEITADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI nº 8.742/93. MISERABILIDADE CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1. A ausência da juntada do voto vencido, no caso, não é empecilho ao conhecimento do recurso, por ser, facilmente aferível, a partir do voto da relatora e da minuta de julgamento, a extensão da divergência no tocante ao requisito da miserabilidade, o que possibilitou não só a plena defesa do réu, como também a própria prestação jurisdicional.

2. No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93 e regulamentado pelo Decreto nº 1.744/95, notadamente a hipossuficiência econômica da parte autora.

3. Quanto a essa questão, o critério do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente. Precedentes.

4. Segundo o estudo social, a parte autora, sem renda, reside com sua irmã (curadora), cunhado e três sobrinhos em uma Chácara, cujas despesas de água, luz e IPTU são pagas pelo proprietário.

5. É importante destacar que a irmã, assim como cunhado e sobrinhos, formam núcleo familiar diverso, por não estarem no rol dos parentes que compõe a família, para fins de apuração da renda per capita, estabelecido no artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, com redação vigente à época da prolação do julgado (30/11/2009).

6. De igual teor é o artigo 625, § 6º, da IN nº 20 INSS/PRES, de 10 de outubro de 2007: “Não integram o grupo familiar as pessoas não elencadas no rol do art. 16 da Lei nº 8.213/91, ainda que tenham sob sua curatela o deficiente ou venham a acolher idoso”.

7. Conclui-se, desse modo, não ser possível considerar os rendimentos auferidos por sua irmã, cunhado e sobrinhos, para fins de verificar a condição econômica da parte autora.

8. Preliminar rejeitada. Embargos infringentes providos.

(TRF 3ª Região, EI 1420801/SP, Proc. nº 0015998-47.2009.4.03.9999, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 Judicial 1 26/08/2014)

ASSISTENCIAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF. RENDA

FAMILIAR PER CAPITA. ART. 20, §3º, DA LEI Nº 8.742/93. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.

1. Para a concessão do benefício de assistência social (LOAS) faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1) ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01.10.2003); 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo (art. 203, V, da CF; art. 20, § 3º, e art. 38 da Lei nº 8.742 de 07.12.1993).

2. Preenchidos os requisitos legais ensejadores à concessão do benefício.

3. O C. Supremo Tribunal Federal já decidiu não haver violação ao inciso V do art. 203 da Magna Carta ou à decisão proferida na ADIN nº 1.232-1-DF, a aplicação aos casos concretos do disposto supervenientemente pelo Estatuto do Idoso (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003).

4. Por aplicação analógica do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, não somente os valores referentes ao benefício assistencial ao idoso devem ser descontados do cálculo da renda familiar, mas também aqueles referentes ao amparo social ao deficiente e os decorrentes de aposentadoria no importe de um salário mínimo.

5. Agravo Legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, APELREEX 00084908020094036109, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, e-DJF3 Judicial 1 18/09/2013)

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO LEGAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRESENTES OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

(...)

III - A questão em debate consiste em saber se o(a) autor(a) faz jus ao benefício que pretende receber, à luz do inciso V do art. 203 da Constituição Federal, c.c. art. 139 da Lei nº 8.213/91 e art. 20 da Lei nº 8.742 de 07/12/1993. Para tanto, é necessário o preenchimento de dois requisitos estabelecidos pelo artigo 20, da Lei Orgânica da Assistência Social: I) ser pessoa portadora de deficiência que incapacite para o trabalho ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, conforme o artigo 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e II) não possuir meios de subsistência próprios ou de familiares.

IV - A Lei 12.435/11 alterou o conceito de família, dando nova redação ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, não mais remetendo ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 para identificação dos componentes do grupo familiar.

V - O Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de reclamação, que a miserabilidade pode ser aferida por outros meios, desaconselhando a aplicação rígida do artigo 20, § 3º, parte final, da Lei nº 8.742/93 (conforme RcL 3805/SP - Relatora:Ministra Carmen Lúcia, em julgamento realizado em 09/10/2006, publicado no DJ de 18/10/2006, pp - 00041).

VI - Demanda ajuizada em 13.03.2008, o(a) autor(a) com 51 anos (data de nascimento: 14.03.1957), representado por sua genitora e curadora, instrui

a inicial com os documentos, de fls. 13/49, dos quais destaco: comunicado de indeferimento de amparo social ao deficiente, formulado na via administrativa em 22.11.2005.

VII - Laudo médico pericial, datado de 23.04.2009, conclui que o requerente é portador de retardo mental congênito em grau moderado a severo. Conclui que está incapaz de forma total e permanente para todas as atividades laborativas e para a vinda independente.

VIII - Pessoa portadora de deficiência é aquela que está incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão dos males que a cometem, como é o caso dos autos. O rol previsto no artigo 4º, do Decreto nº 3.298/99 não é exaustivo.

IX - Estudo social, datado de 06.09.2010, informa que o requerente reside com os pais (núcleo familiar composto por 3 integrantes), em imóvel próprio. A renda familiar, de um salário-mínimo, advém da aposentadoria do genitor.

X - Decisão deve ser reformada, para que seja concedido o benefício ao(à) requerente, tendo comprovado a situação de miserabilidade, à luz da decisão do E. STF (ADI 1232/DF - Julgado - 27/08/98 - Rel. Min. Ilmar Galvão), em conjunto com os demais dispositivos da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que não tem condições de manter seu próprio sustento nem de tê-lo provido por sua família, já que o núcleo familiar é composto por 3 pessoas que possuem renda mínima.

XI - Termo inicial deve ser fixado na data da citação (16.07.2008), momento em que a Autarquia tomou ciência da pretensão do(a) autor(a), tendo em vista que decorreu um grande lapso temporal entre o requerimento administrativo (22.11.2005) e a propositura da demanda (13.03.2008), sendo impossível afirmar se presentes os requisitos ensejadores do benefício desde aquela ocasião.

XII - Ressaltada a exigência de revisão a cada dois anos, a fim de avaliar as condições que permitem a continuidade do benefício, em face da expressa previsão legal (art. 21, da Lei nº 8.742/93), em razão da possibilidade de alteração do núcleo familiar, tanto no que diz respeito ao número de pessoas, quanto a renda auferida.

XIII - A correção monetária do pagamento das prestações em atraso deve obedecer aos critérios das Súmulas 08 desta Corte e 148 do S.T.J., combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal.

XIV - Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês.

XV - A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97. XVI - Verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação até a sentença, em homenagem ao entendimento desta E. 8ª Turma.

XVII - As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo apenas as em reembolso.

XVIII - Levando em conta que se cuida de prestação de natureza alimentar, estando presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 462 do C.P.C., impõe-se à antecipação da tutela.

XIX - Agravo legal provido.

(TRF 3ª Região, AC 00018108020084036120, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, e-DJF3 Judicial 1 10/08/2012)

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO. MISERABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Observe-se que, se por um lado, a Lei nº 8.742/93, no § 3º do seu artigo 20, exige renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo para a concessão do amparo social, a Constituição Federal garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou idosa que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, por outro lado. II - As despesas superam a única receita auferida pelo grupo familiar no valor de 1 (um) salário-mínimo, donde se torna evidente o estado de miserabilidade da parte autora. III - Convém esclarecer que se opera integração e interpretação sistemática da Lei nº 8.742/93 ante a Constituição Federal, ao se desconsiderar o valor de um salário mínimo, conforme o número de idosos no cálculo da renda familiar. IV - Sob outro aspecto, a 3ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Petição nº 7203/PE, apresentada pelo INSS, resolveu, à unanimidade, reconhecer a possibilidade de se excluir do cálculo da renda familiar todo e qualquer benefício de valor mínimo recebido por pessoa maior de 65 (sessenta e cinco) anos, em expressa aplicação analógica do contido no art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, tese esta que também foi adotada no voto condutor. V - Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, EI 1475969/SP, Proc. nº 0042786-98.2009.4.03.9999, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, e-DJF3 Judicial 1 13/11/2012)

Outrossim, em consulta ao Sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que a partir de 19/03/2013 a autora passou a receber aposentadoria por idade rural (NB 41/167.354.143-4).

Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora ao benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, a ser implantado a partir da data do requerimento administrativo (22/03/2004 - fls. 23), conforme determinado pelo voto minoritário e pela r. sentença de primeiro grau, devendo ser cessado em 18/03/2013, tendo em vista a impossibilidade de cumulação do benefício assistencial com aposentadoria.

As parcelas vencidas devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIS 4357 e 4425.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º.

No que concerne aos honorários advocatícios, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC de 2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Ante o exposto, em juízo de retratação, com fundamento no artigo 543-C, §7º, inciso II, do CPC, correspondente ao artigo 1.040, inciso II, do CPC de 2015, dou parcial provimento aos embargos infringentes, a fim de que seja reconhecido o direito da autora à concessão do benefício a partir da data do requerimento administrativo (22/03/2004) até 18/03/2013.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0041611-74.2006.4.03.9999
(2006.03.99.041611-2)

Apelante: IRACI ALVES DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE JACAREÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: AC 1153484
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2016

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. ATIVIDADE RURAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONECTÁRIOS LEGAIS.

I - Com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, a aposentadoria por tempo de serviço foi convertida em aposentadoria por tempo de contribuição, tendo sido excluída do ordenamento jurídico a aposentadoria proporcional, passando a estabelecer o artigo 201 da Constituição Federal o direito à aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, ao completar 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher.

II - Entretanto, o art. 3º da referida Emenda garantiu o direito adquirido à concessão da aposentadoria por tempo de serviço a todos aqueles que até a data da sua publicação, em 16 de dezembro de 1998, tivessem cumprido todos os requisitos legais, com base nos critérios da legislação então vigente.

III - Ao segurado inscrito perante o Regime Geral de Previdência Social anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, mas que, nessa data (16 de dezembro de 1998), ainda não tivesse preenchido os requisitos necessários à sua aposentação, mesmo na forma proporcional, aplicam-se as regras de transição estabelecidas pelo art. 9º da referida norma constitucional.

IV - Foram contempladas, portanto, três hipóteses distintas à concessão da benesse: segurados que cumpriram os requisitos necessários à concessão do benefício até a data da publicação da EC 20/98 (16/12/1998); segurados que, embora filiados, não preencheram os requisitos até o mesmo prazo; e, por fim, segurados filiados após a vigência daquelas novas disposições legais.

V - No caso dos autos, restou efetivamente comprovada a atividade rural exercida sem registro em CTPS, bem como a especialidade do labor em condições insalubres.

VI - A somatória do tempo de serviço laborado pela parte autora autoriza a concessão do benefício pleiteado, ante o preenchimento dos requisitos legais.

VII - A data de início do benefício é, por força do inciso II, do artigo 49 combinado com o artigo 54, ambos da Lei nº 8.213/91, a data da entrada do requerimento e, na ausência deste ou em caso da não apresentação dos documentos quando do requerimento administrativo, será fixado na data da citação do INSS.

VIII - A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

IX - Os juros de mora são devidos na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, 0,5% ao mês.

X - Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento da Nona Turma desta Corte e em consonância com a Súmula/STJ nº 111.

XI - Caberá ao INSS calcular o tempo de serviço para a concessão do benefício de acordo com os períodos reconhecidos nos autos, vinculado aos termos da coisa julgada, somando-se ao tempo de contribuição incontroverso.

XII - Remessa oficial parcialmente provida. Apelação provida.

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, conhecer da remessa oficial como tida por interposta, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS, objetivando o reconhecimento de tempo de serviço rural, sem registro em CTPS e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

A r. sentença de fls. 63/65 julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para reconhecer 06 (seis) anos de trabalho rural, exercidos sem formal registro em CTPS, entre 1972 e 1978, porém, julgou improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Apelação da autora às fls. 72/77, em que alega que, a soma do trabalho rural reconhecido ao total de trabalho urbano admitido na seara administrativa (22 anos, 11 meses e 02 dias), ser suficiente à concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, de acordo com as regras vigentes anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 20/98.

Em decisão monocrática proferida pela Excelentíssima Desembargadora Federal Relatora Marisa Santos (fls. 104/105), foi dado provimento à apelação da parte autora, com a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, de acordo com as regras vigentes até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98.

Em julgamento colegiado, a 9ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, negou provimento

ao agravo legal oposto pelo INSS, através do qual questionava a ausência de reexame necessário, em virtude de a sentença de primeiro grau ter sido ilíquida.

Interposto recurso especial pelo INSS, o Colendo Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida às fls. 156/157, deu provimento ao recurso determinando o retorno dos autos a este e. Tribunal, a fim de que seja apreciado o reexame necessário, de acordo com jurisprudência consolidada por aquela corte, no REsp 1.101.727/PR, no sentido de ser “obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Em cumprimento à decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 156/157), passo a análise dos autos por força da remessa oficial obrigatória.

1. DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO

O primeiro diploma legal brasileiro a dispor sobre a aposentadoria por tempo de serviço foi a Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Referido benefício era concedido apenas aos ferroviários, possuindo como requisito a idade mínima de 50 (cinquenta) anos, tendo sido suspensa no ano de 1940.

Somente em 1948 tal aposentadoria foi restabelecida, tendo sido mantida pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS), que preconizava como requisito para a concessão do benefício o limite de idade de 55 (cinquenta e cinco) anos, abolido, posteriormente, pela Lei nº 4.130, de 28 de agosto de 1962, passando a adotar apenas o requisito tempo de serviço.

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram tal benefício com salário integral, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna manteve o benefício, disciplinando-o em seu art. 202 (redação original) da seguinte forma:

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:

(...)

§1º: É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

Antes da Emenda Constitucional nº 20/98, de 15 de dezembro de 1998, preceituava a Lei nº 8.213/91, nos arts. 52 e seguintes, que o benefício de aposentadoria por tempo de serviço era devido ao segurado que, após cumprir o período de carência constante da tabela progressiva

estabelecida pelo art. 142 do referido texto legal, completar 30 anos de serviço, se homem, ou 25, se mulher, iniciando no percentual de 70% do salário-de-benefício até o máximo de 100% para o tempo integral aos que completarem 30 anos de trabalho se mulher, e 35 anos de trabalho se homem.

Na redação original do art. 29, *caput*, §1º, da Lei de Benefícios, o salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36, apurados no período não superior a 48 meses. Ao segurado que contava com menos de 24 contribuições no período máximo estabelecido, o referido salário corresponde a 1/24 da soma dos salários-de-contribuição.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, a aposentadoria por tempo de serviço foi convertida em aposentadoria por tempo de contribuição, tendo sido excluída do ordenamento jurídico a aposentadoria proporcional, passando a estabelecer, nos arts. 201 e 202 da 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:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher;

Art. 202 O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

Entretanto, o art. 3º da referida Emenda garantiu o direito adquirido à concessão da aposentadoria por tempo de serviço a todos aqueles que até a data da sua publicação, em 16 de dezembro de 1998, tivessem cumprido todos os requisitos legais, com base nos critérios da legislação então vigente.

Foram contempladas, portanto, três hipóteses distintas à concessão da benesse: segurados que cumpriram os requisitos necessários à concessão do benefício até a data da publicação da EC 20/98 (16/12/1998); segurados que, embora filiados, não preencheram os requisitos até o mesmo prazo; e, por fim, segurados filiados após a vigência daquelas novas disposições legais.

No caso do segurado inscrito perante o Regime Geral de Previdência Social anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 mas que, nessa data (16 de dezembro de 1998), ainda não tivesse preenchido os requisitos necessários à sua aposentação, mesmo na forma proporcional, com pelo menos 30 anos, se do sexo masculino, aplicam-se as regras de transição estabelecidas pelo art. 9º da referida norma constitucional, assim descritas:

a) limite etário mínimo de 53 (cinquenta e três) anos para os homens e 48 (quarenta e oito) anos para as mulheres;

b) tempo de contribuição para a aposentadoria integral de pelo menos 35 (trinta e cinco) anos para homens e 30 (trinta) anos para as mulheres, mais o período adicional “pedágio” na proporção de 20% (vinte por cento) do tempo que faltaria na data da publicação da Emenda para atingir o limite de tempo;

c) tempo de contribuição para a aposentadoria proporcional de 30 (trinta) anos para os homens e 25 (vinte e cinco) anos para as mulheres, mais o período adicional “pedágio” na proporção de 40% (quarenta por cento) do tempo faltante na data da publicação da Emenda para atingir o limite de tempo.

Na hipótese da aposentadoria integral, firmou-se o entendimento acerca da não aplicabilidade da idade mínima e pedágio, exigências que remanescem tão-somente para a jubilação proporcional.

O julgado proferido por esta 9ª Turma é exemplificativo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IDADE MÍNIMA EXIGIDA PELA EC 20/98. INEXIGIBILIDADE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO INTEGRAL. REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC DEMONSTRADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

II - Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. III - Conclusão decorre da exegese sistemática do tratamento dado à matéria pela Constituição Federal, e que se encontra devidamente assimilado na Instrução Normativa nº 95, de 07 de outubro de 2003.

IV - Agravo parcialmente provido.

(AG 216632, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 28/02/2005, v.u., DJU 22/03/2005, p. 448).

Outro não é o entendimento da mais abalizada doutrina sobre o assunto, conforme escólio de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior:

(...) optando pela regra temporária, o segurado necessita atender ao requisito de idade mínima e do pedágio. Pela regra permanente, não há idade mínima, nem pedágio. Neste quadro, restou esvaziada a regra temporária, a não ser no caso de aposentadoria proporcional, pois nenhum segurado irá optar pela regra temporária. (*in* Comentários à Lei de Benefício da Previdência Social, 3ª ed., pág. 193. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

Por fim, a própria Autarquia Previdenciária perfilhou do entendimento citado, conforme contido nas Instruções Normativas nº 57/2001, 84/2002, 95/2003 e 118/2005.

2. DA ATIVIDADE RURAL:

2.1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963, que dispunha sobre o “Estatuto do Trabalhador Rural”, já considerava como segurado obrigatório o trabalhador rural, inclusive os pequenos produtores, conforme art. 160, *in verbis*:

Art. 160. São obrigatoriamente, segurados: os trabalhadores rurais, os colonos ou parceiros, bem como os pequenos proprietários rurais, empreiteiros, tarefeiros e as pessoas físicas que explorem as atividades previstas no art. 30 desta lei, estes com menos de cinco empregados a seu serviço.

A Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, tanto na redação original, como após a alteração introduzida pela Lei Complementar nº 16, de 30 de outubro de 1973, manteve sob a responsabilidade do produtor o recolhimento de contribuição para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRO-RURAL).

É o que dispunha o seu art. 15, a saber:

Art. 15. Os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão das seguintes fontes:

I - da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor, sobre o valor comercial dos produtos rurais, e recolhida:

- a) pelo adquirente, consignatário ou cooperativa que ficam sub-rogados, para esse fim, em todas as obrigações do produtor;
- b) pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos ou vendê-los, no varejo, diretamente ao consumidor pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos, vendê-los ao consumidor, no varejo, ou a adquirente domiciliado no exterior (redação dada pela LC nº 16, de 3/10/73).

O reconhecimento ou não do tempo de serviço rural prestado sob o regime de economia familiar ou como diarista/boia-fria, está jungido à lei, razão pela qual, *ab initio*, transcrevo o art. 55, §3º, da Lei nº 8.213/91:

O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§3º: A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, 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.

2.2 REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR

A Lei nº 8.213/91, ao disciplinar o regime de economia familiar, assinalou que a atividade rural deve ser exercida pelos membros da família em condições de mútua dependência e colaboração, bem como ser indispensável à própria subsistência do núcleo familiar.

Frise-se que o fato da parte autora contar, eventualmente, com o auxílio de terceiros em suas atividades, não descaracteriza o regime de economia familiar, conforme ressalva feita no art. 11, VII, *in verbis*:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro, e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo. § 1º. Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

2.3 DOCUMENTOS PARA A COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURÍCOLA

Observo que o art. 106 da Lei nº 8.213/91 apresenta um rol de documentos que não configura *numerus clausus*, já que o sistema processual brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao Juízo, portanto, a prerrogativa de decidir sobre a sua validade e a sua aceitação.

Acerca do tema, algumas considerações se fazem necessárias, uma vez que balizam o entendimento desta Corte no que diz com a valoração das provas comumente apresentadas.

Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais somente fazem prova do quanto nelas alegado, desde que devidamente homologadas pelo Ministério Público ou pelo INSS, órgãos competentes para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 106, III, da Lei nº 8.213/91, seja em sua redação original, seja com a alteração levada a efeito pela Lei nº 9.063/95.

Na mesma seara, declarações firmadas por supostos ex-empregadores ou subscritas por testemunhas, noticiando a prestação do trabalho na roça, não se prestam ao reconhecimento então pretendido, tendo em conta que equivalem a meros depoimentos reduzidos a termo, sem o crivo do contraditório, conforme entendimento já pacificado no âmbito desta Corte.

Igualmente não alcançam os fins colimados, a apresentação de documentos comprobatórios da posse da terra pelos mesmos ex-empregadores, visto que não trazem elementos indicativos da atividade exercida pela parte requerente.

Já a mera demonstração, por parte do autor, de propriedade rural, só se constituirá em elemento probatório válido desde que traga a respectiva qualificação como lavrador ou agricultor. No mesmo sentido, a simples filiação a sindicato rural só será considerada mediante a juntada dos respectivos comprovantes de pagamento das mensalidades.

2.4 INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL

Tem-se, por definição, como início razoável de prova material, documentos que tragam a qualificação da parte autora como lavrador, v.g., assentamentos civis ou documentos expedidos por órgãos públicos. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp nº 346067, Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., DJ de 15.04.2002, p. 248.

Da mesma forma, a qualificação de um dos cônjuges como lavrador se estende ao outro, a partir da celebração do matrimônio, consoante remansosa jurisprudência já consagrada pelos Tribunais.

Outro aspecto relevante diz com a averbação do tempo de serviço requerida por menores de idade, em decorrência da atividade prestada em regime de economia familiar. A esse respeito, o fato da parte autora não apresentar documentos em seu próprio nome que a identifique como lavrador, em época correspondente à parte do período que pretende ver reconhecido, por si só não elide o direito pleiteado, pois é sabido que não se tem registro de qualificação profissional em documentos de menores, que na maioria das vezes se restringem à sua Certidão de Nascimento, especialmente em se tratando de rurícolas. É necessária, contudo, a apresentação de documentos concomitantes, expedidos em nome de pessoas da família, para que a qualificação dos genitores se estenda aos filhos, ainda que não se possa comprovar documentalmente a união de esforços do núcleo familiar à busca da subsistência comum.

Em regra, toda a documentação comprobatória da atividade, como talonários fiscais e títulos de propriedade, é expedida em nome daquele que faz frente aos negócios do grupo familiar. Ressalte-se, contudo, que nem sempre é possível comprovar o exercício da atividade em regime de economia familiar através de documentos. Muitas vezes o pequeno produtor

cultiva apenas o suficiente para o consumo da família e, caso revenda o pouco do excedente, não emite a correspondente nota fiscal, cuja eventual responsabilidade não está sob análise nesta esfera. O homem simples, oriundo do meio rural, comumente efetua a simples troca de parte da sua colheita por outros produtos de sua necessidade que um sítio vizinho eventualmente tenha colhido ou a entrega como forma de pagamento pela parceria na utilização do espaço de terra cedido para plantar.

De qualquer forma, é entendimento já consagrado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (AG nº 463855, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 09/09/03) que documentos apresentados em nome dos pais ou outros membros da família que os qualifiquem como lavradores, constituem início de prova do trabalho de natureza rurícola dos filhos, mormente no presente caso em que não se discute se a parte autora integrava ou não aquele núcleo familiar à época em que o pai exercia o labor rural, o que se presume, pois ainda não havia contraído matrimônio e era, inclusive, menor de idade.

2.5 MENOR DE 12 ANOS

A esse respeito, inclusive, saliento ser possível o reconhecimento de tempo de serviço em períodos anteriores à Constituição Federal de 1988, nas situações em que o trabalhador rural tenha iniciado suas atividades antes dos 14 anos. É histórica a vedação constitucional ao trabalho infantil. Em 1967, porém, a proibição alcançava apenas os menores de 12 anos. Isso indica que nossos constituintes viam, àquela época, como realidade incontestável que o menor efetivamente desempenhava a atividade nos campos, ao lado dos pais.

Antes dos 12 anos, porém, ainda que o menor acompanhasse os pais na lavoura e eventualmente os auxiliasse em algumas atividades, não é crível que pudesse exercer plenamente a atividade rural, inclusive por não contar com vigor físico suficiente para uma atividade tão desgastante. Dessa forma, é de se reconhecer o exercício pleno do trabalho rurícola apenas a partir dos 12 anos de idade.

A questão, inclusive, já foi decidida pela Turma de Uniformização das Decisões dos Juizados Especiais Federais, que editou a Súmula nº 5:

A prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários. (DJ 25.09.2003).

2.6 RECONHECIMENTO DE LABOR RURAL ANTERIOR AO DOCUMENTO MAIS ANTIGO (Resp 1.348.633)

No tocante ao critério de fixação do termo inicial para contagem do tempo a ser reconhecido, o recente posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (Resp 1.348.633/SP, 1ª Seção, j. 28.08.13), admitiu a possibilidade de reconhecimento de labor rural anterior ao documento mais antigo juntado como prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos.

2.7 DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTOS ATÉ 24/07/1991

A teor do § 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, permite-se o cômputo do tempo de serviço do segurado trabalhador rural, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, somente em relação ao período que antecede a vigência desta Lei, não havendo, entretanto, dispensa dessas contribuições para o período posterior a 24/07/1991.

Na ausência de comprovação pela parte autora do recolhimento dessas contribuições, a averbação de período reconhecido em período posterior a 24/07/1991 há que ser adstrita à data da edição da reportada Lei.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. DECLARATÓRIA. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. INEXIGIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES.

(...)

5- Inexigível o recolhimento das contribuições previdenciárias do trabalhador rural com relação ao cômputo do tempo de serviço que antecede a 24/07/1991, data da edição da Lei nº 8.213/91, não havendo, entretanto, dispensa dessas contribuições para o período posterior a essa data, que deve ser considerada como termo *ad quem* do período a ser averbado, obrigando sua restrição no caso sob exame. Aplicação do enunciado da Súmula nº 272 do E. Superior Tribunal de Justiça.

6- Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS parcialmente provida.

(TRF3, 9ª Turma, AC 2004.03.99.003417-6, Desembargador Federal Santos Neves, DJU 17/05/2007, p. 598).

Destaco, entretanto, que a obrigação de se efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias ao Instituto Autárquico e promover seu desconto da remuneração do empregado a seu serviço, compete, exclusivamente, ao empregador, por ser este o responsável pelo repasse de tal valor aos cofres da Previdência.

A fiscalização do cumprimento da obrigação previdenciária cabe ao INSS, inclusive, tendo ordenamento jurídico disponibilizado ação própria para haver o seu crédito, a fim de exigir do devedor o cumprimento da legislação.

Na hipótese de diarista/boia-fria, há determinação expressa no art. 55, §2º, da Lei nº 8.213/91, segundo a qual o tempo de serviço do trabalhador rural laborado antes da sua vigência, será computado independentemente do recolhimento das contribuições, exceto para fins de carência.

Em relação ao período em que o segurado laborou em regime de economia familiar, é certo que ao mesmo cabe o dever de recolher as contribuições tão-somente se houver comercializado a produção no exterior ou no varejo, isto é, para o consumidor final, a empregador rural pessoa física ou a outro segurado especial (art. 30, X, da Lei de Custeio).

A pretensão da parte autora, concernente ao mero reconhecimento do tempo de serviço e a respectiva expedição da certidão, independe de indenização relativamente aos períodos que se pretende ver reconhecidos, ainda que para fins de contagem recíproca; contudo, merece destaque a observação trazida pelo eminente Desembargador Federal Sérgio Nascimento, em seu voto-vista desenvolvido por ocasião do sentido de que “a falta de pagamento da indenização em discussão não afasta o direito do autor de que seja expedida certidão que conste a averbação do tempo de serviço rural, reconhecido no presente feito, com a ressalva de que não foi efetuado o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, tampouco o pagamento da indenização de que trata o artigo 96, IV, da Lei nº 8.213/91”.

Frise-se, ainda, que a contagem recíproca constitui direito do segurado da Previdência Social, tanto para somá-la ao tempo de atividade laborativa exercida unicamente na atividade privada, quanto para acrescentá-la ao tempo em que também trabalhou no setor público.

3. DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM

3.1 DO DIREITO À CONVERSÃO ANTES DA LEI 6.887/80 E APÓS A LEI 9.711/98

A teor do julgamento do REsp 1.310.034 e do REsp 1.151.363, ambos submetidos ao regime do art. 543-C do CPC, inexistiu óbice para se proceder à conversão de tempo de serviço especial em comum, seja antes da Lei 6.887/80 seja após Lei nº 9.711/1998.

3.2 DO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE EXERCIDA EM ATIVIDADE ESPECIAL

Para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, nos termos da lei vigente à época da prestação do trabalho, observando-se o princípio *tempus regit actum* (Pet 9.194/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

3.2.1 PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95

No período anterior à edição da Lei nº 9.032/95, o direito à aposentadoria especial e à conversão do tempo trabalhado em atividades especiais é reconhecido em razão da categoria profissional exercida pelo segurado ou pela sua exposição aos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, a ser comprovada por meio da apresentação de SB 40, sem a necessidade de apresentação de laudo técnico, exceção feita à exposição ao ruído.

3.2.2 PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95 ATÉ A EDIÇÃO DO DECRETO Nº 2.172, DE 5 DE MARÇO DE 1997

A comprovação da atividade especial exercida após a edição da Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995 - que promoveu a alteração do art. 57 da Lei nº 8213/91 - se dá com a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, mediante a apresentação do formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual se reveste da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído).

Anote-se que a relação dos agentes nocivos constante do Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e dos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, em vigor até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, fora substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Relevante consignar que, a partir da Lei nº 9.032/95, não é mais possível o reconhecimento da atividade especial, unicamente, com fulcro no mero enquadramento da categoria profissional.

3.2.3 PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 2.172, DE 5 DE MARÇO DE 1997 E DEMAIS CONSIDERAÇÕES

Com a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, é indispensável a apresentação de laudo técnico para a comprovação de atividade especial.

Cabe esclarecer que a circunstância de o laudo não ser contemporâneo à atividade avaliada não lhe retira absolutamente a força probatória, em face de inexistência de previsão legal

para tanto e desde que não haja mudanças significativas no cenário laboral (AC 0022396-76.2005.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Candido Moraes, 2ª Turma, e-DJF1 p.198 de 18/11/2014). Súmula 68 TNU.

Além disso, é de se apontar que o rol de agentes insalubres, como também das atividades penosas e perigosas não se esgotam no regulamento, tal como cristalizado no entendimento jurisprudencial na Súmula/TFR nº 198:

Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

3.3 USO DO EPI

No tocante à utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, em recente decisão, com repercussão geral, no ARE 664.335/SC, assentou a Suprema Corte que:

“o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial” (grifo nosso). No caso, porém, de dúvida em relação à efetiva neutralização da nocividade, decidiu que “a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete”.

No mais, especificamente quanto à eficácia do equipamento de proteção individual - EPI ao agente agressivo ruído, o Pretório Excelso definiu que:

“na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”. Isso porque, “ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores”.

4. DOS AGENTES NOCIVOS

TECELÃO

Este Relator vinha decidindo no sentido de que o período laborado como tecelão, sem a apresentação de formulário, laudo ou qualquer documento que comprovasse a efetiva exposição a agentes agressivos, não autorizava o enquadramento pela categoria profissional, ante a ausência de previsão nos decretos que regem a matéria em apreço.

Não obstante, em face do Parecer nº 85/78 do Ministério da Segurança Social e do Trabalho, modifico o meu entendimento para admitir como especial a atividade exercida em tecelagem, pelo mero enquadramento, por analogia aos itens 2.5.1 do Decreto nº 53.831/64 e 1.2.11 do Decreto nº 83.080/79, restringindo-a, no entanto, a 29 de abril de 1995, data da edição da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos.

Vale lembrar que, a partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

5. DO CASO DOS AUTOS

Requer a parte autora o reconhecimento do trabalho rural, sem anotação em CTPS, desempenhado entre 1972 e 1978.

Para comprovação do alegado, instruiu a demanda com documentos, dentre os quais destaco como início de prova material o Cartão de Identificação junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Nova Olímpia - PR, onde consta ter sido seu genitor (Manoel Alves de Sousa) admitido em 22 de abril de 1972, além dos nomes dos demais integrantes do grupo familiar, inclusive, o da autora, contendo as anotações referentes às respectivas contribuições sindicais, vertidas entre abril de 1972 e maio de 1978.

In casu, os depoimentos colhidos às fls. 56/61, em audiência realizada em 08 de maio de 2006, permitem o reconhecimento da condição de rurícola pelo período pleiteado, eis que a testemunha Ilma Ramos afirmou ter vivenciado o labor por ela desenvolvido, entre 1973 e 1978, em Paraíso do Norte e, em Nova Olímpia, pois morou vizinha dela, naquela localidade, em um sítio, no estado do Paraná.

No mesmo sentido, a testemunha Cleuza Ramos de Carvalho asseverou conhecê-la desde sua infância, em Paraíso do Norte e, em Nova Olímpia, e saber que ela trabalhou como empregada, sem formal registro, nas lides campestinas, na cultura do café, juntamente com seus familiares, condição ostentada entre 1972 e 1978.

A depoente Maria Cardoso do Nascimento Rossi afirmou que residiam em cidades vizinhas, no estado do Paraná, razão por que pudera vivenciar o trabalho rural desenvolvido por ela e sua família, na cultura do café, entre 1971 e 1978, ressaltando que, nos períodos de entressafra, ela também trabalhava na cultura de algodão.

Dessa forma, de rigor a averbação do tempo laborado na roça no período de 01/01/1972 a 01/01/1978, o qual correspondente a 06 (seis) anos.

Em relação à contribuição previdenciária, descabe ao trabalhador ora requerente o ônus de seu recolhimento.

Na hipótese de diarista/boia-fria, há determinação expressa no art. 55, §2º, da Lei nº 8.213/91, segundo a qual o tempo de serviço do trabalhador rural laborado antes da sua vigência, será computado independentemente disso, exceto para fins de carência.

Destaco que o dever legal de recolher as contribuições previdenciárias ao Instituto Autárquico e descontar da remuneração do empregado a seu serviço compete exclusivamente ao empregador, por ser este o responsável pelo seu repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe a sua fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação.

Em relação ao período em que a parte autora laborou em regime de economia familiar, caberia o dever de recolher as contribuições tão-somente se houvesse comercializado a produção no exterior, no varejo, isto é, para o consumidor final, a empregador rural pessoa física ou a outro segurado especial (artigo 30, X, da Lei de Custeio), operações que não restaram comprovadas nos presentes autos.

No que se refere ao tempo de serviço urbano admitido na seara administrativa (fl. 19), conquanto não conste dos autos o resumo de documentos para cálculo de tempo de serviço, tenho que a natureza especial do vínculo empregatício estabelecido junto a Pegaso Têxtil Ltda., restou comprovada pelo Formulário DSS-8030 de fl. 80, onde consta a profissão de auxiliar de fiação, exercida entre 01.08.1978 e 21.10.1997, cujo enquadramento legal se verifica pelo mero exercício da atividade profissional, por analogia aos itens 2.5.1 do Decreto nº 53.831/64 e 1.2.11 do Decreto nº 83.080/79, restringindo-a, no entanto, a 29 de abril de 1995, data da edição da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu §4º, passando a exigir a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos.

Dessa forma, tenho por comprovada a natureza especial do vínculo empregatício estabelecido como auxiliar de fiação, entre 01.08.1978 e 28.04.1995.

Por outro lado, a ausência de laudo pericial, impede o reconhecimento do trabalho especial exercido, entre 29.04.1995 e 21.10.1997, ainda que o formulário DSS-8030 de fl. 80 faça alusão à sua exposição ao agente agressivo ruído em nível de 91,1 dB(A).

A soma do trabalho rural reconhecido, correspondente a 06 (seis) anos, ao total de tempo urbano comprovado pelos registros lançados na CTPS de fls. 78/79, constantes dos extratos do CNIS de fls. 95/96 e pelo formulário DSS-8030 de fl. 80, demonstra que contava a parte autora, por ocasião do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, com o total de *28 anos, 06 meses e 28 dias de tempo de serviço*, conforme a planilha de cálculos anexa a esta decisão, sendo suficientes a ensejar a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, por se tratar de segurado do sexo feminino, com renda mensal inicial correspondente a 88% (oitenta e oito por cento) do salário de benefício, em valor a ser calculado pelo INSS, pelas normas então vigentes, não se aplicando as regras de transição trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Também restou amplamente comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência de 102 (cento e duas) contribuições, prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios.

6. CONECTÁRIOS

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (21/01/2002 - fl. 19), em conformidade com o disposto no art. 49, II, da Lei nº 8.213/91, eis que a parte autora já havia preenchido os requisitos legais para sua obtenção à época.

Por ocasião da liquidação da sentença, deverão ser compensadas eventuais parcelas já auferidas administrativamente.

JUROS

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, os juros de mora são devidos na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, 0,5% ao mês.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No tocante aos honorários advocatícios, os mesmos devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma e em consonância com a Súmula 111 do E. Superior Tribunal de Justiça.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

Conquanto a Lei Federal nº 9.289/96 disponha no art. 4º, I, que as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal, seu art. 1º, §1º, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada. Note-se que, em se tratando das demandas aforadas no Estado de São Paulo, tal isenção encontra respaldo na Lei Estadual nº 11.608/03 (art. 6º).

A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 630.501/RS-RG, firmou o entendimento de que o segurado, quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação, tem direito de optar pelo benefício mais vantajoso. Assim, dentre aquelas três hipóteses citadas, ou ainda se existente outra hipótese não aventada, mas factível e lícita, pode o segurado optar por qualquer uma delas que entender mais vantajosa.

Confira-se no mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Desconstituição da aposentadoria integral. Opção pela aposentadoria proporcional. Direito adquirido ao benefício mais vantajoso após a reunião dos requisitos. Possibilidade. Precedentes.

1. O segurado tem direito adquirido ao benefício mais vantajoso, consideradas as datas a partir das quais a aposentadoria proporcional poderia ter sido requerida e desde que preenchidos os requisitos pertinentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STF, AG. REG. NO RE 705.456/RJ, Primeira Turma, Min. Dias Toffoli, 28/10/2014).

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCELAS ATRASADAS

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão da prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação previdenciária, com a edição da Súmula 85:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública - aqui incluído o INSS - figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

DISPOSIÇÕES RELATIVAS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Na liquidação da obrigação de fazer a que o INSS foi condenado nestes autos serão observadas as seguintes determinações:

Caberá ao INSS calcular o tempo de serviço para a concessão do benefício de acordo com os períodos reconhecidos nos autos, vinculado aos termos da coisa julgada, somando-se ao tempo de contribuição incontroverso.

Deixo consignado, também, que não cabe ao Poder Judiciário, através de sua contadoria, elaborar cálculos para a identificação de qual benefício é o mais vantajoso para o segurado, cabendo ao INSS orientar quanto ao exercício deste direito de opção.

Fica o INSS autorizado a compensar valores pagos administrativamente ao autor no período abrangido pela presente condenação, efetivados a título de benefício previdenciário que não pode ser cumulado com o presente.

Por derradeiro, a hipótese da ação comporta a outorga de tutela específica nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil. Dessa forma, visando assegurar o resultado concreto buscado na demanda e a eficiência da prestação jurisdicional, independentemente do trânsito em julgado, determino seja enviado e-mail ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, instruído com os documentos da parte autora, a fim de serem adotadas as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão, para a implantação do benefício no prazo máximo de 20 (vinte) dias, fazendo constar que se trata de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, deferida a IRACI ALVES DE SOUZA, com data de início do benefício - (DIB: 21/01/2002), com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS.

7. DISPOSITIVO

Ante o exposto, com limite na decisão do e. Superior Tribunal de Justiça, *dou parcial provimento ao agravo legal do INSS, para conhecer da remessa oficial, tida por interposta e, dar-lhe parcial provimento*, para reconhecer o tempo de serviço da autora como atividade especial somente até 28.04.1995 e, *dou provimento ao recurso da parte autora para conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço na forma proporcional, nos termos acima fundamentado.*

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001038-69.2007.4.03.6115
(2007.61.15.001038-9)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AC 1625149
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/03/2016

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RECONHECIDA. LITISPENDÊNCIA AFASTADA. LOAS. PEDIDO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL FORMULADO POR PESSOA IDOSA OU PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. CÁLCULO DA RENDA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL CONCEDIDO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE RENDA MÍNIMA CONCEDIDO A PESSOA IDOSA OU PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA QUE INTEGRA O NÚCLEO FAMILIAR. SITUAÇÕES SEMELHANTES. IGUALDADE. EQUIDADE. ANALOGIA. REMESSA OFICIAL E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDOS. JULGAMENTO NA FORMA DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. PRETENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Remessa oficial tida por ocorrida, de vez que o objetivo da ação civil pública é a proteção social da pessoa idosa e da pessoa portadora de deficiência.
2. Adequação da via eleita reconhecida.
3. Ação civil pública anterior, que veicula pedido de extensão dos efeitos do provimento jurisdicional em caráter nacional, está pendente de julgamento definitivo em segundo grau. Extinção de parte do presente feito por reconhecimento de litispendência resultaria em graves prejuízos para os titulares do direito tutelado e afronta à economia processual, caso a extensão da eficácia da ação citada seja limitada posteriormente. Relevância do tema de viés coletivo. Impossibilidade de sobrestamento desta ação civil pública indefinidamente. Litispendência afastada.
4. Nos pedidos de benefício assistencial (LOAS) formulados por pessoas idosas e portadoras de deficiência, o INSS deverá se abster de incluir no cálculo da renda *per capita* familiar qualquer benefício de valor mínimo (um salário mínimo) - de natureza assistencial ou previdenciária - pago a integrante do grupo familiar que seja pessoa idosa ou portadora de deficiência, independentemente de renúncia de benefícios. Aplicação analógica do artigo 34, § único da Lei nº 10.741/03.
5. Improcedentes os pedidos de exclusão de benefício superior a um salário-mínimo do cálculo da renda familiar, bem como daqueles recebidos por pessoas não idosas e pessoas não portadoras de deficiência.
6. Improcedente o pedido de revisão dos benefícios já indeferidos, ante a impossibilidade da constatação retroativa dos demais elementos necessários para sua concessão.
7. A eficácia da coisa julgada alcança o âmbito territorial da Subseção Judiciária de São Carlos/SP.

8. Remessa oficial e recurso voluntário providos, para reconhecer a adequação da via eleita.
9. Pretensão julgada parcialmente procedente, na forma do artigo 515, § 3º do CPC.

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 maioria, dar provimento à remessa oficial, tida por ocorrida e à apelação, nos termos do voto do Relator, com quem votou o Des. Federal Fausto De Sanctis, vencido o Des. Federal Carlos Delgado que negava provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida, mantendo a r. sentença, com acréscimo de fundamento e, prosseguindo no julgamento, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, por unanimidade, julgar parcialmente procedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de março de 2016.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal em ação civil pública ajuizada pelo *parquet*, com fulcro no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando:

- seja dada interpretação extensiva ao artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), definindo-se que, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada (previsto na LOAS) a idosos e deficientes, o INSS deverá se abster de incluir no cálculo da renda *per capita* familiar o valor de qualquer benefício - de natureza assistencial ou previdenciária - concedido a *integrante do grupo familiar*, correspondente a 1 (um) salário mínimo ou, se superior, até o valor de 1 (um) salário mínimo, independentemente de renúncia de benefícios;

- a declaração de *ilegalidade* do: artigo 621, § 2º da Instrução Normativa INSS/DC nº 95/03; artigo 625, §§ 1º a 3º da Instrução Normativa INSS/DC nº 118/05; artigo 625, §§ 1º a 3º da Instrução Normativa INSS/PRES nº 11/06;

- *se necessário*, a declaração de *inconstitucionalidade* do artigo 34, parágrafo único da Lei nº 10.741/03;

- a revisão dos requerimentos anteriormente indeferidos no prazo máximo de 90 (noventa) dias;

- a restrição dos efeitos dos provimentos jurisdicionais no âmbito territorial da *Subseção Judiciária de São Carlos/SP*, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Na petição inicial, o Ministério Público Federal defendeu a competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso I da CF), a sua legitimidade ativa, a ilegitimidade passiva dos Requeridos, bem como a adequação da via processual eleita. No mérito, sustentou que o INSS, para a concessão de benefício assistencial previsto pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93, aplica o artigo

34, parágrafo único da Lei 10.741/03 de forma restritiva, apenas para, no caso de concessão do benefício ao idoso, excluir da renda familiar outro benefício de igual espécie pago a outro idoso do mesmo grupo familiar. Aduz que deveria ser dada ao artigo interpretação extensiva, na medida em que, seja no caso de concessão de benefício ao idoso seja à pessoa portadora de deficiência, far-se-ia necessário excluir da renda familiar, para o fim de cálculo da renda *per capita*, o valor correspondente a um salário mínimo percebido por idoso, pessoa com necessidades especiais ou outras pessoas, membros da mesma família, independentemente da natureza do benefício por eles percebido, seja previdenciário, seja assistencial. Argumenta, basicamente, que: a Constituição Federal tratou de modo idêntico a idade e a deficiência, ambas como situações de risco social merecedoras de amparo, quando da previsão do benefício assistencial no valor de um salário mínimo; a interpretação restritiva do dispositivo legal ocasiona tratamento desigual a quem se encontra em situação de igualdade (idosos e pessoa portadora de deficiência); não pode o intérprete distinguir quando a lei e a Constituição Federal não o fazem, causando uma situação de desigualdade; não há justificativa plausível para diferenciar o benefício assistencial pago ao idoso dos benefícios previdenciários ou mesmo do benefício assistencial pago à pessoa portadora de deficiência, que correspondam ao valor de um salário-mínimo. Sustentou, igualmente, a ilegalidade do artigo 621, § 2º, da Instrução Normativa nº 11/06, vez que dissonante ao disposto no mencionado artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, além de ser contrário ao comando constitucional presente nos artigos 3º, incisos I, II e IV, 5º, 194, I, e 203, inciso V da Constituição da República. Defendeu, finalmente, a restrição dos efeitos da sentença exarada neste feito aos benefícios concedidos nos limites territoriais da Subseção Judiciária de São Carlos, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Intimados nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, o INSS e a União apresentaram suas manifestações prévias (fls. 680/685 e 686/733).

O INSS pugnou pelo indeferimento da antecipação da tutela requerida, sustentando, basicamente: a legalidade das instruções normativas questionadas pelo Ministério Público Federal; que a interpretação da lei pelo uso dos métodos hermenêuticos é função do Poder Judiciário, cabendo ao INSS tão-somente a aplicação do comando legal; que o *discrímen* impugnado foi imposto pela Lei nº 10.741/03, e não pela autarquia; e que a aludida lei não prevê a exclusão de benefício no valor de 1 (um) salário mínimo do computo da renda da família, mas do LOAS concedido a outro membro do núcleo familiar. Requereu o indeferimento da medida liminar (fls. 680/685).

A União sustentou, preliminarmente: a *ilegitimidade ativa ad causam* do Ministério Público Federal, por lhe ser vedada a defesa de direitos individuais de beneficiários da Previdência Social; a *inadequação da via processual eleita* pelo representante do *Parquet* Federal e a *incompetência do juízo*, pois a defesa do bem da vida por ele pleiteada apenas seria possível mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal; sua *ilegitimidade passiva ad causam*, ao argumento de que apenas ao INSS seria dada a competência para conceder e gerir o benefício de prestação continuada em questão. No mérito, pugnou pelo efeito vinculante do acórdão proferido na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232, que declarou a plena compatibilidade do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 com o sistema jurídico vigente, bem como pela impossibilidade de interpretação extensiva do artigo 34, parágrafo único da Lei nº 10.741/03. Requereu o indeferimento da tutela antecipatória objetivada pelo órgão ministerial, em decorrência da ausência dos requisitos previstos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil (fls. 686/733).

O MM. Juiz da causa excluiu a União da lide, em face de sua ilegitimidade passiva *ad*

causam, afastou as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, inadequação da via processual eleita, identidade desta ação com o objeto da ADI 1.232 (efeito vinculante), bem como deferiu parcialmente a tutela antecipada pleiteada pelo MPF, determinando que o INSS, por ocasião da apreciação de novos requerimentos de benefícios assistenciais formulados por idosos ou portadores de deficiência, desconsidere a renda de outro membro do núcleo familiar, idoso ou deficiente, proveniente de benefício previdenciário ou assistencial de prestação continuada, cuja renda mensal seja de até um salário mínimo, independentemente de qualquer renúncia, sob pena de multa diária a ser revertida para o Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos (fls. 735/748). Desta decisão houve a interposição de agravos de instrumento pelo órgão ministerial e pelo INSS (0091279-04.2007.4.03.0000 e 0091954-64.2007.4.03.0000).

Citado, o INSS apresentou contestação (fls. 816/828). *Não suscitou preliminares*. Argumenta que: a pretensão deduzida afronta o princípio da separação dos poderes, além do artigo 203 da Constituição Federal e artigo 131 do Código de Processo Civil; a Seguridade Social tem caráter supletivo; é vedado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, em afronta ao artigo 102, inciso I, alínea, “a” da Constituição Federal (competência do Supremo Tribunal Federal); aplica-se ao caso o artigo 1º, § 3º da Lei nº 8.437/92, sendo vedada a concessão da tutela antecipada que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

As partes manifestaram desinteresse pela produção de provas (fls. 833 e 834).

Proferida sentença (fls. 886/892), o MM Juiz da causa entendeu não ser a ação coletiva o meio adequado a veicular a pretensão formulada pelo Ministério Público Federal e extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, deixando de fixar condenação em custas e honorários, pois incabíveis na espécie.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fls. 896/926), defendendo a adequação da via eleita, alegando, em suma, que a pretensão não consiste na declaração geral de inconstitucionalidade de lei, mas na aplicação da lei conforme a Constituição Federal. Pugna pelo julgamento da causa, por se tratar de matéria exclusivamente de direito, nos termos do artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, e, repisando os argumentos expendidos em sua inicial, requer a procedência dos pedidos formulados.

O apelo foi recebido em ambos os efeitos (fl. 928).

O INSS apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 930/934).

Oferecido parecer ministerial opinando pelo provimento da apelação interposta pelo autor, para que o INSS, por ocasião da apreciação de pedidos administrativos de benefícios de prestação continuada, seja condenado a excluir do cômputo da renda familiar o valor de um salário mínimo percebido por pessoa idosa ou com deficiência, a título de benefício previdenciário ou assistencial, quer esses benefícios tenham sido concedidos no valor mínimo, quer em valor superior ao mínimo.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

REEXAME NECESSÁRIO

A Lei nº 7.347/85 disciplina a *ação civil pública de responsabilidade por danos* e não contém regra específica a respeito do duplo grau de jurisdição obrigatório. Entretanto, a Lei nº 4.717/65, que regula a *ação popular*, traz a seguinte regra sobre a remessa necessária:

Art. 19. *A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)*

De sua vez, a Lei nº 10.741/03, que instituiu o *Estatuto do Idoso*, não traz disciplina expressa a respeito do reexame necessário.

Já a Lei nº 7.853/89 que, dentre outras finalidades, dispõe sobre o apoio às *pessoas portadoras de deficiência*, sua integração social, inclusive acerca da tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, também fixa expressamente regra sobre a *sujeição obrigatória ao duplo grau de jurisdição*, não suscitando qualquer dúvida a respeito. Veja-se o seu teor:

Art. 3º. As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (...)

Art. 4º. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

§ 1º. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

§ 2º. Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer legitimado ativo, inclusive o Ministério Público.

Nota-se que a lógica dos dispositivos em destaque segue no sentido da proteção do interesse coletivo *lato sensu* discutido na demanda (interesse público primário), diversamente daquela que explica o reexame necessário do artigo 475 do Código de Processo Civil, que visa a proteger os interesses da Fazenda Pública em juízo (interesse público secundário).

O C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a aplicação do reexame necessário à sentença que reconhece a carência da ação civil pública. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011)

Segue, também, decisão desta Corte Regional nesse sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REEXAME NECESSÁRIO - PRELIMINARES - ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DESATIVADA - MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - CLASSIFICADA PELA

LEI Nº 4.943/96 COMO ELEMENTO DE PRESERVAÇÃO - MEDIDA ACAUTELATÓRIA - IMPOSIÇÃO À UNIÃO FEDERAL E AO IPHAN A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO - ADOÇÃO DE MEDIDAS DE CONSERVAÇÃO MÍNIMAS - CUSTEADAS PELO FUNDO DE PRESERVAÇÃO MUNICIPAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

1. Submetem-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças que reconhecerem a carência da ação ou julgarem improcedentes os pedidos deduzidos em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4717/65.

(...)

(AC 00033811620034036103, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/10/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O raciocínio destes julgados se ajusta ao caso concreto no que toca à pretensão relacionada aos idosos. A seu turno, existe disposição legal expressa a contemplar o reexame necessário relativamente à pretensão deduzida em favor das pessoas portadoras de deficiência.

Logo, uma vez que o objetivo desta ação coletiva é a proteção social da pessoa portadora de deficiência e do idoso, tenho por ocorrido o reexame necessário, com fundamento no artigo 4º, § 1º da Lei nº 7.853/89, combinado com o artigo 19 da Lei nº 4.717/65.

LITISPENDÊNCIA

Aprecio, de ofício, a alegação de litispendência entre a presente ação e a *Ação Civil Pública nº 0003716-68.2004.4.01.3803* (1ª Vara Federal de Uberlândia/MG), que, embora não arguida nos presentes autos pelo INSS, foi por ele suscitada nos autos do Agravo de Instrumento nº 0091279-04.2007.4.03.0000, de minha relatoria.

Da leitura da petição inicial da *Ação Civil Pública nº 0003716-68.2004.4.01.3803* - acostada às fls. 204/219 dos autos do aludido agravo de instrumento -, depreende-se que a pretensão deduzida consiste em determinar que o INSS e a União "desconsiderem, *em todo o território nacional*, para efeito de cálculo da renda familiar a que se refere a LOAS, tanto para os idosos quanto para os deficientes, qualquer benefício de valor igual ao salário mínimo concedido a membro do grupo familiar, revisando em 30 dias os pedidos anteriormente indeferidos". Proferida sentença em 09/11/2005 - juntada às fls. 220/229 dos autos do aludido agravo de instrumento -, seu dispositivo restou assim redigido: "Diante do exposto, julgo procedente o pedido e em consequência, determino que os Réus desconsiderem, *em todo o território nacional*, para efeito de cálculo da renda familiar a que se refere a LOAS, tanto para os idosos quanto para os deficientes, qualquer benefício previdenciário de valor igual ao salário mínimo concedido a membro do grupo familiar do postulando ao benefício assistencial previsto na mesma lei. Determino, ainda, ao INSS, à revisão de todos os benefícios assistenciais indeferidos após a edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), com suporte na interpretação questionada na inicial, dentre do prazo de 120 (noventa) dias (sic)".

Logo, *a princípio*, a ação civil pública em comento, de caráter nacional, poderia abranger parte da pretensão veiculada na presente ação, de caráter regional, levando à análise de eventual litispendência.

Além disso, não obstante o pedido formulado no âmbito da aludida ação tenha sido julgado procedente, com *eficácia para todo o território nacional*, o E. Tribunal Regional Federal da Primeira Região suspendeu os efeitos da sentença por meio de decisão proferida em 24/03/2006 (Suspensão de Segurança nº 2006.01.00.010252-3 - fls. 230/263 dos autos do Agravo de Instrumento nº 0091279-04.2007.4.03.0000), ocasião em que se fez alusão a

um eventual confronto entre o provimento jurisdicional e o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/95. Atualmente, os autos da ação encontram-se no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, aguardando julgamento de recurso e apreciação do reexame necessário, tal qual se verifica no andamento processual extraído da página oficial do tribunal. Cabe, portanto, à respectiva Corte Regional, *ao menos em tese*, analisar não apenas o mérito do recurso, mas também a extensão do julgado à vista da discutida regra que fixa a eficácia restritiva da coisa julgada coletiva (artigo 16 da LACP), limitação esta que vem contando com a chancela do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1304953/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014). Contudo, até o momento, não ocorreu o fenômeno do trânsito em julgado.

Nesse contexto, considerando o deferimento da suspensão de segurança e a ausência de provimento jurisdicional definitivo naquela ação - notadamente no que se refere à extensão da coisa julgada - e considerando, ainda, a relevância do tema de viés coletivo afeto a presente ação, o seu tempo de tramitação transcorrido até aqui - que impõe e impõe a todos os envolvidos na relação processual os respectivos ônus (recursos humanos e materiais) - e a inviabilidade de postergar o seu andamento processual indefinidamente, concluo que não há como se fixar qualquer certeza quanto à existência de litispendência e eventual conflito de decisões judiciais, de sorte que seu reconhecimento, neste momento, revela-se precipitado.

Vale ressaltar que a extinção de parte do presente feito por reconhecimento de litispendência resultará em graves prejuízos para os titulares do direito tutelado (presumidamente hipossuficientes) e afronta à economia processual, caso a extensão da eficácia da ação citada seja limitada posteriormente.

Em derradeiro, a situação de aparente litispendência ora observada é resultado da escolha levada a efeito pelo órgão ministerial quanto à propositura de múltiplas ações de mesmo conteúdo em diversos Estados da Federação, tendo pleiteado, em pelo menos uma delas (Ação Civil Pública nº 0003716-68.2004.4.01.3803), a abrangência nacional. À evidência, mantida a extensão desta última, será necessário equacionar eventuais conflitos entre as coisas julgadas formadas em outros processos coletivos de abrangência regional, eis que, repise-se, há diversas ações propostas no país, a exemplo da Ação Civil Pública nº 0001947-83.2005.404.7205 (1ª Vara Federal de Blumenau/SC), decidida quanto ao mérito, com a produção de efeitos limitados ao âmbito regional e atualmente em fase de cumprimento.

Assim, a prudência que deve nortear o julgador na condução do processo e no ato de julgar impõe o afastamento da litispendência e a manutenção do curso normal desta ação.

A solução jurídica aqui definida vai ao encontro da flexibilização da técnica processual que, não raro, é imprescindível no âmbito do processo coletivo, dadas as suas peculiaridades em relação ao processo individual, tendo-se em conta, inclusive, que as regras processuais não podem se transmutar em excesso de formalismo a se sobrepor à realização da justiça.

INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA

O cerne desta ação diz respeito ao modo como o INSS interpreta e aplica o artigo 34, parágrafo único da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

A inconstitucionalidade da interpretação restritiva da lei consiste em causa de pedir e, ainda que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido inserida no rol dos pedidos (inclusive, em desacordo com a boa técnica processual, em razão do uso da forma condicional “se necessário”), assume caráter incidental, com efeitos a serem produzidos meramente *inter partes* (direitos individuais homogêneos) e, vale enfatizar, restritos ao âmbito de apenas uma

subseção judiciária, tal qual requerido na petição inicial.

Eventual procedência dos pedidos não impedirá que outras ações individuais e coletivas sejam propostas, de vez que, distanciada a ação civil pública da declaração geral de inconstitucionalidade, não revela aptidão para promover a exclusão definitiva da regra legal do ordenamento jurídico pátrio nem mesmo para impor determinada forma de interpretação ou aplicação da lei em dimensão nacional.

Ajuizada a ação sob a sistemática do controle difuso, sem o propósito de substituir a ação direta de inconstitucionalidade, própria do controle em abstrato, inviável reconhecer a usurpação da competência do E. Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, as situações que se pretende abarcar por meio da interpretação extensiva e da aplicação analógica aqui defendidas poderiam ser contempladas, total ou parcialmente, por produção legislativa específica. Contudo, passados onze anos desde a edição do Estatuto do Idoso, o legislador ordinário não se motivou a fazê-lo, mesmo diante das numerosas batalhas judiciais que passaram a ser travadas em ações individuais e coletivas. Manteve-se, então, um campo em aberto que não foi levado em conta pelas políticas públicas e não encontra correspondência em adequada solução legislativa.

É inadmissível a convivência do silêncio legislativo - que persiste frente aos reiterados reclamos pela ampliação do direito social previsto na regra legal, com a preterição de sua efetivação - com a tese de que não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a interpretação desta, por lhe ser vedado atuar como legislador positivo. Primeiro, o resultado inevitável disso seria a perpetuação das situações de desigualdade que se quer afastar por meio desta ação, ensejando, via de consequência, a propositura incessante das demandas judiciais individuais a persistirem na busca pela tutela jurisdicional apta a garantir a aplicação da regra em regime de igualdade. Segundo, não se confunda a adequação interpretativa de um dispositivo legal ou sua aplicação analógica decorrente da necessidade de ajuste da norma deficitária com a efetiva criação de uma nova norma legal de caráter geral.

Como bem acentuou o Ministério Público Federal, a pretensão lançada nesta ação consiste em “preservar a necessidade da permanente prestação de assistência aos desamparados, enquanto aspecto imprescindível da concretização da dignidade da pessoa humana, axioma soerguido pela ordem constitucional em vigor à categoria de fundamento da República”.

Seguindo-se por esse prisma, a teoria da separação de poderes não pode se transformar em uma barreira intransponível à efetivação dos direitos constitucionais, porquanto acima das políticas públicas instituídas de acordo com a vontade do legislador está a Constituição Federal que é pródiga na construção de conteúdo de direitos mínimos aptos a garantir o bem-estar do povo, dentre os quais sobressaem os de caráter social aptos a viabilizar condições materiais básicas para uma existência digna. Todo descompasso entre as escolhas do legislador (ou sua inércia) e a Carta Política, notadamente quando prolongado no tempo, deve ser corrigido, em prestígio à harmonia do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que surge justamente uma das vertentes da atuação judicial: delimitar o campo de incidência da lei na hipótese de atuação legislativa deficitária.

Em aproximação ao raciocínio aqui exposto, veja-se o quanto decidiu essa Sétima Turma em ação civil pública que versava sobre a obrigatoriedade de realização de perícias pelo INSS:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINARES NÃO CONHECIDAS EM PARTE, E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITADAS. AUXÍLIO-ACIDENTE. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS PELO INSS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

LIMITAÇÃO TERRITORIAL DO ARTIGO 16 DA LEI 7.347/85 MANTIDA.

I - O pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta pela Autarquia Previdenciária encontra-se precluso.

II - Não merece conhecimento a alegação preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal, tendo em vista que referida questão restou definitivamente resolvida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da decisão no Conflito de Competência nº 81.809-SP.

III - A Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 129, dispõe caber ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

IV - Nota-se que o Instituto Nacional do Seguro Social, criado a partir da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, constitui uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, com atribuições, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 99.350, de 27 de julho de 1990, para “conceder e manter benefícios e serviços previdenciários”, bem como “executar as atividades e programas relacionados com emprego, apoio ao trabalhador desempregado, identificação profissional, segurança e saúde de trabalhador”.

V - Considerando a condição do Instituto Nacional do Seguro Social de prestador de serviço de relevância pública, clara a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação.

VI - Descabida a alegação de inadequação da via processual eleita, pois o Ministério Público Federal, ao que parece, não pretende, na presente ação, ver declarada a inconstitucionalidade das Instruções Normativas impugnadas na inicial. Aduz, apenas, que tais instruções trazem interpretação restritiva de direitos e em desconformidade com o ordenamento jurídico.

VII - Como se vê do artigo 86 da Lei 8.213/91, o auxílio-acidente, precedido de auxílio-doença, configura apenas uma das hipóteses em que este benefício é devido (§ 2º). O auxílio-acidente pode ser concedido, também, conforme previsto no *caput* do mencionado artigo, “após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza”, independentemente de prévio auxílio-doença.

VIII - O INSS, ao condicionar a concessão do auxílio-acidente ao prévio gozo do auxílio-doença, e, por conseguinte, a realização de perícia médica segundo as Instruções Normativas ora questionadas, acabou por restringir direitos sem qualquer amparo legal, apresentando uma interpretação dissociada da pretendida pelo legislador.

IX - Se, por um lado, o princípio da reserva do possível autoriza ao Poder Público, considerando os limites impostos pelas leis orçamentárias, reservar-se o poder de escolha de só fazer, dentro das políticas públicas, o que é possível, de outro lado, certo é que não pertence “ao espaço das escolhas públicas” negligenciar as políticas essenciais.

X - No caso concreto, por se tratar de seguridade social, mais especificamente sobre acidente de trabalho e gozo de benefício previdenciário, relacionando-se, pois, com a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição Federal), *não cabe invocar a reserva do possível para justificar o descumprimento de deveres constitucionais*. Precedente do E. STF.

XI - O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar pedido de medida cautelar na ADI 1.576-1, que questionava, dentre outras, a alteração efetuada na redação do artigo 16 da Lei 7.347/85 pela Lei 9.494/97, já se manifestou pela constitucionalidade das limitações territoriais impostas, por este artigo, à eficácia das decisões nas ações civis públicas.

XII - O artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da competência, em seu inciso II, preceitua que a ação civil pública deve ser proposta “no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

XIII - Preliminares conhecidas em parte, e, na parte conhecida, rejeitadas. Remessa oficial e apelações das partes improvidas.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, APELREEX 0002109-50.2004.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, julgado em 09/11/2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/11/2009 PÁGINA: 421)

O Supremo Tribunal Federal acenou favoravelmente à compatibilidade entre a ação civil pública e a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei. Veja-se o aresto abaixo, no qual se aprecia alegação de usurpação de competência da Corte Suprema frente ao julgamento de procedência, em primeira instância, de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, em que foi declarada, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 8.987/95:

RECLAMAÇÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO PREJUDICIAL - POSSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - *O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.* Precedentes. Doutrina.

(Rcl-ED 1898, STF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 10/06/2014, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA)

No mesmo sentido, seguem julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIROS E REFUGIADOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. RETORNOS DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DA LIDE.

1. Recurso especial proveniente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de compelir a União e o INSS a concederem o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal aos estrangeiros residentes no Brasil, bem como aos refugiados, desde que em situação regular.

2. O acórdão recorrido reformou a sentença de primeiro grau para dar provimento aos recursos da União e do INSS para reconhecer e declarar a carência da ação por incompetência do juízo para o julgamento da ação civil pública.

3. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes: REsp 1.326.437/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/08/2013; REsp 1.207.799/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011.

4. Não há falar em carência da ação ou incompetência do órgão sentenciante, porquanto é cabível a ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito da demanda.

Recurso especial provido.

(REsp 1487032/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO IRREGULAR DO SOLO URBANO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL SITUADO EM ÁREA RESIDENCIAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO PARQUET. ARTS. 127 E 129, III, DA CF/88, E 1º DA LEI 7.347/85. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONTROLE INCIDENTER TANTUM. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 471, I, DO CPC. LEI COMPLEMENTAR SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 284/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

(...)

5. A dimensão política do controle de inconstitucionalidade, atribuída com exclusividade ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, infirma que o mesmo se proceda no âmbito da ação civil pública, salvo em caráter *incidenter tantum*. Precedentes do STJ: REsp 696.480/SC, DJ 05.09.2007; REsp 801.180/MT, DJ de 10.09.2007, e AgRg no REsp 439.515/DF, DJ de 04.06.2007.

(...)

(AgRg no Ag 1249132/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, *PRIMEIRA TURMA*, julgado em 24/08/2010, DJe 09/09/2010)

Rechaçada, portanto, a preliminar de inadequação da via eleita.

MÉRITO

O artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil possibilita a esta Corte Regional, nos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito, julgar desde logo a lide que verse sobre questão exclusivamente de direito e esteja em condições de imediato julgamento. Este é o caso dos autos, que contemplam questão apenas de direito.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 6º que: “São *direitos sociais* a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição.”

Em seu artigo 203, inciso V, fixa os objetivos da assistência social, dentre os quais a garantia à percepção de benefício no valor de um salário mínimo, mensalmente, à *pessoa portadora de deficiência* ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, com vistas a, claramente, dar concretude ao princípio da *dignidade da pessoa humana*. Segue o teor do dispositivo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por *objetivos*:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de *um salário mínimo* de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, *conforme dispuser a lei*.

No âmbito infraconstitucional, o benefício assistencial está previsto na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei nº 8.742/93), assim como no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), tal qual se verifica:

Lei nº 8.742/93 (com as alterações da Lei nº 13.146/15):

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1º. Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º. Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 4º. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 5º. A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 6º. A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 7º. Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 1998)

§ 8º. A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 1998)

§ 9º. Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere o § 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

Lei nº 10.741/03:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - Loas. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

Parágrafo único. O benefício já concedido a *qualquer membro da família nos termos do caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.

A concessão do benefício depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) ser pessoa idosa ou pessoa portadora de deficiência; e b) não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A idade mínima para enquadramento na condição de idoso era de 70 anos, na forma da Lei nº 8.742/93, tendo sido reduzida para 67 anos, a teor da Lei nº 9.720/98. Com a edição da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), houve nova redução, desta vez, para 65 anos, parâmetro este também adotado pela Lei nº 8.742/93, na redação dada pela Lei nº 12.435/11.

A condição de pessoa portadora de deficiência está definida no artigo 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, nos seguintes termos: “Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Portanto, para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, há que se conjugar o estado de carência de recursos que garantam a subsistência da pessoa idosa e da pessoa portadora de deficiência com a condição de incapacidade de suprir essa carência, seja por parte destas mesmas pessoas, em decorrência das peculiaridades de suas condições individuais (“*prover a própria manutenção*”), seja por parte de sua família (“*tê-la provida por sua família*”).

Por ocasião do julgamento do RE nº 567.985, o Ministro Marco Aurélio bem pontuou a questão: “(...) o benefício de assistência social tem natureza restrita, *não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais*. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional. O artigo 203 da Carta atribuiu à coletividade a tarefa de amparar o idosos e assegurar-lhes a dignidade. Quanto aos portadores de necessidades especiais, são muitos os dispositivos que incumbem ao Estado e à sociedade deveres de proteção - artigos 7º, inciso XXXI, 23, inciso II, 24, inciso XIV, 37, inciso VIII, 40, § 4º, inciso I, 201, § 1º, 203, incisos IV e V, 208, inciso III, 227, § 1º, inciso II, e § 2º, e 244 da Lei Maior.”.

A legislação ordinária define que a família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa é aquela cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

A opção legislativa seguiu no sentido de fixação de um único critério de ordem objetiva para aferir o estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família.

A constitucionalidade do § 3º, artigo 20 da Lei 8742/93 foi questionada na ADI 1.232-1/DF, que, todavia, foi julgada improcedente. Entretanto, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelece situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações específicas do caso concreto, a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Ou seja, a verificação da renda *per capita* familiar seria uma das formas de aferição de miserabilidade, mas não a única.

Por ocasião do julgamento do RE nº 580.963/PR e do RE nº 567.985/MT, ambos com

repercussão geral, bem como da Petição nº 4.374, ocorrido em 18/04/2013, o E. Supremo Tribunal Federal *declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93*, ao fundamento de que o critério objetivo de 1/4 da renda *per capita* não é o único fator a ser considerado para aferição do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família, podendo ser conjugado com outros fatores.

Neste sentido também decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.112.557/MG, julgado sob o regime dos recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(STJ, Terceira Seção, REsp 1112557/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

O reconhecimento da inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade indica que a norma só é inconstitucional naquilo em que não disciplinou, não tendo sido reconhecido a incidência taxativa e exclusiva de qualquer critério para aferição da hipossuficiência.

Nesse sentido, cabe ao legislador fixar novos parâmetros e redefinir a política pública do benefício assistencial, e suprimir a inconstitucionalidade apontada. É necessário reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza de seus males, de seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades.

Finalmente, com a edição da Lei nº 13.146/15, o legislador ordinário, acompanhando a linha jurisprudencial, modificou o tratamento jurídico dado à questão, acrescentando o § 11 ao art. 20 da Lei nº 8.742/93, nos seguintes termos: “Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”.

Maiores detalhes a respeito da implementação do dispositivo deverão, portanto, ser delineados em regulamento, até agora inexistente.

As questões jurídicas relacionadas ao artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 *não são objeto de discussão no âmbito desta ação*. Contudo, as considerações expostas até aqui conferem diretrizes para a compreensão deste provimento jurisdicional no tocante à aplicação do artigo 34, § único da Lei nº 10.741/03, como a seguir se verá.

Prossigo na análise.

A legislação ordinária define que a família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa é aquela cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, sendo que, no caso de pleito administrativo formulado por idoso com vistas ao benefício assistencial, deve ser excluído do cálculo daquela renda o valor do benefício assistencial já concedido a qualquer outro idoso que seja membro da família.

A conclusão de que a exclusão abrange apenas o valor do benefício assistencial já concedido a qualquer outro idoso que seja membro da família decorre da mera leitura do artigo 34, parágrafo único da Lei nº 10.741/03, de vez que a expressão “*nos termos do caput*”, inserida no parágrafo, refere-se ao benefício assistencial previsto no *caput* do artigo, a saber, aquele concedido ao idoso. Veja-se que a norma revela sentido unívoco e contemplou essa única situação: pleito administrativo formulado por *idoso*, em que, no cálculo da renda familiar, deve ser excluído o valor do *benefício assistencial* já concedido a qualquer outro *idoso* que seja membro da família.

A princípio, tal restrição é compreensível, dado que a lei, sendo voltada especificamente para a proteção das pessoas idosas, não deve contemplar temas alheios a sua seara. Todavia, isso não impede o legislador ordinário de abranger outras situações em lei nova ou mesmo de introduzir modificações em leis já existentes, a exemplo das Leis nº 7.853/89 e 8.742/93, que dispõem, dentre outros temas, sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e a organização da Assistência Social, respectivamente. Entretanto, não o tendo feito, restaram não contempladas as seguintes situações mencionadas na petição inicial desta ação:

= pleito de benefício assistencial formulado por *pessoa idosa*, em que seja excluído, no cálculo da renda familiar, o valor do *benefício assistencial* concedido a *pessoa portadora de deficiência* que seja membro da família ou do *benefício previdenciário* concedido a *qualquer pessoa* que seja membro da família (inclusive, idosos e portadores de deficiência), correspondente a 1 (um) salário mínimo ou, se superior, até o valor de 1 (um) salário mínimo;

= pleito de benefício assistencial formulado por *pessoa portadora de deficiência*, em que seja excluído, no cálculo da renda familiar, o valor do *benefício assistencial* concedido a *pessoa idosa* ou a *pessoa portadora de deficiência* que seja membro da família, ou o valor do *benefício previdenciário* concedido a *qualquer pessoa* que seja membro da família (inclusive, idosos e portadores de deficiência), correspondente a 1 (um) salário mínimo ou, se superior, até o valor de 1 (um) salário mínimo;

Não obstante o bom propósito que certamente animou o legislador ordinário por ocasião da instituição da norma inserta no artigo 34, parágrafo único da Lei nº 10.741/03 em favor do idoso, acabou por promover tratamento diferenciado entre hipóteses fáticas em tudo semelhantes.

A título de breve ilustração, diante de um casal de idosos, cujo marido recebe benefício assistencial, tem-se que o pedido de benefício assistencial formulado pela esposa será deferido. Mas, diante de outro casal de idosos, cujo marido recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo tem-se que o pedido de benefício assistencial formulado pela esposa será indeferido. Ainda, havendo uma idosa que recebe benefício assistencial e mora com o neto deficiente, o pedido de benefício assistencial deste será deferido. Mas, se a idosa recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo e mora com o neto deficiente, o pedido de benefício assistencial deste será indeferido.

A norma constitucional, no que se refere ao benefício assistencial, é bastante clara quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa idosa e da portadora de deficiência que não possam prover seu sustento ou tê-lo provido por sua família. Nela, a idade avançada e a deficiência (associadas a uma situação de precariedade material) foram tratadas como contingências igualmente destinatárias de proteção social, sem a fixação de qualquer critério diferenciador que admitisse a concessão de vantagens a um e a outro, não.

Assim, a regra legal ensejou tratamento diferenciado entre as duas categorias de vulneráveis, sem a correspondente autorização constitucional, à medida que deixou de excluir, do cálculo da renda familiar, o valor recebido por pessoa portadora de deficiência quando o benefício assistencial é requerido por idoso, bem como de excluir o valor do benefício assistencial e do previdenciário recebidos por pessoa idosa ou portadora de deficiência (pagos no valor de um salário-mínimo) do cômputo da renda familiar de uma pessoa portadora de deficiência que postula o benefício assistencial.

Com isso, criou-se uma realidade que se distancia da aplicação da melhor justiça possível para situações que se assemelham.

Há identidade entre a situação das pessoas idosas e das pessoas portadoras de deficiência que recebem *benefícios assistenciais* - sempre pagos o valor de *um salário mínimo* - e a das pessoas idosas e das pessoas portadoras de deficiência que recebem *benefícios previdenciários* no valor de *um salário mínimo*, à medida que, em todos esses casos, há em comum o fator *idade acima de certo limite* ou *deficiência* e o recebimento de verba de caráter alimentar em patamar mínimo. A diferença básica entre essas espécies de benefícios é que um depende de contribuição à Seguridade Social e o outro não, mas a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência e os valores são os mesmos, seja qual for a natureza do benefício recebido.

Já os benefícios previdenciários pagos às pessoas idosas ou às portadoras de deficiência em valor superior a um salário mínimo não se ajustam à lógica da regra legal, a qual não previu nem fez alusão a tal parâmetro, mas se reportou, clara e unicamente, àqueles que recebem benefício com renda mensal de um salário-mínimo.

Logo, não faz sentido excluir do cálculo da renda familiar o valor de um benefício assistencial (sempre de um salário mínimo) recebido por outro membro da família que seja pessoa idosa ou portadora de deficiência, e deixar de excluir o benefício previdenciário de renda mínima, percebido por outro membro da família que seja pessoa idosa ou portadora de deficiência - a qual, aliás, contribuiu para os cofres da Previdência Social.

No mais, considerando que o escopo da norma consiste em *amparar as pessoas idosas e as portadoras de deficiência*, tem-se que a *finalidade protetiva* da norma legal *não alcança* as pessoas que *não são idosas ou portadoras de deficiência*. Extrai-se que, para a lei, não há similitude entre a situação destas e daquelas. Assim, não há espaço para aplicação analógica no que toca à exclusão do cálculo da renda familiar dos benefícios previdenciários recebidos, em qualquer valor, por pessoas que não são idosas ou portadoras de deficiência.

Nesse sentido, transcrevo trecho do acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da AC nº 2005.72.05.001947-1, o qual procedeu a uma análise semelhante, mas sob a ótica da interpretação extensiva:

O que se está a fazer é uma interpretação extensiva do disposto no artigo 34 e parágrafo único da Lei 10.741/2003, cumprindo ao Poder Judiciário aplicá-la, ou não, tendo em conta os fundamentos e princípios estabelecidos na Carta Magna, perante os quais atos normativos do INSS não podem se opor. Não colhe o argumento de que haveria, neste proceder, ofensa aos princípios da reserva legal, à separação dos poderes e ao princípio democrático de direito, pois não se está a ampliar os limites objetivos e subjetivos da norma legal ou a legislar positivamente, mas simplesmente interpretar as normas, nos termos da Constituição Federal. Igualmente, não se cogita de violação ao princípio da precedência de fonte de custeio, tendo em vista que o benefício em comento independe de contribuição à seguridade social (artigo 203, inciso V, da CF/88) e será financiado, nos termos do artigo 195 da CF/88, por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos dos entes públicos e de contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, do trabalhador e demais segurados da previdência social e da receita do concurso de prognósticos.

Contudo, há que se restringir os benefícios alcançados pela regra objeto de interpretação. Com efeito, a extensão do disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso à situação do idoso que postula benefício assistencial e tem familiar deficiente que recebe benefício assistencial ou familiar idoso que recebe benefício previdenciário mínimo, e bem assim do deficiente que postula benefício assistencial nas mesmas hipóteses, decorre de mera interpretação extensiva da norma.

A desconsideração, para fins de apuração da renda familiar *per capita*, de benefício auferido por pessoa que não é deficiente, ou que tem menos de 65 anos de idade, todavia, extrapola o campo da interpretação pura e simples, adentrando no espaço reservado à criação de norma positiva, o que é vedado, como regra, ao Judiciário (como também extrapolaria, por exemplo, a desconsideração de parcela de benefício superior ao mínimo recebido por familiar, ou, ainda, de renda não decorrente de benefício previdenciário ou assistencial). O parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03 só pode ser aplicado a benefícios mínimos recebidos por idosos ou deficientes.

A Renda Mensal Vitalícia, disciplinada pela Lei nº 6.179/74 e pela Lei nº 8.213/91, tratada como “amparo previdenciário”, integrante do rol de benefícios da Previdência Social, consiste em um *benefício previdenciário* pago aos maiores de 70 (setenta) anos de idade e aos inválidos que cumpriram determinados requisitos. Confirmam-se os dispositivos legais pertinentes:

Lei nº 6.179/74

Art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferiram rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser *amparados pela Previdência Social*, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou

II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda

III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

Lei nº 8.213/91

Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 1º. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao maior de 70 (setenta) anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir qualquer rendimento superior ao valor da sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, desde que: (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - tenha sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não; (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

II - tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - se tenha filiado à antiga Previdência Social Urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade, sem direito aos benefícios regulamentares. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 2º. O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta lei, será de 1 (um) salário mínimo. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º. A Renda Mensal Vitalícia será devida a contar da apresentação do requerimento. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 4º. A Renda Mensal Vitalícia não pode ser acumulada com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social, ou da antiga Previdência Social Urbana ou Rural, ou de outro regime. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

A renda mensal vitalícia foi extinta a partir de 01/01/96 pelo Decreto nº 1.744/95, que regulamentou a Lei nº 8.742/93, tendo sido substituído pelo benefício assistencial de prestação continuada. Atualmente, encontra-se em processo de extinção, sendo mantido apenas para aqueles que já eram beneficiários até 31/12/95.

Com isso, dada a sua natureza previdenciária, segue o mesmo raciocínio delineado nesta decisão, devendo ser excluído do cálculo da renda familiar, desde que seus titulares sejam pessoas idosas com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, ou portadoras de deficiência, nos termos da legislação vigente, e desde que pagos no valor de um salário mínimo.

As exclusões de benefícios do cálculo da renda familiar ora admitidas não exigem a sua renúncia pelo titular.

Diante de todo o exposto, a situação fática das pessoas idosas e das portadoras de deficiência que postulam o benefício assistencial, bem como daquelas que recebem benefício assistencial e das que percebem o previdenciário (no valor de um salário mínimo) se assemelham, de sorte que a identificação de situações não contempladas pelo texto legal, que com ele se harmonizam, resulta em ofensa ao tratamento isonômico e ao princípio da dignidade da pessoa humana contemplados pela norma constitucional.

De conseguinte, conduz à construção de uma solução sob a ótica da *equidade* e da *analogia*, a serem utilizadas pelo julgador como diretrizes para a aplicação da norma jurídica, garantindo-lhe a mais plena eficácia - no sentido de alcançar os casos que a ela se afinam por analogia - e a fim de que se posicione o mais próximo possível do humano, do digno e do *jus-to* para todas as partes, permitindo alcançar a solução jurídica que se revele a mais adequada.

O tema em discussão é de trânsito frequente em nossos tribunais, tendo ensejado o manejo de diversas ações coletivas em todo o território nacional, tal qual se infere das informações lançadas no início desta decisão (item “LITISPENDÊNCIA/CONTINÊNCIA”).

No julgamento do RE nº 580.963, com tema de repercussão geral, o E. Supremo Tribu-

nal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou, *incidenter tantum*, a omissão parcial inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), não tendo sido alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. A Corte Suprema contemplou a garantia quanto à não discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo, conforme ementa que segue:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. *Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.* Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 580963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, *TRIBUNAL PLENO*, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013)

A Corte Suprema reiterou o aludido posicionamento, ao negar seguimento ao RE nº 858.660, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 02/02/2015. Confira-se:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o *RE 580.963/PR*, Rel. Min. GILMAR MENDES, nele proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. (...) 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Cabe registrar, por necessário, que essa orientação plenária vem sendo observada em decisões, que, proferidas no âmbito desta Corte, versaram questão essencialmente idêntica à que ora se examina nesta sede recursal (*ARE 772.334/SP*, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - *ARE 799.184/SP*, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - *RE 782.772/SP*, Rel. Min. ROBERTO BARROSO - *RE 784.063/SP*, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, v.g.).

(...)

O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou nas matérias em referência.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010).

Publique-se.

(*ARE 858660*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/02/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12/02/2015 PUBLIC 13/02/2015) - destaquei

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.355.052, sob o regime dos recursos repetitivos, fixando a tese de que o *benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo*, não deve ser considerado na aferição da renda *per capita*, para fins de concessão de benefício assistencial requerido por pessoa portadora de deficiência:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI Nº 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA *PER CAPITA*. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.

1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.

2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, *define-se*: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), *por analogia*, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda *per capita* prevista no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1355052/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/11/2015) - destaquei

A 3ª Seção desta Corte Regional manifestou-se acerca da possibilidade de exclusão de benefício previdenciário concedido a pessoa idosa do cálculo da renda mensal familiar:

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AGRAVO IMPROVIDO

(...)

2 - A renda familiar da autora era proveniente da aposentadoria por idade, no valor aproximado de R\$ 1.000,00, recebida por seu marido, sendo que o seu filho encontrava-se desempregado. Neste ponto, cumpre observar que, *tratando-se de pessoa idosa, a aposentadoria por idade recebida pelo marido da autora não poderia ser considerada no cálculo da renda familiar, por aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003.*

3 - Da análise do sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que o filho da autora possui apenas pequenos vínculos de trabalho, na maioria inferior a 03 meses, sendo que na maior parte do tempo esteve desempregado. Desse modo, mesmo incluindo a aposentadoria do marido da autora, a renda familiar *per capita* corresponde a pouco mais de R\$ 300,00, ou seja, inferior a meio salário mínimo.

4 - Restou demonstrada, quantum satis, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

5 - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0007261-71.2012.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, julgado em 22/10/2015, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/11/2015)

Por fim, transcrevo acórdão desta Sétima Turma:

ASSISTENCIAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA*. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.

1. Para a concessão do benefício de assistência social (LOAS) faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1) ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01.10.2003); 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo (art. 203, V, da CF; art. 20, § 3º, e art. 38 da Lei nº 8.742 de 07.12.1993).

2. Preenchidos os requisitos legais ensejadores à concessão do benefício a partir de quando cessado o mandato eletivo de seu genitor, em 01/01/2013.

3. O C. Supremo Tribunal Federal já decidiu não haver violação ao inciso V do art. 203 da Magna Carta ou à decisão proferida na ADIN nº 1.232-1-DF, a aplicação aos casos concretos do disposto supervenientemente pelo Estatuto do Idoso (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003).

4. *Por aplicação analógica* do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, não somente os valores referentes ao *benefício assistencial ao idoso* devem ser descontados do cálculo da renda familiar, mas também aqueles referentes ao *amparo social ao deficiente* e os decorrentes de *aposentadoria no importe de um salário mínimo*.

5. Agravo Legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC 0025425-34.2010.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 12/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/01/2015)

Nesse contexto, tem-se a deficiência legislativa que deixou de contemplar situações que, frente às normas constitucionais, são também merecedoras de previsão legal expressa, o que torna inafastável a integração analógica levada a efeito no âmbito da atuação jurisdicional.

Veja-se que não houve equívoco por parte do INSS quanto à interpretação e aplicação da lei, mas, reitere-se, uma deficiência legislativa que deve ser suprimida pelo Poder Legislativo ou Poder Judiciário. Via de consequência, as instruções normativas que se limitam a reproduzir o teor da norma legal ou a traçar regras procedimentais em conformidade com ela não padecem propriamente de ilegalidade. O que se tem, repise-se, é a necessidade de aplicação analógica da norma legal por determinação judicial e de eventual ajuste dos atos infralegais à coisa julgada desta ação.

Importante frisar que a determinação para que o INSS proceda às exclusões ora definidas não implicará, necessariamente, na concessão do benefício assistencial. Tal qual esclarecido no início da fundamentação, a renda familiar de 1/4 do salário mínimo *per capita* não é o único critério a ser observado para aferição do estado de miserabilidade (o que será objeto de regulamentação), de modo que a autarquia pode proceder à exclusão de certas verbas do cálculo da renda familiar, mas indeferir o pedido, caso identifique outros fatores capazes de levar à conclusão de que o requerente tem condições de prover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Por derradeiro, não acolho o pleito de revisão dos requerimentos administrativos indeferidos pelo INSS e que foram protocolados a partir da vigência da Lei nº 10.741/03, ocorrida em 03/01/04.

O benefício de prestação continuada (LOAS) pode ser requerido e reiterado a qualquer tempo pelo interessado, inclusive porque, comumente, ocorre mudança da situação fático-jurídica, com o transcurso do tempo.

Com isso, eventual revisão de um benefício que tenha sido indeferido na via administrativa sem a observância das diretrizes fixadas nesta ação dificilmente levará em conta os exatos fatos vigentes à época do seu protocolo e da respectiva negativa, sendo reduzida a possibilidade de se lograr a perfeita recomposição da situação fático-jurídica pretérita e a avaliação precisa sobre a existência, naquela época, do direito invocado. Inevitavelmente, na maioria dos casos - senão em todos - a revisão envolveria a análise da situação fático-jurídica já modificada, considerando-se o momento atual, o que equivaleria à apreciação própria de um novo pedido administrativo. Vale ressaltar que, se a revisão levar em conta fatos recentes e resultar no reconhecimento do direito à percepção do benefício, a concessão com data de início equivalente à do protocolo do pedido seria indevida. Além disso, eventual revisão a ser efetivada sob os novos parâmetros de análise definidos nesta decisão não implicará, necessariamente, na concessão dos benefícios indeferidos há tantos anos.

Em outra perspectiva, o INSS aplicou a lei nos exatos termos nela expressos, eis que não possui autorização legal para aplicá-la utilizando-se da analogia, de modo a alcançar hipóteses outras nela não previstas expressamente. Vale ressaltar que, embora ciente da pretensão veiculada nesta ação por ocasião da citação, também não poderia, desde então, aplicar a lei por analogia, até porque a antecipação de tutela deferida em parte foi suspensa por decisão desta Corte Regional.

Por todos esses motivos, inviável impor ao INSS o ônus da revisão administrativa de benefícios protocolados desde a vigência da lei.

EFICÁCIA TERRITORIAL DO PROVIMENTO JURISDICIONAL

A pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal e, por consequência, a eficácia desta decisão restringem-se ao âmbito territorial da *Subseção Judiciária de São Carlos/SP*, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97, não tendo sido suscitada nos autos qualquer discussão a respeito da inconstitucionalidade do dispositivo.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA

Fixo sucumbência recíproca, nos termos do *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Aplica-se ao Ministério Público Federal norma do artigo 4º, inciso III, da Lei 9.289/96, que estabelece que o órgão ministerial é isento do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite perante a Justiça Federal.

Aplica-se ao INSS a norma do artigo 4º, inciso I, da Lei 9.289/96, que estabelece que as autarquias federais são isentas do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite perante a Justiça Federal. Entretanto, consoante disposto no parágrafo único do mencionado artigo 4º, compete-lhe o reembolso dos valores *eventualmente* recolhidos a esse título pela parte vencedora.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* à remessa oficial, tida por ocorrida, e à apelação interposta pela parte autora para reformar a r. sentença, reconhecendo a adequação da via processual eleita, e, com fundamento no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, aprecio o mérito da ação e *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE* o pedido deduzido na petição inicial, condenando o INSS, para fins de concessão do benefício assistencial (LOAS) a pessoas idosas e portadoras de deficiência, a abster-se de incluir no cálculo da renda *per capita* familiar qualquer benefício de valor mínimo (um salário mínimo) - de natureza assistencial ou previdenciária - pago a integrante do grupo familiar que seja pessoa idosa ou portadora de deficiência, independentemente de renúncia de benefícios.

A eficácia da coisa julgada alcança o âmbito territorial da Subseção Judiciária de São Carlos/SP, conforme requerido na inicial.

Intimem-se. Decorrido o prazo legal, baixem os autos à vara de origem.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0016698-91.2007.4.03.9999

(2007.03.99.016698-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSE DURVALINO DOS SANTOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BOTUCATU - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI

Classe do Processo: ApelReex 1191900

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AUXILIAR DE ESTAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE DO TRABALHO EXPOSTO A RUÍDO ACIMA DOS LIMITES LEGAIS DE TOLERÂNCIA. NÃO IMPLEMENTO DO TEMPO NECESSÁRIO À APOSENTAÇÃO. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

- Nos termos da Lei nº 8.213/91, a aposentadoria por tempo de serviço (atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição), é devida, na forma proporcional ou integral, respectivamente, ao segurado que, cumprida a carência exigida, tenha completado 25 anos de serviço (se mulher) e 30 anos (se homem), ou 30 anos de serviço (se mulher) e 35 anos (se homem).

- Após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, respeitado o direito adquirido à aposentadoria com base nos critérios anteriores até então vigentes, aos que já haviam cumprido os requisitos para sua obtenção (art. 3º), não há mais que se falar em aposentadoria proporcional.

- Excepcionalmente, poderá se aposentar, ainda, com proventos proporcionais, o segurado filiado ao regime geral da previdência social até a data de sua publicação (D.O.U. de 16/12/1998) e que tenha preenchido as seguintes regras de transição: idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher e um período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, àquela data, faltaria para atingir o limite temporal necessário (art. 9º, § 1º).

- No caso da aposentadoria integral, descabe a exigência de idade mínima ou “pedágio”, consoante exegese da regra permanente, menos gravosa, inserta no artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, como já admitiu o próprio INSS administrativamente.

- No tocante à atividade especial, o atual decreto regulamentar estabelece que a sua caracterização e comprovação “obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço” (art. 70, § 1º), como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria. Precedentes do STJ, em sede de recurso repetitivo.

- No caso concreto, os elementos de prova coletados não são bastante para ensejar o convencimento do julgador quanto à alegada insalubridade da atividade desempenhada como “auxiliar de estação”, na empresa FEPASA FERROVIA PAULISTA S.A., no período de 28/06/1976 a 31/05/1987, dado que, para o seu exercício, ao que tudo indica, não havia proximidade do trabalhador com os trens, tampouco trabalho na via permanente. Desse modo, não se antevê, *prima facie*, o seu enquadramento no código 2.4.3 do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831/64.

- Ademais, ausente, no formulário e laudo técnico referentes ao labor desenvolvido

pelo demandante, a indicação dos índices de temperatura aos quais estaria submetido, incabível o reconhecimento da existência de condições especiais de trabalho no período em questão.

- Relativamente à atividade de despachador, constam dos autos formulário DSS - 8030 e laudo técnico, os quais atestam que o requerente trabalhou, de forma habitual e permanente, exposto a ruído equivalente a 82 dB, no período de 01/06/1987 a 31/12/1995 e, após, inferior a 80 dB.

- Assim, há de ser considerado como atividade especial apenas o período laborado de 01/06/1987 a 31/12/1995, nos termos do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831/64 e consoante assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 05/12/2014).

- Computando-se os períodos de recolhimento de contribuições previdenciárias como autônomo/contribuinte individual, o tempo de serviço militar, bem como o tempo de atividade comum prestado na condição de empregado e aquele aqui considerado como de atividade especial, convertido ao tempo comum, possui o autor, até a data do ajuizamento da ação (22/04/2004), 29 (vinte e nove) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de serviço, insuficientes, portanto, para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição pleiteada.

- Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.

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, dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de remessa oficial e apelação do INSS interposta em face da r. sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a efetuar a conversão dos períodos especiais indicados na inicial e conceder o benefício de “aposentadoria por tempo de serviço” (contribuição) à parte autora, desde a data do ajuizamento da ação (22.04.2004), ressalvada eventual prescrição quinquenal, discriminados os consectários.

Pretende o INSS que seja reformada a sentença em razão da não comprovação do exercício de atividade especial, pleiteando, subsidiariamente, a fixação do termo inicial do benefício na data da apresentação do laudo pericial, a alteração dos honorários advocatícios e periciais, bem como o afastamento da condenação em custas e despesas processuais por ser a parte autora beneficiária da Justiça Gratuita. Prequestiona a matéria para fins recursais (fls. 202/209).

A parte apelada apresentou suas contrarrazões (fls. 212/217).

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Discute-se, no presente feito, o direito da parte autora ao reconhecimento de exercício de atividades em condições especiais e, conseqüentemente, a benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Nos termos dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, a aposentadoria por tempo de serviço (atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição), é devida, na forma proporcional ou integral, respectivamente, ao segurado que tenha completado 25 anos de serviço (se mulher) e 30 anos (se homem), ou 30 anos de serviço (se mulher) e 35 anos (se homem).

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo artigo 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu artigo 142.

Contudo, após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, respeitado o direito adquirido à aposentadoria com base nos critérios anteriores até então vigentes, aos que já haviam cumprido os requisitos para sua obtenção (art. 3º), não há mais que se falar em aposentadoria proporcional.

Excepcionalmente, poderá se aposentar, ainda, com proventos proporcionais, o segurado filiado ao regime geral da previdência social até a data de sua publicação (D.O.U. de 16/12/1998) e que tenha preenchido as seguintes regras de transição: idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher e um período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, àquela data, faltaria para atingir o limite temporal necessário (art. 9º, § 1º).

No caso da aposentadoria integral, descabe a exigência de idade mínima ou “pedágio”, consoante exegese da regra permanente, menos gravosa, inserta no artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, como já admitiu o próprio INSS administrativamente.

Registre-se, por oportuno, que, para efeito de concessão desse benefício, poderá ser considerado o tempo de serviço especial prestado em qualquer época, o qual será convertido em tempo de atividade comum, à luz do disposto no artigo 70, § 2º, do atual Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999): “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”.

Inexiste, pois, limitação temporal à conversão em comento, havendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, inclusive, firmado a compreensão de que se mantém “a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP nº 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991”. Ficou assentado, ademais, que o enquadramento da atividade especial rege-se pela lei vigente ao tempo do labor, mas “a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento”, ou seja, no momento em que foram implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria, como no caso da regra que define o fator de conversão (REsp 1151363/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2011).

Também, a Corte Superior, ao analisar outro recurso submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, em sintonia com o aresto supracitado, decidiu que a “lei vigente por oca-

sião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço”, de modo que a conversão do tempo de atividade comum em especial, para fins de aposentadoria especial, é possível apenas no caso de o benefício haver sido requerido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao artigo 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exigindo que todo o tempo de serviço seja especial (REsp 1310034/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012).

No tocante à atividade especial, o atual decreto regulamentar estabelece que a sua caracterização e comprovação “obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço” (art. 70, § 1º), como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria e restou sedimentado nos referidos recursos repetitivos.

Dessa forma, até o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, para a configuração da atividade especial, basta o seu enquadramento nos Anexos dos Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79, os quais foram validados pelos Decretos nºs. 357/91 e 611/92, possuindo, assim, vigência concomitante.

Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes em regulamento é meramente exemplificativa, não exaustiva, sendo possível o reconhecimento da especialidade do trabalho executado mediante comprovação nos autos. Nesse sentido, a Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”.

A partir da referida Lei nº 9.032/95, que alterou o artigo 57, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91, não mais se permite a presunção de insalubridade, tornando-se necessária a comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado e, ainda, que o tempo trabalhado em condições especiais seja permanente, não ocasional nem intermitente.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 547559/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)

A comprovação podia ser realizada por meio de formulário específico emitido pela empresa ou seu preposto (SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 ou DIRBEN 8030, atualmente, Perfil

Profissiográfico Previdenciário-PPP), ou outros elementos de prova, independentemente da existência de laudo técnico, com exceção dos agentes agressivos ruído e calor, os quais sempre exigiram medição técnica.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.523/96, com início de vigência na data de sua publicação, em 14/10/1996, convertida na Lei nº 9.528/97 e regulamentada pelo Decreto nº 2.172, de 05/03/97, acrescentou o § 1º ao artigo 58 da Lei nº 8.213/91, determinando a apresentação do aludido formulário “com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”. Portanto, a partir da edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe o rol dos agentes nocivos, passou-se a exigir, além das informações constantes dos formulários, a apresentação do laudo técnico para fins de demonstração da efetiva exposição aos referidos agentes.

Incluiu-se, ademais, o § 4º do mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 58 [...]

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.

O Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 68, § 9º, com a redação dada pelo Decreto nº 8.123/2013, ao tratar dessa questão, assim definiu o PPP:

Art. 68. [...]

§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes.

Por seu turno, o INSS editou a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21/01/2015, estabelecendo, em seu artigo 260, que: “Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei nº 8.213, de 1991, passou a ser o PPP”.

Quando à conceituação do PPP, dispõe o artigo 264 da referida Instrução Normativa:

Art. 264. O PPP constitui-se em um documento histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, conforme formulário do Anexo XV, que deve conter as seguintes informações básicas:

I - Dados Administrativos da Empresa e do Trabalhador;

II - Registros Ambientais;

III - Resultados de Monitoração Biológica; e

IV - Responsáveis pelas Informações.

§ 1º O PPP deverá ser assinado pelo representante legal da empresa ou seu preposto, que assumirá a responsabilidade sobre a fidedignidade das informações prestadas quanto a:

a) fiel transcrição dos registros administrativos; e

b) veracidade das demonstrações ambientais e dos programas médicos de responsabilidade da empresa.

§ 2º Deverá constar no PPP o nome, cargo e NIT do responsável pela assinatura do documento, bem como o carimbo da empresa.

§ 3º A prestação de informações falsas no PPP constitui crime de falsidade ideológica, nos termos do art. 299 do Código Penal, bem como crime de falsificação de documento público, nos termos do art. 297 do Código Penal.

§ 4º O PPP dispensa a apresentação de laudo técnico ambiental para fins de comprovação de condição especial de trabalho, desde que demonstrado que seu preenchimento foi feito por Responsável Técnico habilitado, amparado em laudo técnico pericial.

§ 5º Sempre que julgar necessário, o INSS poderá solicitar documentos para confirmar ou complementar as informações contidas no PPP, de acordo com § 7º do art. 68 e inciso III do art. 225, ambos do RPS.

Assim, o PPP, à luz da legislação de regência e nos termos da citada Instrução Normativa, deve apresentar, primordialmente, dois requisitos: assinatura do representante legal da empresa e identificação, por períodos, dos responsáveis técnicos habilitados para as medições ambientais e/ou biológicas.

Na atualidade, a jurisprudência tem admitido o PPP como substitutivo tanto do formulário como do laudo técnico, desde que devidamente preenchido.

A corroborar o entendimento esposado acima, colhem-se os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. MÉDICO. VÍNCULO DE EMPREGO E AUTÔNOMO. COMPROVAÇÃO NA FORMA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR À ÉPOCA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. ENQUADRAMENTO DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE ATÉ O ADVENTO DA LEI 9.032/95. INCIDENTE PROVIDO EM PARTE.

1. Ação previdenciária na qual o requerente postula o reconhecimento da especialidade das atividades desempenhadas na função de médico (empregado e autônomo), com a consequente conversão do tempo de serviço especial em comum a fim de obter Certidão de Tempo de Contribuição para averbar no órgão público a que está atualmente vinculado.

2. A controvérsia cinge-se à exigência, ou não, de comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos pelo médico autônomo enquadrado no item 2.1.3 dos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, no período de 1º/3/73 a 30/11/97.

3. Em observância ao princípio *tempus regit actum*, se o trabalhador laborou em condições especiais quando a lei em vigor o permitia, faz jus ao cômputo do tempo de serviço de forma mais vantajosa.

4. O acórdão da TNU está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece o direito ao cômputo do tempo de serviço especial exercido antes da Lei 9.032/95, com base na presunção legal de exposição aos agentes nocivos à saúde pelo mero enquadramento das categorias profissionais previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, como no caso do médico.

5. A partir da Lei 9.032/95, o reconhecimento do direito à conversão do tempo de serviço especial se dá mediante a demonstração da exposição aos agentes prejudiciais à saúde por meio de formulários estabelecidos pela autarquia até o advento do Decreto 2.172/97, que passou a exigir laudo técnico das condições ambientais do trabalho.

6. Incidente de uniformização provido em parte.

(STJ, Pet 9194/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 28/05/2014, DJe 03/10/2014)

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE PERFIL PROFISSIONOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. O perfil profissiográfico previdenciário espelha as informações contidas no laudo técnico, razão pela qual pode ser usado como prova da exposição ao agente nocivo.
2. Nesse contexto, tendo o segurado laborado em empresa do ramo de distribuição de energia elétrica, como eletricista e auxiliar de eletricista, com exposição à eletricidade comprovada por meio do perfil profissiográfico, torna-se desnecessária a exigência de apresentação do laudo técnico.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STJ, AgRg no REsp 1340380/CE, Segunda Turma, Relator Ministro OG Fernandes, j. em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, no julgamento do ARE nº 664.335/SC, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito, decidiu que, se o aparelho “for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”. Destacou-se, ainda, que, havendo divergência ou dúvida sobre a sua real eficácia, “a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial”.

Especificamente em relação ao agente agressivo *ruído*, estabeleceu-se que, na hipótese de a exposição ter se dado acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do EPI, “não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”. Isso porque não há como garantir, mesmo com o uso adequado do equipamento, a efetiva eliminação dos efeitos nocivos causados por esse agente ao organismo do trabalhador, os quais não se restringem apenas à perda auditiva.

No caso concreto, alega a parte autora haver trabalhado em condições especiais na empresa FEPASA FERROVIA PAULISTA S.A., sucedida pela “FERROBAN-Ferrovias Bandeirantes S.A” (atualmente “ALL-AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S.A.”), no período de 28/06/1976 a 01/02/1999, desempenhando as funções de “auxiliar de estação” (de 28/06/1976 a 31/05/1987) e despachador (de 01/06/1987 a 01/02/1999).

No que tange à função de “Auxiliar de Estação C/B/A” (de 28/06/1976 a 31/05/1987), foram encartados aos autos formulário DSS-8030 e laudo técnico (fls. 161/163), os quais informam que o demandante, nesse período, trabalhou de forma habitual e intermitente exposto a intempéries (sol, chuva, frio, calor, poeira, vento etc).

As atividades desenvolvidas em seu local de trabalho (“Estação e Pátio ferroviário de Botucatu/Rubião Jr.”) estão assim descritas: “Acompanhava e orientava manobras de vagões tanques cheios de líquidos inflamáveis ou vazios não desgaseificados, distribuição de vagões para carregamento e descarga e a formação de trens. O empregado fazia uso de rádios transceptores p/ comunicação com a equipe de máquina durante manobras e formação de trens”.

As testemunhas Silvio Aparecido Machado e Moacir Bulgarelli, ao serem ouvidas em juízo, foram uníssonas em afirmar que trabalharam juntamente com o autor na aludida empregadora, como “auxiliar de estação” e, em tal função, “lidavam com todos os vagões que chegavam, no pátio, estando sujeitos a alta tensão, ao tempo e aos produtos químicos carregados pelos trens, além dos altos ruídos”. A partir de 1986/1988, passaram a atuar no controle de tráfego de trens, expostos a ruídos elevados (fls. 186/187).

Porém, os agentes agressivos “eletricidade”, “calor”, “frio” e “ruído”, em razão de sua natureza, exigem apuração técnica com indicação quantitativa de sua intensidade, sem a qual não é possível a aferição da existência de exposição acima dos limites legais de tolerância.

Além disso, os elementos de prova coletados não são bastante para ensejar o convencimento do julgador quanto à alegada insalubridade da atividade laboral, dado que não havia trabalho na via permanente. Desse modo, não se antevê, *prima facie*, o seu enquadramento no código 2.4.3 do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831/64.

A perícia levada a efeito por determinação do Juízo “a quo”, também não se mostra apta a demonstrar a especialidade da atividade em tela, uma vez que sequer foi realizada no local de trabalho do autor, havendo o perito extraído as suas conclusões com base, exclusivamente, nas afirmações prestadas pelo obreiro e nos documentos encartados nos autos (fls. 156/160).

Ademais, os laudos técnicos produzidos em relação a terceiros, em processos trabalhistas objetivando adicional de periculosidade/insalubridade (fls. 73/105), não se apresentam suficientes para a comprovação do trabalho especial, dado que os reclamantes não possuíam a mesma função do autor, mormente considerando que o agente “eletricidade” ali detectado sequer foi apontado no formulário emitido pela própria empregadora (fls. 161) e no respectivo laudo técnico, expedido por médico do trabalho e engenheiro de segurança do trabalho (fls. 162/163), referentes ao labor desenvolvido pelo demandante.

Portanto, ausente, no formulário e laudo de fls.161/163, a indicação dos índices de temperatura aos quais estaria submetido o autor, incabível o reconhecimento da existência de condições especiais de trabalho no período de 28/06/1976 a 31/05/1987.

No tocante à atividade de despachador, constam dos autos formulário DSS - 8030 e laudo técnico (fls. 70/72), os quais atestam que o requerente trabalhou, de forma habitual e permanente, exposto a ruído equivalente a 82 dB, no período de 01/06/1987 a 31/12/1995 e, após, inferior a 80 dB.

Nesse particular, tendo em vista o princípio “tempus regit actum”, restou pacificado na jurisprudência que os níveis de pressão sonora a serem considerados insalubres são os seguintes: acima de 80 dB, na vigência do Decreto nº 53.831/64 e, a partir de 06/03/1997, superior a 90 dB, conforme Decreto nº 2.172/97, passando, posteriormente, para acima de 85 dB, a contar de 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4.882/2003, o qual não se aplica retroativamente, consoante assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 05/12/2014).

Assim, há de ser considerado como atividade especial apenas o período laborado de 01/06/1987 a 31/12/1995, razão pela qual merece reforma a sentença recorrida.

De outra parte, em consulta ao CNIS e conforme recolhimentos juntados às fls. 18/17, constata-se que o autor manteve vínculo com a Previdência Social, na qualidade de autônomo/contribuinte individual, nos períodos de 01/02/1999 a 30/06/2002, 01/08/2002 a 30/11/2002 e de 01/12/2003 a 31/12/2003.

Nota-se, também, que o apelado prestou serviço militar por 01 (um) mês e 03 (três) dias, como faz prova o certificado de reservista de fls.14, fazendo jus à sua contagem como tempo de serviço (contribuição), nos termos do artigo 55, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Dessa maneira, computando-se tais períodos, o tempo de atividade comum prestado na condição de empregado e aquele aqui considerado como de atividade especial, convertido ao tempo comum, possui o autor, até a data do ajuizamento da ação (22/04/2004), 29 (vinte e nove) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de serviço, insuficientes, portanto, para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição pleiteada, devendo ser reformada, também nesse aspecto, a doughta decisão de primeira instância.

Por fim, tendo em vista que o autor foi vencido em quase a totalidade da demanda, a importar na inversão do ônus da sucumbência, restam prejudicados os demais pontos do apelo da Autarquia.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS e à REMESSA OFICIAL para reformar a r. sentença recorrida e julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de reconhecer como atividade especial apenas o período de 01/06/1987 a 31/12/1995 e determinar a expedição da respectiva certidão de tempo de contribuição em favor do autor, excluindo da condenação os demais períodos tidos como insalubres, bem como a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição postulada.

Considerando que o feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita, deixo de condenar o autor nas verbas de sucumbência, nos termos da Lei 1.060/1950 e em conformidade com o entendimento do E. STF (RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0019813-23.2007.4.03.9999

(2007.03.99.019813-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: PEDRO GARCIA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA DE PORANGABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: AC 1195504

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/03/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. ATIVIDADE RURAL SEM REGISTRO EM CTPS. PERÍODO DE CARÊNCIA. CONECTÁRIOS. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. As anotações constantes em carteira de trabalho constituem prova plena de exercício de atividade e, portanto, de tempo de serviço, para fins previdenciários. Ressalte-se a existência de previsão legal no sentido de ser a CTPS um dos documentos próprios para a comprovação, perante a Previdência Social, do exercício de atividade laborativa.
2. Com relação ao período de carência, considerando que em 1991 a parte autora já possuía mais de 35 anos de tempo de serviço, necessitava recolher 60 contribuições à Previdência Social, de acordo com o previsto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, restando, pois, atendido esse requisito.
3. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da DER (17/12/2002).
4. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.
5. Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício que entenda ser-lhe mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.
6. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de março de 2016.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Cuida-se de agravo legal interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face da r. decisão monocrática de fls. 149/154, que deu provimento à apelação da parte autora, para conceder-lhe a aposentadoria por tempo de serviço, na sua forma integral, fixando os consectários.

Aduz, o agravante, em síntese, que os períodos urbanos computados na planilha de contagem de tempo de contribuição não constam do CNIS, bem como que a parte autora não cumpre a carência exigida para a obtenção do benefício.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (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 para não só 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:

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 artigo.

A aposentadoria por tempo de serviço, atualmente denominada aposentadoria por tempo de

contribuição, admitia a forma proporcional e a integral antes do advento da Emenda Constitucional 20/98, fazendo jus à sua percepção aqueles que comprovem tempo de serviço (25 anos para a mulher e 30 anos para o homem na forma proporcional, 30 anos para a mulher e 35 anos para o homem na forma integral) desenvolvido totalmente sob a égide do ordenamento anterior, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Aqueles segurados que já estavam no sistema e não preencheram o requisito temporal à época da Emenda Constitucional 20/98, fazem jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional desde que atendam às regras de transição expressas em seu art. 9º, caso em que se conjugam o requisito etário (48 anos de idade para a mulher e 53 anos de idade para o homem) e o requisito contributivo (pedágio de 40% de contribuições faltantes para completar 25 anos, no caso da mulher, e para completar 30 anos, no caso do homem).

Frise-se que embora exista previsão expressa quanto às regras de transição aplicáveis ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço integral, estas são inócuas, pois desde o início restou ineficaz por ausência de aplicabilidade prática, tendo em vista que confronta com a regra permanente do texto constitucional, que não exige o implemento de idade mínima ou pedágio. Nesse sentido, segue a jurisprudência (TRF-1ª Região, Primeira Turma, AC 2003.38.01.003208-3, Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ: 17/09/2007, pag. 11, g.n.; TRF-3ª Região, Décima Turma, AC 1110637/SP, Rel. Des. Fed. Jediel Galvão, DJ: 04/07/2007, pag. 351, g.n.).

Atualmente, são requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem), ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à referida Emenda equivale a tempo de contribuição, a teor do art. 4º da Emenda Constitucional 20/98.

A aposentadoria do trabalhador rural apresenta algumas especificidades, em razão sobretudo da deficiência dos programas de seguridade voltados a essa categoria de trabalhadores no período anterior à Constituição Federal de 1988 e do descumprimento da legislação trabalhista no campo. Assim é que, no seu art. 55, §2º, a Lei 8.213/91 estabeleceu:

“O tempo de serviço do trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.”

Significa dizer, com relação ao período anterior à vigência da Lei de Benefícios, ser desnecessário o recolhimento de contribuições previdenciárias pelo segurado especial ou trabalhador rural, caso pretenda o cômputo do tempo de serviço rural, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, § 2º, da Lei 8.213/91.

Por outro lado, o labor sem registro exercido a partir da competência de novembro de 1991 (art. 55, §2º, da Lei 8.213/91 c/c o art. 60, X, do Decreto 3.048/99), tem o seu reconhecimento restrito às hipóteses previstas nos artigos 39, inciso I, e 143 da referida lei, que não contempla a mera averbação de tempo de serviço rural sem registro em CTPS, na qualidade de segurado especial, para o fim de obtenção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. Assim, para a contagem do tempo de serviço do trabalhador rural sem registro em CTPS, posterior ao início de vigência da Lei 8.213/91, torna-se imprescindível o recolhimento das contribuições previdenciárias.

A propósito, julgado desta E. Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL COMPROVADA. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O tempo de serviço rural anterior à vigência da Lei 8.213/91 pode ser computado para a aposentadoria por tempo de serviço, sem recolhimento de contribuições, por expressa ressalva do § 2º do art. 55 do referido diploma legal, salvo para carência.

II - Os documentos que instruíram a inicial foram sopesados segundo o princípio da livre

convicção motivada, tendo concluído pela existência de início de prova material do exercício de atividade rural pela parte autora.

III - Embora a documentação acostada refira-se apenas a parte do período que o autor pretende ver reconhecido, a prova testemunhal pode ter sua eficácia ampliada, desde que haja um início de prova material - ainda que não contemporânea aos fatos - representado, por exemplo, por documentos em que conste a profissão do autor como agricultor.

IV - Não havendo nenhum elemento a descaracterizar o labor rural do demandante, o qual foi confirmado pelas testemunhas ouvidas no presente feito, viável o reconhecimento da sua qualidade de trabalhador agrícola.

V - Agravos previstos no § 1º do artigo 557 do CPC, interpostos pela parte autora e pelo réu, improvidos.”

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, Des. Fed. Rel. Sergio Nascimento, Proc. nº 2005.03.99.037264-5, j. 09/02/2010)

“PREVIDENCIÁRIO - TRABALHADOR RURAL - SEGURADO ESPECIAL - TRABALHO EXERCIDO ANTES E DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LEI 8213/91 - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES - IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO ALUDIDO PERÍODO COMO DE CARÊNCIA - RESCISÓRIA PROCEDENTE - PEDIDO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO FORMULADO NA LIDE ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE.

1) Nunca houve dúvidas de que, no sistema pretérito à Constituição de 1988, os regimes de previdência social eram distintos, e que os trabalhadores rurais não vertiam contribuições para o ‘Programa de Assistência ao Trabalhador Rural’, razão pela qual não tinham direito a todos os benefícios previstos para os trabalhadores urbanos, dentre eles a ‘aposentadoria por tempo de serviço’ - inclusive a aposentadoria especial.

(...)

3) Não é por outra razão que o art. 55, § 2º, da Lei 8213/91, autoriza o reconhecimento do labor rural exercido naquele período, mas não para efeitos de carência. Julgado que reconhece o trabalho exercido pelo trabalhador rural no período anterior à vigência da Lei 8213/91 como de carência incide em manifesta a violação ao art. 55, § 2º, da Lei 8213/91.

(...)

6) Ação rescisória que se julga procedente para rescindir, parcialmente, a sentença proferida na lide originária, e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço lá formulado.”

(3ª Seção, Rel. Acórdão Des. Federal Marisa Santos, AR nº 2006.03.00.003060-0/SP, j.10/11/2011, DE14/12/2012)

Em relação à prova da atividade rural, muito se discutiu acerca da previsão contida no art. 55, §3º, da Lei de Benefícios, segundo a qual a comprovação do tempo de serviço exige início de prova material. O que a Lei nº 8.213/91 requer, no artigo citado, é apenas o “início” de prova material e é esse igualmente o teor da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

A respeito do tema transcrevo o seguinte julgado do STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO LAVRADOR. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituído por dados do registro civil, como certidão de casamento onde consta a profissão de lavrador atribuída ao marido da Autora. Precedentes da Terceira Seção do STJ.
2. Recurso especial conhecido em parte e provido.”

(REsp 707.846/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 14/3/2005) - grifo nosso

Ademais, exigirem-se documentos comprobatórios do labor rural para todos os anos do período que se quer reconhecer equivaleria a erigir a prova documental como a única válida na espécie, com desconsideração da prova testemunhal produzida, ultrapassando-se, em desfavor do segurado, a exigência legal.

Esse o entendimento esposado em inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ: “PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR TESTEMUNHOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. 1. No âmbito da Terceira Seção firmou-se a compreensão segundo a qual a lei não exige que a prova material se refira a todo o período de carência do art. 143 da Lei. 8.213/1991, desde que ela seja amparada por prova testemunhal harmônica, no sentido da prática laboral referente ao período objeto de debate. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 200902316809, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 29/03/2010, grifei)

‘II. É prescindível que o início de prova material se refira a todo o período de carência legalmente exigido, se a prova testemunhal for capaz de ampliar sua eficácia probatória, como ocorre na hipótese.’ (STJ, AGRESP 200900730199, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 21/06/2010)” Os documentos em questão devem ser contemporâneos ao período que se quer ver comprovado, no sentido de que tenham sido produzidos de forma espontânea, no passado, sendo razoável, outrossim, reconhecer-se o trabalho rural no intervalo que medeia entre as datas de expedição de dois documentos indicativos da condição de lavrador.

Ainda a respeito da documentação exigida, reforçada por depoimentos testemunhais, confira-se a jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. VALORAÇÃO. I- O título eleitoral, o certificado de reservista e a certidão de casamento, nos quais o autor é qualificado como lavrador, constitui início de prova material apta à comprovação de tempo de serviço rural. Precedentes deste E. STJ. II- *In casu*, além da presença de início de prova material nos autos, os depoimentos das testemunhas atestam o exercício pelo autor de atividade rural no período de reconhecimento. III - Na espécie, ademais, procedeu-se à valoração, e não ao reexame da documentação constante dos autos. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AGRESP 200900108513, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 26/10/2009)

Ademais, importante consignar que a lavradora pode se servir dos documentos em nome do marido, que assim o qualifiquem, dada a realidade que se verifica no meio campesino.

A respeito do tema transcrevo o seguinte julgado do STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO LAVRADOR. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituído por dados do registro civil, como certidão de casamento onde consta à profissão de lavrador atribuída ao marido da Autora. Precedentes da Terceira Seção do STJ. 2. Recurso especial conhecido em parte e provido.”

(REsp 707.846/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 14/3/2005)

Entendo possível, ainda, fazendo-o igualmente com apoio na jurisprudência, admitir-se o labor rural a partir dos 12 (doze) anos de idade, por ser realidade comum no campo, segundo as regras ordinárias de experiência, mormente se a prova testemunhal é robusta e reforçada por documentos que indicam a condição de lavradores dos pais do segurado.

Ademais, a norma constitucional que veda o trabalho ao menor de 16 anos visa à sua proteção, não podendo ser invocada para, ao contrário, negar-lhe direitos (RESP 200200855336, Min. Jorge Scartezzini, STJ - Quinta Turma, DJ 02/08/2004, p. 484.).

No caso concreto, a parte autora apresentou início de prova material consistente nos documentos das fls. 10/11, 13/20 e 69/79.

Confirmando e ampliando o início de prova material, foram produzidos testemunhos (fls. 114/115) harmônicos e coerentes, que esclarecem o trabalho rural desenvolvido pela parte

autora no período de 27/11/1954 a 31/12/1989, podendo ser reconhecido para fins previdenciários, exceto para efeito de carência.

Saliente-se que, embora o primeiro documento que qualifique a parte autora como lavradora date de 18/01/1969 (certidão do seu casamento acostada na fl. 13), a prova testemunhal autoriza o reconhecimento do labor rural por todo o período mencionado.

Sobre a possibilidade do reconhecimento do labor rural da parte autora, mesmo em data anterior ao início de prova material, cito, a título ilustrativo, o seguinte precedente o E. STJ:

“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 dispositivo 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, corroboram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário descontar, 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.”

(STJ, Recurso Especial nº 1.348.633-SP, Primeira Seção, por maioria, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 28/08/2013).

No mesmo sentido: Recurso Especial nº 1.348.130-SP e Recurso Especial nº 1.348.382, ambos de relatoria do Exmo. Ministro Arnaldo Esteves de Lima.

Nesta esteira, também já decidiu a C. Décima Turma:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AVERBAÇÃO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CORROBORADA POR TESTEMUNHAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

I - O objetivo dos embargos de declaração, de acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão e, ainda, conforme o entendimento jurisprudencial, a ocorrência de erro material no julgado.

II - Não se coaduna com a finalidade dos embargos declaratórios a irresignação do embarcante quanto ao entendimento desta 10ª Turma sobre a possibilidade de se estender a validade do início de prova material para antes da data nela indicada, prestigiando o início de prova apresentado, tendo em vista a notória dificuldade de os trabalhadores comprovarem sua condição de rurícola antes de determinados eventos (alistamento militar, casamento, nascimento dos filhos, etc). Assim, em que pese o documento mais antigo apresentado pela parte autora, título de eleitor, na qual consta o termo 'lavrador' para indicar sua profissão, ter sido emitido em 1976, o qual foi acompanhado de outros documentos emitidos entre 1976 e 1978, são suficientes a demonstrar o labor rural no período de 10.04.1969 a 01.07.1980, em regime de economia familiar, tendo em vista que ampliada sua eficácia probatória com a prova testemunhal colhida nos autos.

III - Embargos de declaração do INSS rejeitados.”

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, Des. Fed. Rel. Sergio Nascimento, Proc. nº 0018141-38.2011.4.03.9999, j. 27/11/2012)

Sendo assim, o somatório do período mencionado, com os demais períodos constantes dos autos, conforme planilha em anexo a esta decisão, perfaz o mínimo de 35 (trinta e cinco) anos necessários à concessão da aposentadoria integral por tempo de serviço, nos termos do art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

Nota-se que a parte autora, à data do requerimento administrativo (21/07/2000), possuía mais de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, conforme planilha em anexo a esta decisão, fazendo jus à aposentadoria pretendida, na sua forma integral, nos termos do disposto no artigo 201, § 7, inciso I, da Constituição Federal.

Com relação ao período de carência, verifica-se que a parte autora necessitava recolher apenas 114 (cento e quatorze) contribuições à Previdência Social para cumpri-lo, de acordo com o previsto na tabela progressiva de que trata o art. 142 da Lei nº 8.213/91, restando clarividente o preenchimento de tal requisito.

Desta forma, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de forma integral, a ser calculada nos termos do artigo 53 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o somatório do tempo de serviço efetivamente comprovado alcança o tempo mínimo necessário, restando, ainda, comprovado o requisito carência, nos termos do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (21/07/2000), uma vez que a parte autora demonstrou que já havia preenchido os requisitos necessários à concessão do benefício desde então.

Com relação aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Resoluções do CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento à apelação da parte autora, para conceder-lhe a aposentadoria por tempo de serviço, na sua forma integral, fixando os consectários legais na forma acima explicitada.

De início, cumpre ressaltar que as anotações constantes em carteira de trabalho constituem prova plena de exercício de atividade e, portanto, de tempo de serviço, para fins previdenciários. Ressalte-se a existência de previsão legal no sentido de ser a CTPS um dos documentos próprios para a comprovação, perante a Previdência Social, do exercício de atividade laborativa.

Dispõe o art. 62, § 1º, inciso I, do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999 - Regulamento da Previdência Social -, na redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 4.729, de 09 de junho de 2003, *in verbis*:

Art. 62. (...)

§ 2º Servem para a prova prevista neste artigo os documentos seguintes:

I - o contrato individual de trabalho, a Carteira Profissional e/ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social, a carteira de férias, a carteira sanitária, a caderneta de matrícula e a caderneta de contribuições dos extintos institutos de aposentadoria e pensões, a caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Portos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca, pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas e declarações da Receita Federal (...)

Desse modo, as anotações constantes de CTPS possuem presunção *juris tantum* de veracidade, a qual não deve ser afastada pelo simples fato de não estarem reproduzidas no CNIS, que somente cede lugar quando o documento não se apresenta formalmente em ordem ou quando o lançamento apostado gera dúvida fundada acerca do fato nele atestado. Neste caso, caberia ao instituto-réu comprovar a falsidade de suas informações, por meio de prova robusta que demonstrasse a inexistência dos vínculos anotados na Carteira de Trabalho. Tal prova não foi, contudo, produzida pela autarquia previdenciária.

No presente caso, a CTPS do autor comprova os vínculos nos períodos de 03/04/1989 a 25/07/1989, 28/07/1989 a 16/04/1991 e 28/11/1992 a 20/02/1999 (fls. 10/11).

Sendo assim, somados os períodos constantes em sua CTPS, acrescido do tempo rural ora reconhecido, além daqueles constantes do CNIS (fls. 146/147), totaliza a parte autora 46 anos, 03 meses e 11 dias de tempo de serviço até a data do requerimento administrativo (17/12/2002).

Excluído o período rural para efeito de carência (art. 55, § 2º da Lei nº 8.213/91), atinge a parte autora 12 anos e 05 dias de tempo de contribuição, conforme planilha anexa.

Desse modo, com relação ao período de carência, considerando que em 1991 a parte autora já possuía mais de 35 anos de tempo de serviço, necessitava recolher 60 contribuições à Previdência Social, de acordo com o previsto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, restando, pois, atendido esse requisito.

Restaram cumpridos pela parte autora, pois, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e carência para a concessão do benefício almejado (art. 24 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição, com valor calculado na forma prevista no art. 29, I, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da DER (17/12/2002, fl. 80).

Na eventualidade do tempo de contribuição ora reconhecido possibilitar a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição segundo as regras da EC nº 20/98, deverá o INSS implantar a melhor hipótese financeira.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal,

nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

O réu é isento das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei nº 9.289/96), mas deve reembolsar, quando vencido, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício que entenda ser-lhe mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

Diante de todo o exposto, *dou parcial provimento ao agravo legal do INSS*, para fixar a data de início do benefício na DER (17/12/2002), e de ofício, os consectários legais, observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002411-86.2011.4.03.6183

(2011.61.83.002411-5)

Apelantes: JORGE DE CASTRO RIBEIRO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: ApelReex 1749924

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

I - O Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferior a 1000 salários mínimos, esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, inobstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

II - Apelação, interposta pela parte ré, em face sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de renúncia de benefício previdenciário, a fim de obter a concessão de aposentadoria mais vantajosa, consideradas as contribuições efetuadas posteriormente à benesse, com o aproveitamento do tempo e recolhimentos anteriores, com a devolução das mensalidades anteriormente pagas.

III - Apelo da parte autora postulando o afastamento da determinação de devolução dos valores recebidos anteriormente.

IV - A renúncia à aposentadoria tem natureza desconstitutiva, apenas produzindo efeitos “ex nunc”, de acordo com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RESP nº 328.101/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/08; RESP nº 663.336/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/02/08, pág.1).

V - Alega a parte ré que há vedação legal à renúncia de sua aposentadoria, em prol da obtenção de uma nova, mais vantajosa, de forma que o *decisum* merece ser reformado.

VI - A Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente sobre a questão, consolidando, sob o regime dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC e na Resolução STJ 8/2008, a compreensão de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento”.

VII - Reconhecido o direito do autor à desaposentação, com o pagamento das parcelas vencidas a partir da citação, compensando-se o valor do benefício inicialmente concedido e pago pela Autarquia Federal.

VIII - Remessa oficial não conhecida. Apelo do INSS improvido. Apelação da parte autora parcialmente provida.

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, *não conhecer da remessa oficial, negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à apelação da parte autora, sendo que o Desembargador Federal Newton De Lucca, com ressalva, acompanhou o voto do Relator.*

São Paulo, 25 de abril de 2016.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interpostos por ambas as partes em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que o INSS promova a desaposentação do autor, cancelando o benefício nº 46/057.054.138-7, com a implantação, ato contínuo, de benefício com data de início da citação da autarquia federal, devidamente atualizado até a data de implantação do novo benefício, porém, mediante a restituição integral dos valores recebidos anteriormente. Consectários explicitados. Sucumbência recíproca. Custas na forma da lei.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Apela a parte autora (fls. 160/183), postulando o afastamento da determinação de devolução integral dos valores já recebidos a título de aposentadoria (NB 46/057.054.138-7).

Inconformado, recorre o INSS (fls. 184/191), alegando, em síntese, que existe vedação legal à renúncia de aposentadoria em prol da obtenção de uma nova mais vantajosa. Destarte, requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões (fls. 194/222), subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Da remessa oficial

O novo Estatuto processual trouxe inovações no tema da remessa *ex officio*, mais especificamente, estreitou o funil de demandas cujo transito em julgado é condicionado ao reexame pelo segundo grau de jurisdição, para tanto elevou o valor de alçada, *verbis*:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º. Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º. Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º. Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

...

§ 4º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Convém recordar que no antigo CPC, dispensava do reexame obrigatório a sentença proferida nos casos CPC, art. 475, I e II sempre que a condenação, o direito controvertido, ou a procedência dos embargos em execução da dívida ativa não excedesse a 60 (sessenta) salários mínimos. *Contrario sensu*, aquelas com condenação superior a essa alçada deveriam ser enviadas à Corte de segundo grau para que pudesse receber, após sua cognição, o manto da coisa julgada.

Pois bem. A questão que se apresenta, no tema Direito Intertemporal, é de se saber se as demandas remetidas ao Tribunal antes da vigência do Novo Diploma Processual - e, conseqüentemente, sob a égide do antigo CPC -, vale dizer, demandas com condenações da União e autarquias federais em valor superior a 60 salários mínimos, mas inferior a 1000 salários mínimos, se a essas demandas aplicar-se-ia o novel Estatuto e com isso essas remessas não seriam conhecidas (por serem inferiores a 1000 SM) , e não haveria impedimento - salvo recursos voluntários das partes - ao seu trânsito em julgado; ou se, pelo contrário, incidiria o antigo CPC (então vigente ao momento em que o juízo de primeiro grau determinou envio ao Tribunal) e persistiria, dessa forma, o dever de cognição pela Corte Regional para que, então, preenchida fosse a condição de eficácia da sentença.

Para respondermos, insta ser fixada a natureza jurídica da remessa oficial.

Natureza Jurídica Da Remessa Oficial

Cuida-se de *condição de eficácia da sentença*, que só produzirá seus efeitos jurídicos após ser ratificada pelo Tribunal.

Portanto, não se trata o reexame necessário de recurso, vez que a legislação não a tipificou com essa natureza processual.

Apenas com o reexame da sentença pelo Tribunal haverá a formação de coisa julgada e a eficácia do teor decisório.

Ao reexame necessário aplica-se o princípio inquisitório (e não o princípio dispositivo, próprio aos recursos), podendo a Corte de segundo grau conhecer plenamente da sentença e seu mérito, inclusive para modificá-la total ou parcialmente. Isso ocorre por não ser recurso, e por a remessa oficial implicar *efeito translativo* pleno, o que, eventualmente, pode agravar a situação da União em segundo grau.

Finalidades e estrutura diversas afastam o reexame necessário do capítulo recursos no processo civil.

Em suma, constitui o instituto em “condição de eficácia da sentença”, e seu regramento será feito por normas de direito processual.

Direito Intertemporal

Como vimos, não possuindo a remessa oficial a natureza de recurso, na produz *direito subjetivo processual* para as partes, ou para a União. Esta, enquanto pessoa jurídica de Direito Público, possui direito de recorrer voluntariamente. Aqui temos direitos subjetivos processuais. Mas não os temos no reexame necessário, condição de eficácia da sentença que é.

A propósito oportuna lição de Nelson Nery Jr.:

A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, nº 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01, que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475. É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Por consequência, como o Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferior a 1000 salários mínimos, esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, inobstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

Posto isso, *não conheço da remessa oficial*.

Ab initio, cumpre ressaltar que não há de se falar em decadência, vez que o *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/91 tem aplicação aos casos de revisão de ato de concessão de benefício e, no caso concreto, a desaposentação consiste na renúncia de benefício que a parte autora vem recebendo para a concessão de uma nova aposentadoria mais vantajosa.

Entendo que o segurado da Previdência Social pode renunciar à aposentadoria que auferir e aproveitar o respectivo tempo de filiação para concessão de benefício mais vantajoso.

Explico.

Primeiramente, não há óbice constitucional. Nenhuma regra da Carta Magna é contrária da se aceitarmos a possibilidade de o segurado se desfazer de sua aposentadoria e aproveitar o tempo total de filiação em contagem para novo benefício.

Outrossim, a legislação ordinária não disciplina nem veda a desaposentação, motivo pelo qual o segurado tem o direito de dispor do que lhe pertence, ou seja, de seu próprio patrimônio.

Ad argumentandum tantum, o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal impede apenas que uma lei nova altere ato já consumado, contudo não impede ao titular de direito disponível de renunciar ato jurídico, desfazendo seus efeitos até então produzidos, possibilitando o recebimento de benefício com renda mensal inicial mais favorável.

Observo, apenas, que tendo em vista que a aposentadoria é um direito fundamental, esculpido no art. 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal, sua renúncia somente pode ser admitida se implicar em uma situação mais favorável ao segurado, fato que ocorre com a desaposentação, visto que a renúncia ao benefício tem como fim a imediata obtenção de um novo benefício, porém, mais vantajoso.

Convém lembrar que a irreversibilidade e irrenunciabilidade das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição não decorrem de legislação ordinária, mas de Decreto Executivo (artigo 181-B do Decreto 3.048/99, na redação do Decreto 3.265/99). Todavia, Decreto não pode restringir direito, nem impedir exercício de faculdade do titular do direito sem a necessária previsão legal, sob pena de extrapolar o campo normativo a ele reservado. Somente a lei ordinária (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal) poderia estabelecer restrições como irreversibilidade ou irrenunciabilidade de benefício concedido. Se a lei previdenciária, como é o caso, não estabelece tais restrições, o benefício não pode ser tido por irrenunciável nem irreversível. Estabelecendo condição não permitida pela lei, o decreto extrapolou os limites da lei que deveria regulamentar e, portanto, não se aplica.

A possibilidade de a parte autora obter sua “desaposentadoria” não é impedida nem pela redação do artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, *in verbis*: “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

In casu, apenas quis o legislador esclarecer ao “aposentado” que, caso ele queira permanecer em atividade laboral, não terá acesso a qualquer outro provento do INSS, em função desse trabalho, ressalvadas as exceções supramencionadas.

No que tange à devolução das prestações do benefício antes recebido, diversamente do posicionamento adotado pelo Juízo de Primeiro Grau, entendo que absolutamente descabida, visto que a renúncia à aposentadoria tem natureza desconstitutiva, apenas produzindo efeitos “ex nunc”, de acordo com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RESP nº 328.101/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/08; RESP nº 663.336/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/02/08, pág.1).

Além disso, a aposentadoria anterior, caso não haja prova em contrário, foi concedida através do preenchimento dos requisitos necessários para tanto e de forma lícita e regular, tendo o beneficiário usufruído das respectivas mensalidades com caráter alimentar, próprio do provento de natureza previdenciária.

Assim, se não há legislação que determine a compensação, entendo que esta não pode ser condição necessária para a renúncia almejada e concessão de benefício com valor mais proveitoso.

Ademais, não há de se falar em prejuízo à seguridade social, vez que os valores anteriormente pagos a título de aposentadoria ingressaram regularmente no patrimônio do segurado enquanto esteve aposentado. Não podem ser tidos como enriquecimento sem causa do segurado em detrimento da previdência. Considere-se que a nova aposentadoria será conquistada pelas contribuições do segurado em período posterior à aposentadoria que está renunciando.

O princípio da solidariedade no custeio não justifica que o segurado tenha de devolver as prestações da aposentadoria usufruída. Em maior parte dos casos, é praticamente impossível ao segurado, de modo que sua exigência torna impraticável a efetivação do direito reconhecido judicialmente.

Nesse sentido, trago à colação as seguintes ementas da Corte Especial:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposementação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposementação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ - Resp 1334488/SC, Primeira Seção - Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. em 08.05.13, p. em 14.05.13, p. 400)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS NO STJ. DESCABIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NO PRIMEIRO JUBILAMENTO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO ASSENTADO NO RESP Nº 1.334.488/SC SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não sobresta o julgamento da mesma controvérsia por meio de recurso especial no STJ. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.240.892/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina; AgRg no REsp 1.255.688/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães; AgRg no AREsp 110.171/BA, Rel. Ministro Humberto Martins; AgRg no AREsp 166.322/PR, Rel. Ministro Castro Meira; AgRg no REsp 723.128/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região); AgRg nos EDcl no REsp 1.343.645/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques.

2. Interpretação que considera inaplicável à espécie o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, não importa em negativa de vigência de referido dispositivo de lei.

3. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido à disciplina do 543-C do CPC, de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação”.

4. A análise de violação à matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República, refoge à jurisdição do STJ, sendo de competência exclusiva da Suprema Corte.

5. Agravo regimental não provido. (STJ - Resp 1346760/PR, Primeira Turma - Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. em 24.09.13, DJe 02.10.13).

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. OFENSA A RESERVA DE PLENÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE.

1. Não há confundir interpretação de normas legais com reserva de Plenário, razão pela qual descabe falar em aplicação da Súmula Vinculante 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da Carta Magna.
2. Não cabe ao STJ examinar, no recurso especial, violação de preceitos e dispositivos constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretar matéria cuja competência é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF.
3. Admite-se a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos. Precedente.
4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1351340/PR, Segunda Turma - Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. em 17.09.13, DJe 02.10.13).

Consigno, ainda, recente julgado da Terceira Seção desta Egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

I - Não há guarida para a alegação de decadência do direito, pois a parte autora não visa à revisão ou alteração de benefício já concedido, mas sim, o direito à renúncia de sua aposentadoria e, simultaneamente, a percepção de outra que lhe seja mais vantajosa, podendo, dessa forma, a ação ser proposta a qualquer tempo, ressaltando-se, todavia, que a fruição dos efeitos financeiros ou patrimoniais daí decorrentes restringir-se-á ao quinquênio que precede a propositura da ação.

II - Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

III - No presente caso, ressalvo meu entendimento pessoal no que concerne aos efeitos *ex nunc* decorrentes do citado ato de renúncia, não devendo acarretar a restituição aos cofres do INSS dos valores já pagos em favor da parte segurada, em observância aos limites da divergência, com fulcro no *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil.

IV - Destarte, acolho integralmente a tese esposada no voto condutor, reconhecendo o direito da parte autora à renúncia ao benefício anteriormente concedido, mediante a devolução da importância paga a este título em seu favor, com a imediata implantação da nova aposentadoria requerida, nos termos do voto condutor.

V - Matéria preliminar rejeitada. Embargos infringentes a que se nega provimento. (EI - 1597857, - Rel. para Acórdão Des. Fed. Walter do Amaral, por maioria, j. em 22.08.13, DJe 04.09.13)

Cabe, portanto, a renúncia da aposentadoria da parte autora, com aproveitamento de todo o tempo de contribuição, bem como o recálculo e pagamento, pelo INSS, de benefício mais vantajoso (art. 122 da Lei 8.213/91), sem exigência de devolução dos valores percebidos até a data inicial da nova aposentadoria.

Por conseguinte, para que seja alcançada a desaposentação, faz-se necessário o preenchi-

mento cumulativo de alguns requisitos: i) que o segurado esteja em gozo de uma aposentadoria; ii) que o segurado renuncie de forma expressa ao seu direito a essa aposentadoria; iii) que o segurado preencha todos os requisitos para a obtenção de nova aposentadoria, de acordo com a legislação vigente à época de seu pedido.

No caso em testilha, a parte autora demonstrou, por meio da carta de concessão à fl. 33, que lhe foi deferida aposentadoria especial, em 01.09.1993, tendo permanecido em atividade posteriormente, inclusive, recolhendo periodicamente contribuições previdenciárias (fls. 36/59).

Assim, uma vez implementados os requisitos, é de se reconhecer o direito da parte autora de renunciar ao primeiro jubramento, *sem a necessidade de devolução dos valores recebidos a esse título*, e à concessão de nova aposentadoria, contando-se as contribuições recolhidas após o primeiro ato de aposentação.

Quanto à verba honorária, fixo-a em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, conforme art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Ante a ausência de recurso das partes, mantenho o termo inicial e consectários legais tal como lançado na sentença.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL, NEGÓ PROVIMENTO AO APELO DO INSS E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA, para afastar a determinação relativa à restituição dos valores recebidos pelo segurado a título de aposentadoria especial (NB 46/057.054.138-7), bem como para fixar a verba honorária, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0006832-22.2011.4.03.6183

(2011.61.83.006832-5)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessadas: ANA MARIA DA CONCEIÇÃO E DÉBORA DE SOUZA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: REO 1778727

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. OMIS-
SÃO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO TRABALHISTA. RECLAMAÇÃO TRABALHIS-
TA AJUIZADA APÓS O ÓBITO, PELOS DEPENDENTES. PROVA DOCUMENTAL
INSUFICIENTE PARA COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

- Embargos de declaração que merecem parcial acolhimento, apenas para comple-
mentação da fundamentação, nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

- Não restou comprovada a efetiva existência de vínculo empregatício do falecido com
o empregador Mercearia e Padaria Luz de São Francisco Ltda - ME.

- Embora tenha sido reconhecido pela Justiça Trabalhista, o reconhecimento se deu
em ação ajuizada após o óbito do de cujus, por meio da homologação de acordo cele-
brado entre o suposto empregador e os dependentes.

- Não houve, no acordo, reconhecimento expresso de vínculo empregatício. Não consta,
no documento, menção à data de admissão. A data que constou na CTPS não corres-
ponde à indicada na petição inicial da reclamação trabalhista, nem à mencionada em
declaração escrita do suposto empregador.

- A documentação adicional apresentada pela requerente também não é suficiente para
comprovar a existência do vínculo em questão, consistindo em documentos produzidos
em época posterior ao óbito. A ficha de registro de empregado traz data de admissão
anterior à data de abertura do livro de registro de empregados.

- Não houve recolhimento de contribuições trabalhistas referentes ao suposto vínculo.

- Não houve participação da Autarquia na ação trabalhista.

- A decisão homologatória da Justiça Trabalhista conta com ressalva expressa quanto
ao fato de não se tratar de sentença irrecorrível quanto à Previdência Social.

- Não sendo comprovada a efetiva existência de vínculo, a discussão acerca da res-
ponsabilidade por recolhimentos previdenciários torna-se irrelevante.

- Descartado o vínculo supostamente mantido pelo falecido junto ao empregador Mer-
cearia e Padaria Luz de São Francisco Ltda - ME a questão da qualidade de segurado
deve ser apreciada com base no último vínculo empregatício de comprovada validade
em nome do falecido. Trata-se daquele mantido junto ao empregador “Panificadora
Hebe”, com admissão em 01.12.1988, que cessou em 18.02.1995 (fls. 19).

- Considerando que o de cujus faleceu em 15.02.2006, ele que não ostentava mais a
qualidade de segurado naquele momento.

- Não se aplicam ao caso em tela as disposições do art. 102 da Lei nº 8.213/91, sendo inviável a concessão da pensão pretendida.
- Embargos de declaração parcialmente providos, apenas para complementar a fundamentação.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2016.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de pedido de pensão por morte, formulado pelas autoras, na qualidade de dependentes do falecido marido e pai.

A r. sentença de fls. 197/200, proferida em 27.03.2012, julgou procedente a lide, para determinar ao réu que proceda à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte às autoras, desde a data do óbito (15.02.2006), com atualização monetária e juros de mora. Condenou o INSS ao pagamento da verba honorária, arbitrada em 10% sobre o valor da condenação, com aplicação da Súmula 111 do STJ, no tocante à incidência de tal verba sobre as parcelas vincendas, incidentes até a sentença. Sem custas em reembolso, haja vista a isenção legal. Concedeu antecipação de tutela.

A decisão de fls. 216/219, nos termos do art. 557, do CPC, deu provimento ao reexame necessário, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, cassando a tutela antecipada.

A parte autora interpôs agravo legal contra a referida decisão, ao qual foi negado provimento.

A parte autora opôs então embargos de declaração (fls. 246/251), nos quais alegava, em síntese, que o acórdão fora omissivo, pois antes da proposta da reclamação trabalhista, já havia um registro na CTPS do falecido, o que comprova o vínculo de emprego e sua qualidade de segurado, tornando viável a concessão do benefício.

A fls. 252/259, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento aos embargos de declaração.

Contra tal decisão, foi interposto Recurso Especial (fls. 263/310), que não foi admitido (fls. 314/316).

A parte autora interpôs, então, agravo contra tal decisão (fls. 318/331).

O Superior Tribunal de Justiça (fls. 277/278 e 280-v/284-v) deu provimento ao Recurso Especial interposto, determinando o retorno dos autos a esta Corte, para que se manifestasse acerca da matéria articulada nos embargos de declaração: considerando que entre as teses adotadas na solução da controvérsia, uma foi a de que inexistia registro válido do tempo de

serviço do falecido em relação à empresa Mercearia e Padaria Luz de São Francisco Ltda, bem como que não se comprovou recolhimento de contribuições previdenciárias aptos a configurar o vínculo previdenciário do instituidor/segurado, as questões suscitadas pela parte autora nos embargos de declaração mostravam-se relevantes para o julgamento.

Necessário, assim, o debate acerca de tais questões, assim mencionadas na decisão do Superior Tribunal de Justiça:

- a) antes mesmo de proposta a demanda trabalhista, já havia uma anotação na CTPS do obreiro, válida, legal, que se iniciou em 5/11/2005, suficiente para comprovar o vínculo de emprego e sua qualidade de segurado (fls. 267/268, e-STJ); e
- b) violação dos arts. 30 e 33 da Lei 8.212/91 e do entendimento jurisprudencial invocado, no sentido de que a obrigação de repassar as contribuições previdenciárias do falecido, que perfazia a qualidade de empregado, é de sua empregadora MERCEARIA E PADARIA LUZ DE SÃO FRANCISCO LTDA. (acarretando a correta inscrição no CNIS) (art. 30 da Lei 8.212/91; e a obrigação de fiscalizar é da autarquia ré (art. 33 da Lei 8.212/91), não podendo o segurado ser penalizado por eventual descumprimento da empresa quanto ao recolhimento das contribuições sociais, até mesmo porque a autarquia ré tem os meios próprios para a cobrança desses créditos.

Os autos então retornaram a esta Corte para manifestação.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Os embargos de declaração merecem parcial acolhimento, apenas para complementação da fundamentação, nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme passo a expor.

Não restou comprovada a efetiva existência de vínculo empregatício do falecido com o empregador Mercearia e Padaria Luz de São Francisco Ltda - ME.

Embora tenha sido reconhecido pela Justiça Trabalhista, o reconhecimento se deu em ação ajuizada após o óbito do *de cujus*, por meio da homologação de acordo celebrado entre o suposto empregador e os dependentes.

Em tal acordo, aliás, sequer houve reconhecimento expresso de vínculo empregatício. Não consta, no documento, menção à data de admissão. A data que constou na CTPS, por sua vez (05.11.2005) não corresponde à indicada na petição inicial da reclamação trabalhista (05.01.2001), nem à mencionada em declaração escrita do suposto empregador (01.11.2005, fls. 30), o que reforça a convicção acerca da irregularidade da anotação.

A documentação adicional apresentada pela requerente também não é suficiente para comprovar a existência do vínculo em questão. Trata-se de documentos produzidos em época posterior ao óbito, especialmente a ficha de registro de empregado, que traz data de admissão (01.11.2005) anterior à data de abertura do livro de registro de empregados (31.03.2006).

Deve ser considerado, ainda, que não houve recolhimento de contribuições trabalhistas referentes ao suposto vínculo, o que, somado ao conjunto probatório, também é indício de sua inexistência, e que não houve participação da Autarquia na ação trabalhista. A própria decisão homologatória da Justiça Trabalhista, aliás, conta com ressalva expressa quanto ao fato de não

se tratar de sentença irrecorrível quanto à Previdência Social.

Não sendo comprovada a efetiva existência de vínculo, a discussão acerca da responsabilidade por recolhimentos previdenciários torna-se irrelevante.

Assim, descartado o vínculo supostamente mantido pelo falecido junto ao empregador Mercearia e Padaria Luz de São Francisco Ltda - ME, a questão da qualidade de segurado deve ser apreciada com base no último vínculo empregatício de comprovada validade em nome do falecido. Trata-se daquele mantido junto ao empregador “Panificadora Hebe”, com admissão em 01.12.1988, que cessou em 18.02.1995 (fls. 19).

Após tal vínculo, não há notícia de que o falecido posteriormente tenha recolhido contribuições previdenciárias, ou se encontrasse em gozo de benefício previdenciário.

Desta maneira, considerando que o *de cujus* faleceu em 15.02.2006, torna-se forçoso reconhecer ele que não ostentava mais a qualidade de segurado naquele momento. E, conforme já mencionado na decisão embargada, não se aplicam ao caso em tela as disposições do art. 102 da Lei nº 8.213/91, sendo inviável a concessão da pensão pretendida.

Por essas razões, dou parcial provimento aos embargos de declaração opostos pela parte autora, apenas para complementar a fundamentação, nos termos acima expostos, mantendo, no mais, a decisão embargada.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0009684-19.2011.4.03.6183

(2011.61.83.009684-9)

Apelantes: JOARCELY ANTONIO FERREIRA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: ApelReex 2070501

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - NATUREZA ESPECIAL DE ATIVIDADES EXERCIDAS COMO VIGILANTE - TEMPO DE SERVIÇO SUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

I. O reconhecimento do tempo especial depende da comprovação do trabalho exercido em condições especiais que, de alguma forma, prejudique a saúde e a integridade física do autor, na forma da legislação vigente ao tempo da efetiva prestação dos serviços.

II. Não foi comprovada a devida habilitação profissional, exigida a partir de 21.06.1983, como condição para o regular exercício da atividade de vigilante.

III. Considerando o formulário, o laudo técnico e o PPP da Pires Serviços de Segurança e Transporte de Valores Ltda., indicando o uso de arma de fogo no exercício das atividades, viável o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas de 30.10.1987 a 31.08.1992.

IV. Conforme tabela anexa, até o pedido administrativo - 14.07.2010, o autor conta com 33 anos, 3 meses e 27 dias de tempo de serviço, insuficientes para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral.

V. Até a edição da EC-20, o autor tem 27 anos, 8 meses e 17 dias, insuficientes para o deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição, mesmo na forma proporcional. O autor se enquadra nas regras de transição, e deve comprovar mais 3 anos e 3 meses, incluído o “pedágio” constitucional, para fazer jus ao benefício. Até o pedido administrativo - 14.07.2010, ele tem mais de 4 anos de tempo de serviço, suficientes para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

VI. A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

VII. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma 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.

VIII. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir

dos respectivos vencimentos.

IX. Os honorários advocatícios são fixados em 10% do valor da condenação, entendida esta como as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

X. Remessa oficial e apelações parcialmente providas.

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, dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

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 reconhecimento da natureza especial das atividades indicadas na inicial, com a consequente concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento da aposentadoria por tempo de contribuição, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios fixados em 10% das parcelas vencidas até a sentença.

Sentença proferida em 24.10.2014, submetida ao reexame necessário.

O autor apela, alegando a ocorrência de erro material na tabela que acompanha a sentença e pleiteando o reconhecimento das condições especiais de trabalho em todos os períodos indicados.

Apela o INSS, alegando 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.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Considerando que a sentença foi proferida na vigência do CPC/1973, não se aplicam as regras previstas no art. 496 do novo CPC, razão pela qual analiso a remessa oficial.

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento da natureza especial das atividades indicadas na inicial, com a consequente concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

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 no REsp 415298/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 06.04.2009)

Posto isto, 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.

Verifico a ocorrência de erro material na tabela que acompanha a sentença, que deixou de computar o período de 06.03.1997 a 05.05.1997, devidamente incluído na tabela que acompanha esta decisão.

Ressalvo que o INSS já reconheceu a natureza especial das atividades exercidas de 06.12.1974 a 10.03.1975, de 21.11.1977 a 01.08.1978, de 18.12.1980 a 10.08.1981, de 18.09.1981 a 03.11.1983, de 05.02.1985 a 31.08.1987, sendo os períodos incontroversos.

Para comprovar a natureza especial das atividades, o autor juntou:

- cópias das CTPS;

- formulário específico (fls. 50) emitido por Pires Serviços de Segurança e Transporte de Valores Ltda. e PPP (fls. 306) indicando que no período de 30.10.1987 a 31.08.1992 trabalhou

como vigilante, com uso de arma de fogo;

- declaração do Sindicato dos Empregados em Empresas de Vigilância, Segurança e Similares de São Paulo, onde consta que o autor trabalhou na Vigor Empresa de Segurança e Vigilância Ltda, com uso de arma de fogo, de 13.10.1993 a 02.09.1999.

A atividade de Guarda/Vigia/Vigilante encontra-se enquadrada como especial no Decreto 53.831/64 e, apesar do enquadramento não ter sido reproduzido no Decreto 83.080/79, que estranhamente excluiu referida atividade do seu Anexo II, pode ser considerada como especial, em face da sua evidente periculosidade.

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 Federal Convocada Rosemary de Oliveira Pires, publ: 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 foram apresentados formulários, laudos técnicos ou PPPs das demais empresas, comprovando o uso de arma de fogo, o que impede o reconhecimento das condições especiais.

Entretanto, considerando o formulário, o laudo técnico e o PPP da Pires Serviços de Segurança e Transporte de Valores Ltda., empresa de serviços de segurança, indicando o uso de arma de fogo no exercício das atividades, e, ainda, que o INSS reconheceu como especial o período imediatamente anterior, de 05.02.1985 a 31.08.1987, trabalhado na mesma empresa (fls. 49), cujo formulário foi emitido pelo mesmo gestor judicial, viável o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas de 30.10.1987 a 31.08.1992.

A declaração do Sindicato dos Empregados em Empresas de Vigilância, Segurança e Similares de São Paulo não pode ser admitida para comprovação das condições especiais, tendo em vista que foi confeccionada com informações prestadas pelo próprio autor, pois a empresa se encontra desativada, e firmada por pessoa não qualificada para atestar as atividades desenvolvidas pelo autor ou as condições especiais de trabalho.

Dessa forma, conforme tabela anexa, até o pedido administrativo - 14.07.2010, o autor conta com 33 anos, 3 meses e 27 dias de tempo de serviço, insuficientes para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral.

Até a edição da EC-20, o autor tem 27 anos, 8 meses e 17 dias, insuficientes para o deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição, mesmo na forma proporcional.

O autor se enquadra nas regras de transição, e deve comprovar mais 3 anos e 3 meses, incluído o “pedágio” constitucional, para fazer jus ao benefício.

Até o pedido administrativo - 14.07.2010, ele tem mais de 4 anos de tempo de serviço, suficientes para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma 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.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

Os honorários advocatícios mantidos em 10% do valor da condenação, entendida esta como as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e às apelações para reconhecer o erro material, como explicitado, reformar a sentença e reconhecer a natureza especial apenas das atividades exercidas de 30.10.1987 a 31.08.1992, condenando o INSS ao pagamento da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, desde o pedido administrativo - 14.07.2010, com correção monetária na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma 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. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001958-73.2012.4.03.6113
(2012.61.13.001958-9)

Apelante: NEUSA OLIVEIRA DAS CHAGAS (= ou > de 60 anos)
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE FRANCA - SP
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
 Classe do Processo: AC 1934952
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. REQUISITOS CUMPRIDOS. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Consoante se verifica da redação dos §§ 3º e 4º do art. 48 da Lei nº 8.213/91, a Lei nº 11.718/2008 introduziu nova modalidade de aposentadoria por idade, a qual permite ao segurado somar períodos de trabalho rural e urbano para completar o tempo correspondente à carência exigida, desde que alcançado o requisito etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. É a denominada aposentadoria por idade híbrida.
2. A concessão da aposentadoria híbrida independe da predominância das atividades, tampouco se mostra relevante averiguar o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento. Precedentes do STJ.
3. À prova do exercício da atividade rural, certo é que o legislador exigiu o início de prova material (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91), no que foi secundado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando da edição da Súmula nº 149.
4. Cumprido o requisito etário e a carência exigida pela lei, é devido o benefício de aposentadoria por idade híbrida.
5. O benefício é devido desde a citação, ausente o requerimento administrativo.
6. Correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.
7. Juros moratórios são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem *mantidos* no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.
8. Honorários advocatícios são de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 3º do artigo 20 do Código de

Processo Civil, orientação desta Turma e nova redação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Considerando que a apelação foi interposta antes da vigência do Novo CPC, não incide ao presente caso a regra de seu artigo 85, §§ 1º e 11, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

9. Com relação às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

10. Apelação da parte autora provida.

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, dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2016.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Cuida-se de recurso interposto em ação ajuizada pela parte autora em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, cujo escopo é a concessão de aposentadoria por idade híbrida ou aposentadoria por idade rural, além de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos.

Inconformada, apela a parte autora. Aduz, em síntese, que exerceu atividades laborais rurais e urbanas. Acrescenta que o tempo de serviço rural deve ser considerado para efeito de carência e sustenta possuir os requisitos exigidos à concessão da aposentadoria híbrida. Subsidiariamente, alega estar comprovado o exercício de atividades rurais por período de carência superior ao exigido pela lei para a concessão de aposentadoria por idade rural. Sustenta que a decisão recorrida é contrária à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que não exige a comprovação documental de todo o período de trabalho rural exercido. Por fim, colaciona precedentes e exora a reforma integral do julgado.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Discute-se, inicialmente, o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de aposentadoria por idade, a qual é regida pelo artigo 48 da Lei nº 8.213/91, cujo teor, após as alterações introduzidas pela Lei nº 11.718/2008, é o seguinte (g. n.):

Art. 48 - A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032/95)

§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei 9.876, de 26.11.99)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do *caput* do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

Consoante se verifica da redação dos §§ 3º e 4º do art. 48 da Lei nº 8.213/91, a Lei nº 11.718/2008 introduziu nova modalidade de aposentadoria por idade, a qual permite ao segurado somar períodos de trabalho rural e urbano para completar o tempo correspondente à carência exigida, desde que alcançado o requisito etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. É a denominada aposentadoria por idade híbrida.

Sobre o tema, muitas interpretações surgiram nos tribunais.

Entretanto, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, pautada, sobretudo, na busca de equilíbrio entre as necessidades sociais - decorrentes do fenômeno do êxodo rural - e o Direito, assentou entendimento de que a concessão da aposentadoria híbrida independe da predominância das atividades, tampouco se mostra relevante averiguar o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ART. 48, §§ 3º e 4º, DA LEI 8.213/1991. TRABALHO URBANO E RURAL NO PERÍODO DE CARÊNCIA. REQUISITO. LABOR CAMPESINO NO MOMENTO DE IMPLEMENTAR O REQUISITO ETÁRIO OU O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA AFASTADA. CONTRIBUIÇÕES. TRABALHO RURAL.

1. O INSS interpôs Recurso Especial aduzindo que a parte ora recorrida não se enquadra na aposentadoria por idade prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, pois no momento de implementar o requisito etário ou o requerimento administrativo era trabalhadora urbana, sendo a citada norma dirigida a trabalhadores rurais. Aduz ainda que o tempo de serviço rural anterior à Lei 8.213/1991 não pode ser computado como carência.

2. O § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991 (com a redação dada pela Lei 11.718/2008) dispõe: “§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.”

3. Do contexto da Lei de Benefícios da Previdência Social se constata que a inovação legislativa trazida pela Lei 11.718/2008 criou forma de aposentação por idade híbrida de regimes de trabalho, contemplando aqueles trabalhadores rurais que migraram temporária ou definitivamente para o meio urbano e que não têm período de carência suficiente para a aposentadoria prevista para os trabalhadores urbanos (*caput* do art. 48 da Lei 8.213/1991) e para os rurais (§§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.213/1991).

4. Como expressamente previsto em lei, a aposentadoria por idade urbana exige a idade mínima de 65 anos para homens e 60 anos para mulher, além de contribuição pelo período de carência exigido. Já para os trabalhadores exclusivamente rurais, a idade é reduzida em cinco anos e o requisito da carência restringe-se ao efetivo trabalho rural (art. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991).

5. A Lei 11.718/2008, ao incluir a previsão dos §§ 3º e 4º no art. 48 da Lei 8.213/1991, abriu, como já referido, aqueles trabalhadores rurais que passaram a exercer temporária ou permanentemente períodos em atividade urbana, já que antes da inovação legislativa o mesmo segurado se encontrava num paradoxo jurídico de desamparo previdenciário: ao atingir idade avançada, não podia receber a aposentadoria rural porque exerceu trabalho urbano e não tinha como desfrutar da aposentadoria urbana em razão de o curto período laboral não preencher o período de carência.

6. Sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, a inovação trazida pela Lei 11.718/2008 consubstancia a correção de distorção da cobertura previdenciária: a situação daqueles segurados rurais que, com a crescente absorção da força de trabalho campesina pela cidade, passam a exercer atividade laborais diferentes das lides do campo, especialmente quanto ao tratamento previdenciário.

7. Assim, a denominada aposentadoria por idade híbrida ou mista (art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei 8.213/1991) aponta para um horizonte de equilíbrio entre a evolução das relações sociais e o Direito, o que ampara aqueles que efetivamente trabalharam e repercute, por conseguinte, na redução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

8. Essa nova possibilidade de aposentadoria por idade não representa desequilíbrio atuarial, pois, além de exigir idade mínima equivalente à aposentadoria por idade urbana (superior em cinco anos à aposentadoria rural), conta com lapsos de contribuição direta do segurado que a aposentadoria por idade rural não exige.

9. Para o sistema previdenciário, o retorno contributivo é maior na aposentadoria por idade híbrida do que se o mesmo segurado permanecesse exercendo atividade exclusivamente rural, em vez de migrar para o meio urbano, o que representará, por certo, expressão jurídica de amparo das situações de êxodo rural, já que, até então, esse fenômeno culminava em severa restrição de direitos previdenciários aos trabalhadores rurais.

10. Tal constatação é fortalecida pela conclusão de que o disposto no art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei 8.213/1991 materializa a previsão constitucional da uniformidade e equivalência entre os benefícios destinados às populações rurais e urbanas (art. 194, II, da CF), o que torna irrelevante a preponderância de atividade urbana ou rural para definir a aplicabilidade da inovação legal aqui analisada.

11. Assim, seja qual for a predominância do labor misto no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo, o trabalhador tem direito a se aposentar com as idades citadas no § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991, desde que cumprida a carência com a utilização de labor urbano ou rural. Por outro lado, se a carência foi cumprida exclusivamente como trabalhador urbano, sob esse regime o segurado será aposentado (*caput* do art. 48), o que vale também para o labor

exclusivamente rurícola (§§1º e 2º da Lei 8.213/1991).

12. Na mesma linha do que aqui preceituado: REsp 1.376.479/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 4.9.2014, pendente de publicação.

13. Observando-se a conjugação de regimes jurídicos de aposentadoria por idade no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, denota-se que cada qual deve ser observado de acordo com as respectivas regras.

14. Se os arts. 26, III, e 39, I, da Lei 8.213/1991 dispensam o recolhimento de contribuições para fins de aposentadoria por idade rural, exigindo apenas a comprovação do labor campestino, tal situação deve ser considerada para fins do cômputo da carência prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, não sendo, portanto, exigível o recolhimento das contribuições.

15. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1497086/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe 06/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.

2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.

3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.

4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(RESP 201300429921, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2014)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL ANTERIOR À LEI Nº 8.213/1991. ART. 48, §§ 3º E 4º, DA LEI Nº 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. Os trabalhadores rurais que não satisfazem a condição para a aposentadoria do art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91 podem computar períodos urbanos, pelo art. 48, § 3º, da mesma lei, que autoriza a carência híbrida.

2. No caso dos autos o Tribunal de origem, com amparo nos elementos fático-probatórios dos autos, concluiu que o segurado especial que comprove a condição de rurícola, mas não consiga cumprir o tempo rural de carência exigido na tabela de transição prevista no art. 142 da Lei nº 8.213/1991 e que tenha contribuído sob outras categorias de segurado, poderá ter reconhecido o direito ao benefício aposentadoria por idade híbrida, desde que a soma do tempo rural com o de outra categoria implemente a carência necessária contida na Tabela.

3. Ficou consignado também que “o fato de não estar desempenhando atividade rural por

ocasião do requerimento administrativo não pode servir de obstáculo à concessão do benefício. A se entender assim, o trabalhador seria prejudicado por passar contribuir, o que seria um contrassenso. A condição de trabalhador rural, ademais, poderia ser readquirida com o desempenho de apenas um mês nesta atividade. Não teria sentido se exigir o retorno do trabalhador às lides rurais por apenas um mês para fazer jus à aposentadoria por idade. O que a modificação legislativa permitiu foi, em rigor, o aproveitamento do tempo rural para fins de carência, com a consideração de salários-de-contribuição pelo valor mínimo, no caso específico da aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) ou 65 (sessenta e cinco) anos (mulher ou homem)”.
4. Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula nº 83/STJ. Precedentes.
Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1531534/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, STJ -SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2015)

No que concerne à prova do exercício da atividade rural, certo é que o legislador exigiu o início de prova material (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91), no que foi secundado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando da edição da Súmula nº 149.

No caso em discussão, o requisito etário restou preenchido em 26/12/2011, quando a autora completou 60 (sessenta) anos de idade, tendo exercido atividades urbanas desde 1986.

Também foi cumprido o tempo de carência exigido, nos termos dos artigos 48, § 3º c.c.142 da Lei nº 8.213/91, que, em 2011, é de 180 (cento e oitenta) meses.

Com efeito, os registros na CTPS da autora e os dados do CNIS apontam os seguintes períodos de carência decorrentes de seus vínculos trabalhistas urbanos e recolhimentos como contribuinte individual: (i) de 3/1986 a 2/1989 e (ii) de 2/1996 a 1/2003.

Ademais, os períodos de atividades rurais alegados foram parcialmente comprovados.

A autora apresentou como início de prova material do alegado trabalho rural cópia da certidão de casamento (1969), onde o cônjuge é qualificado como lavrador; cópia da CTPS do marido, com vínculo rural (1989); certidão de nascimento de filha (1984), na qual consta a profissão de lavrador do pai.

Ressalte-se, por oportuno, que a certidão de casamento dos genitores (1951), na qual consta a qualificação de lavrador do pai da autora, não lhe aproveita por ser anterior ao seu nascimento, ou seja, trata-se de documento extemporâneo aos fatos.

No mesmo sentido, a certidão de registro de imóvel apresentada, na qual o pai da autora é qualificado como lavrador, também é extemporânea ao período que se pretende comprovar, já que data de 1992, e refere-se a imóvel urbano.

Ademais, após o casamento da autora (1969), o alegado trabalho rural também não ficou comprovado. O sítio onde alega ter residido foi transferido para seu sogro, mediante partilha em 1982. Entretanto, com relação ao período de 1970 a 1980, os depoimentos das testemunhas são extremamente vagos e mal circunstanciados para comprovar o mourejo asseverado.

Em depoimento pessoal, a autora, que teve oito filhos, declarou ter trabalhado nas lides rurais até 1986. Disse, inicialmente, que quem cuidava dos seus filhos era sua mãe e em seguida disse que era sua sogra, já que afirmou residir no sítio do sogro.

A única testemunha do período, senhor Valdecir, afirmou que, quando ia pescar, passava perto do sítio onde a autora morava ali perto, e nessas ocasiões a via trabalhando. Não soube dizer se a autora tinha filhos.

Por outro lado, quanto ao período de 1980 a 1986, o início de prova material foi corroborado pela prova testemunhal.

As testemunhas Celina Garcia e Zeilda Andrade afirmaram que a autora trabalhava em duas fazendas, juntamente com elas, e eram transportadas pelo mesmo turmeiro.

Nesse passo, os testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório corroboraram apenas parcialmente o mourejo asseverado, vez que não abrangem integralmente o período que se pretende comprovar, especialmente aquele anterior a 1980.

Contudo, entendo ter sido demonstrado o trabalho rural no período compreendido entre 1º/1/1980 a 28/2/1986.

Por conseguinte, somados os períodos de atividade rural comprovados aos períodos de contribuição do segurado sob outras categorias do segurado, resta demonstrado o tempo de carência.

Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos à concessão da aposentadoria híbrida pleiteada.

O benefício é devido desde a citação, ausente o requerimento administrativo.

Passo à análise dos consectários.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem mantidos no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.

Os honorários advocatícios são de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, orientação desta Turma e nova redação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Considerando que a apelação foi interposta antes da vigência do Novo CPC, não incide ao presente caso a regra de seu artigo 85, §§1º e 11, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Com relação às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exige a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Diante do exposto, voto por dar provimento à apelação da parte autora, para condenar o INSS a conceder aposentadoria por idade à parte autora, a partir da citação, com os consectários legais nos termos da fundamentação desta decisão.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

0040582-76.2012.4.03.9999

(2012.03.99.040582-5)

Embargante: MARCO ANTONIO CALORA

Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRAVINHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RODRIGO ZACHARIAS

Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: EI 1796456

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO PLENA E EFETIVA NA SOCIEDADE, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS DEMAIS PESSOAS. REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. O benefício assistencial requer o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado, sob o aspecto subjetivo, a deficiência, e de outro, sob o aspecto objetivo, a hipossuficiência.

2. O estado de pobreza da família restou evidenciado pelo estudo social, que comprovou que a renda percebida não é suficiente para a manutenção dos seus membros.

2. Sendo a parte autora portadora de HIV, está impedida de exercer plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições com os demais indivíduos, pois, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, o estigma social que sofre o soropositivo, bem como os conhecidos efeitos da enfermidade que podem levar à limitação física do paciente, tornam de todo improvável a possibilidade de retorno ao trabalho para o desempenho de atividade que garanta a própria subsistência.

4. O legislador, reconhecendo a gravidade da patologia, dispensou o segurado que estiver acometido da síndrome da deficiência imunológica adquirida do cumprimento da carência, para fins de concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, a teor do Art. 151 da Lei 8.213/91.

5. Preenchidos os requisitos legais, faz jus a parte autora ao benefício assistencial.

6. Embargos infringentes providos para fazer prevalecer o voto vencido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de março de 2016.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Marco Antonio Calora em face do v. acórdão da Egrégia Oitava Turma deste Tribunal, que, por maioria, negou provimento ao seu agravo legal.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, que dava provimento ao recurso para reformar a decisão monocrática, restabelecendo a sentença.

Sustenta, em síntese, restar plenamente demonstrada sua incapacidade laborativa.

Decorrido *in albis* o prazo assinalado para contrarrazões, abriu-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, que suscitou a nulidade do feito, á vista da ausência de participação ministerial em primeira instância.

A decisão de f. 200/201 afastou a alegação de nulidade e admitiu o recurso, nos termos que seguem:

No que concerne à manifestação do órgão ministerial (fls. 196/197): consoante o disposto no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, o Ministério Público deverá sempre intervir nas causas em que há interesses de incapazes.

Ainda, de acordo com o artigo 246 do mesmo diploma legal, é de rigor a anulação do processo em que não tenha havido a intimação obrigatória do órgão ministerial:

“Art. 246 - É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único - Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado”.

Entretanto, no caso dos autos, não restou configurada a necessidade de intervenção do Ministério Público, vez que *não há nos autos prova de que a parte autora é pessoa incapaz*, ao contrário: a perícia médica realizada asseverou a inexistência de incapacidade, quer física ou mental, cabendo destacar, aqui, trechos do laudo, *in verbis*: “não foram encontradas limitações motoras ou psiquiátricas incapacitantes, relacionadas ou não com os diagnósticos” - fl. 123. Assim, não há que se falar em nulidade, haja vista que se comprovou desnecessária a intervenção do Parquet, em Primeiro Grau de jurisdição.

Por oportuno, trago à colação julgado desta Corte Regional:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. TERMO INICIAL. CONECTÁRIOS. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. - *A inocorrência de manifestação do Ministério Público, em primeiro grau, não invalida o processo, dada a intervenção do Parquet, nesta Corte, mormente em face da unicidade do Órgão e identidade de objetos jurídicos e interesses por ele zelados e defendidos.* - À concessão de benefício assistencial, exige-se que o requerente possua 65 (sessenta e cinco) anos de idade (art. 34 da Lei nº 10.741/2003) ou seja portador de deficiência física ou mental, incapacitante à vida independente e ao labor, devendo ser comprovada a insuficiência de recursos à própria manutenção ou a inviabilidade de que a família a proveja. - *O laudo médico revelou que o vindicante apresenta retardo mental moderado, demonstrando, entretanto, capacidade aos atos da vida civil e, mentalmente, aptidão às atividades laborativas simples, que não demandem responsabilidades ou decisões.* - Tal conclusão, em nada contradiz a diagnose estabelecida, tanto que o próprio apelante, relatou, ao perito médico, que, à ocasião, sobrevivia, fazendo bicos, ressaltando que sempre teve bom relacionamento familiar, muitas amizades e vida social ativa. - Não obstante, desperta atenção o estudo social, elaborado a 25/4/2005, corroborado pelo depoimento testemunhal tomado

à mesma época, dando conta de que o proponente começou a apresentar problemas de saúde, circunstância, que, com esboço no art. 462 do CPC, configura fato superveniente, a ser sopesado, no julgamento recursal. - Na espécie, é indubitosa, diante do precário estado de saúde do pleiteante, sua incapacidade, ao labor, posto que, consoante laudo médico, encontra-se limitado a atividades, apenas, braçais, àquela altura, inviáveis. - No âmbito da assistência social, ordinariamente, a pessoa incapacitada ao trabalho, não dispõe de meios para prover o sustento e levar vida independente, sendo certo que eventual capacidade de praticar, sem auxílio, os demais atos da vida cotidiana, não são suficientes para lhe garantir a subsistência, que dependerá da família, ou na impossibilidade desta, do Estado. - A proteção assistencial, essencialmente, voltada ao atendimento das necessidades básicas, objetiva, justamente, abrigar aquele que, em virtude de idade avançada, ou de moléstia que o acometa, não possua meios de manter sua subsistência ou tê-la provida pelos seus, impondo-se, reconhecer, à garantia da dignidade imposta pela Constituição da República, que o demandante passou a portar deficiência, incapacitante à vida independente e ao trabalho, para os fins aqui almejados. - Além do constitucional critério estabelecido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, existem outros parâmetros à configuração da debilidade financeira do requerente do benefício assistencial. Precedentes. - Os elementos de convicção trazidos, notadamente, o estudo social realizado, apontam estado de precisão econômica, amparando a concessão da benesse postulada. - O termo inicial do benefício é a partir da data de realização do estudo social, momento em que restou configurada a deficiência da parte autora. - As parcelas vencidas, observada a prescrição quinquenal (art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 e Súmula STJ nº 85 c/c art. 219, § 5º, do CPC, n.r.), devem ser corrigidas monetariamente, desde cada vencimento, nos termos das Súmulas 08 deste Tribunal Regional e 148 do C. STJ, devendo ser aplicados os critérios estabelecidos na Resolução 242 do Conselho da Justiça Federal. - Os juros de mora incidem, de forma decrescente, à taxa de 1% (um por cento) ao mês, estendendo-se até a data da expedição do precatório (STF, RE nº 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes), consoante disposto no Código Civil (art. 406) e no CTN (art. 161, §1º). - Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º, do CPC), devendo ser consideradas as parcelas vencidas até a data do acórdão, tendo em vista a reforma da sentença de improcedência (Súmula 111 do C. STJ). - O INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas realizadas pela parte autora (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.289/96), além dos honorários periciais (Res. CJF nº 440/2005). Devido, no caso, tão-somente o reembolso dos honorários periciais, tendo em vista a concessão de gratuidade processual à autora. - O benefício de prestação continuada, deve ser revisto a cada 02 (dois) anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem (art. 21 da Lei nº 8.742/93). - Os recursos excepcionais não comportam, em tese, recebimento no efeito suspensivo (artigo 542, § 2º, do CPC). Assim, independentemente do trânsito em julgado, deverá o INSS adotar as medidas cabíveis à implantação imediata do benefício assistencial (artigo 461 do CPC). - Parte das preliminares destacadas pelo representante Ministerial não conhecida e, na parte conhecida, rejeitada. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada para julgar procedente o pedido”. (AC 0050726-56.2005.4.03.9999, DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL, 10ª TURMA, j. 15/08/2006, p. DJU DATA: 13/09/2006).

Houve pedido de reconsideração do órgão ministerial (f. 203), que não foi acolhido (f. 206).

Ciente, o Ministério Público Federal opinou pelo julgamento dos embargos infringentes, ocasião em que os autos foram encaminhados para redistribuição, nos termos do artigo 533 do Código de Processo Civil e do artigo 260, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

À revisão, conforme art. 34, inc. I, do RITRF3ªR, observando-se, se o caso, automatica-

mente, sem necessidade de retorno dos autos a este Gabinete, o art. 50 do Regimento Interno e a Ordem de Serviço nº 13, de 1º/8/2006, da Vice-Presidência desta Casa.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

A questão da nulidade foi devidamente apreciada e afastada pela decisão de f. 200/201, nada havendo a acrescentar.

Ademais, a ausência da juntada do voto vencido, no caso, não é empecilho ao conhecimento do recurso, por ser facilmente aferível, a partir do voto da relatora e da minuta de julgamento, a extensão da divergência no tocante ao requisito da incapacidade.

Com efeito, pretende o autor com a presente ação a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou, subsidiariamente, auxílio-doença, ou, ainda, benefício assistencial de prestação continuada à pessoa com deficiência, “em todos os casos, a contar do requerimento administrativo feito em 30/6/09”.

A r. sentença julgou procedente o pedido subsidiário de benefício assistencial, após entender pela improcedência dos pedidos de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, em razão da perda da qualidade de segurado.

Por força do apelo do INSS, subiram os autos a esta Corte, que, por decisão monocrática, reformou a sentença.

Inconformada, a parte autora interpôs agravo legal, que gerou votos divergentes.

O voto vencedor negou provimento ao agravo legal para manter a decisão monocrática, que entendeu pela ausência de incapacidade.

O voto vencido, à vista da “tira de julgamento”, deu provimento ao recurso para reformar a decisão monocrática e, por conseguinte, restabelecer a sentença, que considerou preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício assistencial.

Feitas tais considerações, passo ao exame do mérito.

Á concessão do benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93 exige-se: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Na hipótese de postulante idoso, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei nº 9.720/98, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

O artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelecia, ainda, para efeitos da concessão do benefício, os conceitos de *família* (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de *pessoa portadora de deficiência* (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de *família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa* (aquela com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei nº 12.435, vigente desde 7/7/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, estabelecendo que a *família*, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um

deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

No que se refere ao conceito de *pessoa portadora de deficiência* - previsto no § 2º da Lei nº 8.742/93 -, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na forma da redação da Lei nº 13.146/2015.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 (regulamentar da Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo; portanto, constatado que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Evidente, por outro lado, que não é qualquer deficiência que legitima a concessão do benefício da Assistência Social, mas aquele tem que grau bastante para gerar os impedimentos referidos na lei.

No caso dos autos, todavia, a parte autora, nascida em 15/11/1971, não demonstrou a existência de incapacidade laborativa e, conseqüentemente, não restou demonstrada a deficiência para fins assistenciais.

Quanto a esse ponto, o perito judicial constatou:

O Autor é portador do vírus HIV- assintomático no momento em acompanhamento no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto desde abril de 1998- conforme relatórios médicos apresentados em que consta o diagnóstico de sequelas de alcoolismo crônico.

No exame clínico pericial, não foram encontradas limitações motoras ou psiquiátricas incapacitantes, relacionadas ou não com os diagnósticos acima referidos.

E concluiu:

O Autor não apresenta sintomas incapacitantes da moléstia e portanto encontra-se apto para atuar em lides nas quais tem experiência comprovada em CTPS (trabalhador braçal/rurícola).

Malgrado o magistrado não esteja adstrito ao laudo pericial, o conjunto probatório não autoriza convicção em sentido diverso.

O diagnóstico soropositivo de HIV, por si mesmo, não significa necessariamente incapacidade laborativa ou deficiência, notadamente quando ausente comprovação de complicações oriundas de doenças oportunistas que comprometam o desempenho das atividades laborais do autor ou efeitos adversos do tratamento.

Dessa forma, apesar da existência das doenças, a parte autora não logrou comprovar que está incapacitada para desempenhar suas atividades diárias e laborais, a não fazer jus ao benefício.

Nesse sentido, cito julgado desta C. Corte de Justiça:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO. - Ausente requisito para a implementação do benefício de amparo assistencial; não demonstrada a incapacidade total e permanente para a vida diária e para o trabalho. - Beneficiária da assistência judiciária gra-

tuita, descabe a condenação da autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte. - Apelação provida, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, revogando a tutela anteriormente concedida.

(TRF 3ª Região - AC 200761110030341 - 8ª Turma - rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta - DJF3 CJ1 30/03/2010, p. 990)

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencedor.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI:

Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Marco Antonio Calora em face de acórdão da E. Oitava Turma desta C. Corte que, por maioria, negou provimento ao agravo legal, mantendo a decisão monocrática que reformou a sentença e negou o benefício assistencial à parte autora.

Na Sessão de 10/03/2016, o ilustre Relator Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, apresentou voto no sentido de negar provimento aos embargos infringentes, mantendo o voto vencedor.

Na ocasião, apresentou divergência para dar provimento aos infringentes o Desembargador Federal Baptista Pereira, sendo que a E. Terceira Seção, por maioria, acolheu a divergência apresentada.

Pedindo vênua ao ilustre Relator, proferi voto acompanhando a divergência, tendo em vista que o voto divergente na 8ª Turma foi de minha autoria, pelo que passo a explicitá-lo já que não declarado o voto na oportunidade do julgamento.

A questão em debate consiste em saber se a parte autora faz jus ao benefício que pretende receber, à luz do inciso V do art. 203 da Constituição Federal, c.c. art. 139 da Lei nº 8.213/91 e art. 20 da Lei nº 8.742 de 07/12/1993. Para tanto, é necessário o preenchimento de dois requisitos estabelecidos pelo artigo 20, da Lei Orgânica da Assistência Social: I) ser pessoa portadora de deficiência que incapacite para o trabalho ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, conforme o artigo 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e não possuir meios de subsistência próprios ou de familiares.

Importante ressaltar que a Lei 12.435/11 alterou o conceito de família, dando nova redação ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, não mais remetendo ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 para identificação dos componentes do grupo familiar.

Destaco acerca do parâmetro da renda, que por decisão do Plenário do C. STF, em 18.04.2013, por ocasião do julgamento do RE 567985 RG/MT, submetido à Repercussão Geral, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio e relator para o acórdão o e. Min. Gilmar Mendes, foi declarada a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, que considera hipossuficiente o idoso ou portador de deficiência cuja renda mensal per capita não atinge $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, nos seguintes termos:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V,

da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O pedido inicial, proposto por trabalhador rural, é de concessão de benefício de aposentadoria por invalidez ou, subsidiariamente, auxílio-doença ou benefício assistencial por estar o autor incapacitado para o trabalho em razão de contaminação pelo vírus do HIV que o impede de trabalhar desde 2007; sustenta ainda que esse fato, aliado à sua hipossuficiência econômica, o impede de trabalhar e sustentar a si próprio, sua companheira e seu filho menor de idade.

Após a realização de laudo médico (fls. 118/125) e laudo social (fls. 138/141) sobreveio sentença julgando o pedido PROCEDENTE e condenando o INSS a conceder ao autor o benefício assistencial previsto no artigo 20 da Lei 8.742/93 (fls. 146/147). Houve recurso do INSS e sobreveio a decisão monocrática de fls. 179/180, reformando a decisão de primeira instância e julgando IMPROCEDENTE o pedido formulado, mantida pela 8ª Turma, por maioria de votos, por ocasião do julgamento do agravo legal.

Daí a interposição dos embargos infringentes.

A questão acerca da incapacidade laboral para os soropositivos não pode, a meu ver, ser analisada apenas no plano teórico quando se sabe que pesquisas lhe conferem uma sobrevida com dignidade se ministradas as medicações (o chamado “coquetel”) que previnem a manifestação da imunodeficiência através da melhoria de sua integridade, evitando o aparecimento das doenças chamadas “oportunistas”; nesse passo parece-me correto afirmar que a presença do vírus HIV no organismo humano, por si só, não é causa incapacitante para o exercício da

atividade laboral.

No entanto, situações relativas ao caso concreto devem ser questionadas pelo julgador porque podem influenciar na decisão judicial e essas situações concernem especialmente ao contexto sócio-econômico em que está inserido o soropositivo, o tipo de atividade exercida (se demanda muito ou pouco esforço físico e também se pode, de alguma forma, acelerar o aparecimento dos sintomas da doença), o nível educacional e também o local em que reside e/ou trabalha (se uma metrópole ou uma cidade pequena, o que pode influenciar na questão do preconceito com a doença pela comunidade e dificultar sua recolocação no mercado de trabalho), além de outras circunstâncias que resultam de outros elementos do processo e que não se resumem, a meu ver, da conclusão do laudo judicial, ao qual, inclusive, não está adstrito o julgador (artigo 436 do CPC/1973).

Na hipótese dos autos, todas as circunstâncias acima descritas apontam, no meu sentir, para a absoluta necessidade de deferimento ao autor do benefício assistencial, tal como decidiu o Juiz de 1º grau. Vejamos.

O autor, embora jovem (nascido em 15/11/1971), é trabalhador rural na região de Ribeirão Preto onde trabalha no corte da cana de açúcar; segundo consta dos autos estudou até o 2º ano do ensino fundamental e desde 1998 faz acompanhamento no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto com diagnóstico de HIV, epilepsias e síndromes epiléticas sintomáticas e transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool (síndrome de dependência) (fls. 23) ; em 02/03/2007 foi atendido no mesmo Hospital com diagnóstico de psoríase (decorrente do HIV) e epilepsia (fls. 21).

Da leitura dos autos se verifica, ainda, que a companheira do autor também é soropositiva e que ambos têm um filho de 8 anos; a única renda da família é o bolsa família no valor de R\$ 100,00 (cem reais), conforme se verifica da leitura do relatório socioeconômico realizado pela Secretaria Municipal de Assistência Social de Cravinhos (fls. 138/141); residem os três com outros 10 (dez) membros da família (pais, irmãos/irmãs, cunhados/cunhadas e sobrinhos/sobrinhas) na mesma casa e o pequeno núcleo familiar reside em dois cômodos dessa casa maior, da qual é proprietário o pai do autor que recebe aposentadoria no valor de R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais na data do laudo - 09/03/2012).

A situação de hipossuficiência está, pois, sobejamente demonstrada; o CNIS atual do autor demonstra que a situação de desemprego perdura desde abril de 2007, havendo tão somente um único contrato de trabalho de dois meses no ano de 2014 (de 01/09/2014 a 21/11/2014), conforme informações do Sistema CNIS da Previdência Social, ou seja, há mais de 08 anos a sobrevivência da família depende dos R\$ 100,00 (cem reais) do bolsa família e de ajuda de familiares e de terceiros.

Deve ser observado, ainda, que o próprio laudo pericial que concluiu pela ausência de incapacidade ponderou que “Ainda assim, apesar de não existir incapacidade para o trabalho em geral, sob óptica de medicina ocupacional o Autor apresenta contra indicações para serviços remunerados específicos em que haja maior risco de acidente (manuseio constante de facas e outros equipamentos de corte, por exemplo) e/ou possa expor terceiros a contágio (trabalhos com alimentos *in natura*, atividades em lactário, etc” (fls. 123).

Considerando que a atividade do autor consistia em trabalho na lavoura de cana de açúcar, não se pode negar a existência de risco de acidente latente, o que impõe o afastamento do autor de sua atividade habitual sob pena de submetê-lo a risco de morte, aliando-se a isso o extremo esforço físico que o plantio e a colheita da cana de açúcar demandam e que é de todo incompatível com a situação precária de saúde do autor.

A baixa escolaridade e as condições sócio-culturais envolvidas permitem concluir que o desempenho de atividade laboral outra que não aquela exercida desde tenra idade pelo autor não vá se concretizar, tudo indicando que a negativa do benefício assistencial na hipótese deixa o autor e sua família ao total desamparo, o que não se pode admitir.

Por último, o argumento no sentido de que o amparo estatal pode ser dado QUANDO e SE os sintomas da doença surgirem - o que não se aplica à hipótese vertente, em que esses sintomas já se manifestam - a mim não convence dado que a omissão da Autarquia Previdenciária na concessão de benefícios de índole assistencial e a morosidade do Judiciário (no caso “sub judice” a ação foi ajuizada há mais 6 anos - em 2009) induzem ao perecimento do direito, já que o reconhecimento tardio nesses casos equivale à própria negativa do direito.

Logo, comprovada a incapacidade do embargante bem como sua hipossuficiência econômica, faz ele jus ao benefício assistencial.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

Trata-se de embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática que deu provimento à apelação da autarquia para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, de concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial (LOAS).

O embargante pretende fazer prevalecer o voto vencido, que dava provimento ao agravo para reformar a decisão singular e restabelecer a r. sentença, que havia julgado procedente o pedido subsidiário de concessão de benefício assistencial.

A divergência, por conseguinte, reside na questão sobre se a parte autora preenche ou não os requisitos necessários ao referido benefício.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise do mérito.

De acordo com o Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Sua regulamentação deu-se pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), que, no Art. 20, § 3º, estabeleceu que faz jus ao benefício a pessoa, deficiente ou idoso maior de sessenta e cinco anos, cuja renda familiar per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. *In verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos soltei-

ros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

O benefício requer, portanto, o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado, sob o aspecto subjetivo, a deficiência e de outro lado, sob o aspecto objetivo, a hipossuficiência.

Impende elucidar que a hipossuficiência econômica restou demonstrada, diante da situação de penúria retratada pela Assistente Social, em conformidade como o laudo acostado às fls. 137/141, mediante o qual esclarece que a única renda do núcleo familiar corresponde ao benefício do Bolsa Família, no valor de R\$ 100,00 (cem reais), e que os gastos ordinários com alimentação, moradia e saúde dependem da caridade alheia para serem adimplidos.

Oportuno registrar ainda meu entendimento no sentido de que o § 3º, do Art. 20, da Lei 8.742/93 não deve ser interpretado de maneira exclusivamente matemática. Renda, para efeitos da concessão do benefício, deve ser entendida como o valor mínimo necessário para que a pessoa possa custear suas despesas de alimentação, saneamento básico e vestuário. Ou seja, despesas efetuadas com medicamentos ou tratamentos médicos não devem ser excluídas do valor da renda.

Assim sendo, o requisito de um quarto de salário mínimo exigido pela lei é a subtração da renda familiar com as despesas efetuadas com remédios e medicamentos, já que é público e notório que medicamentos em geral são muito caros e muitas vezes não há disponibilidade nos postos de saúde, face à procura ser maior do que a demanda, e o fornecimento pelas autoridades competentes não ser suficiente para suprir a carência da população que necessita. Então, a despeito da renda *per capita* bruta ser superior ao limite legal, tal situação precisa ser analisada de acordo com as necessidades da família.

Além disso, a despeito da constitucionalidade do mencionado dispositivo já ter sido manifestada pelo E. Supremo Tribunal Federal, tal regra não pode ser invocada isoladamente, mas, isto sim, de maneira a direcionar um conjunto de requisitos que, necessariamente, devem ser extraídos do caso concreto, conforme farta jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme farta jurisprudência que colaciono:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERÁVEL CONDIÇÃO DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009);

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 203 DA CF. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. I.- A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. II.- O preceito contido no art. 20, § 3º, da L. 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador da deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. Recurso não conhecido.

(REsp. 314.264 SP, Min. Felix Fischer; REsp. 222.477 SP, Min. Jorge Scartezzini; REsp. 222.778 SP, Min. Edson Vidigal).

Por sinal, cumpre frisar que o STF tem deixado claro que a condição de miserabilidade do autor deve ser reconhecida com base nos elementos fático-probatórios dos autos (Rcl 4.115 RS, Min. Carlos Britto; Rcl 4.272 RS, Min. Celso de Mello; Rcl 3.342 AP, Min. Sepúlveda Perence; Rcl 3.963 SC, Min. Ricardo Lewandowsky).

Aliás, em recente decisão na Reclamação nº 4.374 PE, o Min. Gilmar Mendes indeferiu a liminar contra a decisão que se utilizara de outros critérios para aferição da hipossuficiência do beneficiário, acentuando que “o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do Art. 20 e seu § 3º da Lei nº 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do Art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente”.

No que concerne ao requisito da deficiência, a perícia médica realizada no dia 09/06/2011, a cargo do Perito nomeado pelo Juízo, foi constatado que a autora é portadora do vírus HIV - assintomático, tendo sido apresentados relatórios médicos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP/Campus Ribeirão Preto, referindo o acompanhamento médico em

função de diagnósticos tais como “doença pelo vírus da imunodeficiência humana [HIV], não especificada (CID 10 B-24), epilepsia e síndromes epiléticas sintomáticas definidas por sua localização com crises parciais simples (CID 10 G-40.1), transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - síndrome de dependência (CID 10 F-10.2), observação por suspeita de transtornos mentais e do comportamento (CID 10 Z-03.2) e malformação arteriovenosa dos vasos cerebrais (CID 10 Q-28.2)”, desde 19/11/2010 (fls. 118/127). Anote-se ainda que os relatórios médicos anexados à inicial indicam que o acompanhamento realizado pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP/Campus Ribeirão Preto, em razão dos referidos diagnósticos, ocorre, ao menos, desde o mês de abril de 1998 (fls. 21/28).

De outra parte, tem-se que, em resposta aos quesitos formulados pelas partes, pelo Juízo e pelo MPF, afirmou o experto que o autor “não apresenta sintomas incapacitantes da moléstia e portanto encontra-se apto para atuar em lides nas quais tem experiência comprovada em CTPS (trabalhador braçal/rurícola)”.

Em que pese a conclusão do laudo pericial, cabe salientar que independentemente do grau de desenvolvimento da doença que acomete o autor, levando-se em conta o estigma social que sofre o portador do vírus HIV, bem como os conhecidos efeitos da enfermidade que podem levar à limitação física do paciente, a possibilidade de retorno ao trabalho para desempenhar qualquer atividade para garantir a sua própria subsistência é de todo improvável.

Ademais, impede destacar que a gravidade da patologia que acomete o autor é de tal monta, que o Art. 151 da Lei 8.213/91 dispensa o segurado que estiver acometido de AIDS do cumprimento da carência, para fins de concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.

Assim, tenho por preenchido o requisito da incapacidade.

Nesse sentido é a jurisprudência assente na Corte Superior e neste Tribunal, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente. II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador. III - Recurso desprovido. (STJ, REsp 360.202/AL, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/07/2002 p. 377);

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. INCAPACIDADE COMPROVADA. AGRAVO DESPROVIDO. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal

de Justiça e desta Corte. - As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida. - Embora o laudo pericial afirme a inexistência de incapacidade para o trabalho, atesta que a autora é portadora do vírus HIV e que ficou afastada do trabalho em razão de ter sido vítima de pneumonia e intercorrências infecciosas, tendo deixado de trabalhar devido ao receio de discriminação ao seu retorno. Assim, não há como exigir que a autora, por ora, retorne ao seu trabalho devido à moléstia de que é portadora, necessitando de rigoroso controle de boa saúde e medicamentos. - Agravo desprovido.

(TRF3, 10ª Turma, AC 2006.61.08.001358-5, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 15/09/2009, DJ 23/09/2009); e

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. PORTADOR DO VÍRUS “HIV”. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA.

1. A análise dos documentos trazidos autos pela agravante, quais sejam, resultados de exames, receituários médicos e laudo pericial, revela a verossimilhança das alegações. 2. Não se pode dizer que a tutela concedida poderá constituir situação irreversível, porquanto não se trata de medida que esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício pleiteado ser suspenso a qualquer momento, alterada a situação fática em que se sustentou a r. decisão agravada. 3. Viabilidade da concessão do benefício pretendido, nos casos de doenças preexistentes à filiação, desde que o agravamento ou a progressão da doença gere a incapacidade, nos moldes do artigo 59 da Lei 8.213/91. 4. A AIDS é doença que não tem cura, existindo apenas tratamento que aumenta a capacidade de sobrevivência do doente, permitindo-lhe uma melhor qualidade de vida. Contudo, é sabido que os portadores de tal doença são verdadeiros excluídos, pessoas socialmente anuladas, em virtude de diversos fatores, dentre eles o preconceito e o temor, enfim, restrições de toda ordem, mormente quando disputam uma vaga no mercado de trabalho. E as dificuldades são tantas para a inserção no mercado de trabalho, além dos sintomas patológicos provocados pela doença, que o artigo 151 da Lei nº 8.213/91 garante o direito à aposentadoria por invalidez e a concessão do auxílio-doença ao portador de AIDS, independente de carência. 5. Agravo de Instrumento provido. (TRF3, 10ª Turma, AG 2003.03.00.050178-4, Rel. Des. Fed. Jediael Galvão, j. 03/02/2004, DJ 20/02/2004).

Desta feita, comprovados os requisitos legais, faz jus a parte autora à concessão do benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, nos termos do *caput*, do Art. 20, da Lei 8.742/93.

Quanto ao termo inicial do benefício, deve ser mantido conforme a sentença, que o fixou na data de citação (03/11/2009), vez que naquele momento já haviam sido preenchidos os requisitos legais, pois as condições de hipossuficiência econômicas e de deficiência são anteriores ao ajuizamento da ação, e já incorporavam ao patrimônio jurídico do requerente o direito ao benefício, ainda que a mora do réu tenha se configurado somente após a propositura da demanda, *ex vi* do Art. 219 do CPC/73.

Os honorários advocatícios, porquanto não impugnados, também deve ser mantidos na forma fixada pelo MM. Juízo *a quo*.

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 incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme enten-

dimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

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, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, que dava provimento ao agravo legal da parte autora para reformar a r. decisão monocrática e restabelecer a sentença de procedência ao pedido de concessão de benefício assistencial.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator para o Acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

0003343-52.2013.4.03.6103

(2013.61.03.003343-0)

Recorrente: PEDRO GOMES DOS SANTOS (= ou > de 60 anos)

Recorrida: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: PEDRO GOMES DOS SANTOS (= ou > de 60 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - VICE-PRESIDENTE

Classe do Processo: AC 2033835

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2016

DECISÃO

Vistos etc.

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela parte autora a desafiar v. acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não merece admissão.

Com efeito, no tocante à matéria de fundo retratada no extraordinário interposto pela parte recorrente, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *RE n° 686.143/PR* (Tema n° 568), assentou a *inexistência de repercussão geral* da matéria em exame, o que se fez por meio de deliberação assim ementada, *verbis*:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO. Índice de reajuste. Equiparação ao limite do salário de contribuição. Questão infraconstitucional. Precedentes da Corte. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário recusado. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto o índice para reajuste de benefício pago pelo regime geral de previdência, versa sobre matéria infraconstitucional.

(STF, Plenário Virtual, *RE n° 686.143/PR*, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.08.2012, DJe 11.09.2012)

De outra parte, não se pode olvidar que o caso em exame também se amolda ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *ARE n° 685.029/RS*, oportunidade em que a Suprema Corte assentou, de forma unânime, a *inexistência de repercussão geral* da controvérsia atinente a critérios de fixação de índices de reajustamento de benefícios previdenciários, haja vista o caráter eminentemente infraconstitucional da matéria em comento.

A ementa do precedente invocado é a que segue, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ÍNDICE. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ART. 201, § 4º, DA CRFB/88. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(STF, Plenário Virtual, *ARE n° 685.029/RS*, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21.09.2012, DJe 07.11.2014)

Além disso, importa consignar também que o Supremo Tribunal Federal vem de reconhecer a *ausência de repercussão geral* da matéria relativa a índices de reajuste aplicáveis aos benefícios previdenciários a fim de preservar o seu valor real, o que se deu quando do julgamento do *ARE nº 888.938/PE* (Tema nº 824), que restou ementado nos seguintes termos, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. ÍNDICE DE REAJUSTE. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. I - A controvérsia relativa ao índice de reajuste aplicável aos benefícios previdenciários, de modo a preservar o seu valor real, está restrita ao âmbito infraconstitucional. II - O exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do requisito constitucional da repercussão geral. III - Repercussão geral inexistente.

(STF, Plenário Virtual, ARE nº 888.938/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.06.2015, DJe 29.06.2015).

Tudo somado, verifica-se que o recurso extraordinário interposto pelo segurado veicula teses cuja repercussão geral, repito, foi negada pelo E. STF em mais de um precedente paradigmático, circunstância essa que atrai para o caso concreto a *proibição legal* de admissão do recurso, prevista no artigo 543-B, § 2º, do CPC.

Finalmente, no tocante à alegada violação ao artigo 5º, XXXVI, da CR/88, tem-se que está assentado o entendimento de que a verificação, no caso concreto, da ocorrência de afronta a dispositivos constitucionais, se dependente da análise prévia da legislação infraconstitucional, configura ofensa constitucional reflexa ou indireta, a desautorizar o apelo extraordinário.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Benefício previdenciário. Pensão por morte. Revisão. Prazo decadencial. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional e dos fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido. (AI 815.241-AgR/SC, Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 10.5.2012, grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CPC. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. 1. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 554.008-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 6.6.2008, grifos nossos).

Neste caso, a verificação da alegada ofensa ao dispositivo constitucional invocado demanda prévia incursão pela legislação ordinária, bem como reexame dos fatos da causa (Súmula nº 279/STF), o que desvela o descabimento do extraordinário interposto.

Ante o exposto, quanto ao pleito de reajuste do benefício pelos mesmos índices de reajuste do teto do salário-de-contribuição, *nego seguimento* ao recurso extraordinário (CPC, artigo 543-B, § 2º) e, no que sobeja, *não admito* o recurso extraordinário.

Int.

São Paulo, 22 de março de 2016.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0003478-55.2014.4.03.6127
(2014.61.27.003478-0)

Apelante: MARCO ANTONIO DE ANDRADE PELICHE
Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 2141564
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE URBANA ESPECIAL. CONVERSÃO. LAUDO TÉCNICO OU PPP. FRENTISTA. HIDROCARBONETOS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, é inexigível laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a comprovação de atividade especial até o advento da Lei nº 9.528/97, ou seja, até 10/12/97. Precedentes do STJ.

2. Comprovada a atividade insalubre, demonstrada por meio de laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, é aplicável o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

3. A atividade de frentista em posto de gasolina é considerada especial, uma vez que o segurado ficava exposto de forma habitual e permanente durante a jornada de trabalho a agentes agressivos (líquidos inflamáveis - álcool, gasolina e óleo diesel), com previsão no item 1.2.11 do Anexo III, Decreto nº 53.831 de 25 de março de 1964. Precedentes.

4. A manipulação de óleos minerais (hidrocarbonetos) é considerada insalubre em grau máximo, bem como o emprego de produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos com solventes ou em limpeza de peças é considerado insalubre em grau médio (Anexo 13, NR 15, Portaria 3214/78).

5. O uso do Equipamento de Proteção Individual - EPI, por si só, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, sendo necessária a comprovação da efetiva eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida pelo STF (*ARE 664.335/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j 04/12/2014, DJe 12/02/2015*).

6. Cumpridos os requisitos legais, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, nos termos dos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

7. Termo inicial do benefício fixado na data da citação da autarquia, considerando o implemento dos requisitos à concessão do benefício apenas quando do ajuizamento da demanda (art. 240, NCPC).

8. Juros de mora e correção monetária na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, com a redação atualizada pela Resolução 267/2013, observando-se, no que couber, o decidido pelo C. STF no julgado das ADI's 4.357 e 4.425.

9. Honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas entre o termo inicial do benefício e a data do acórdão, conforme entendimento sufragado pela 10ª Turma desta Corte Regional.

10. Sem custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.
11. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de abril de 2016.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mediante o reconhecimento de tempo de atividade urbana, de natureza especial, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, observada sua condição de beneficiária da assistência judiciária.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, sustentando a comprovação dos requisitos necessários para a concessão do benefício.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

No tocante ao reconhecimento da atividade especial, é firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.

Para a verificação do tempo de serviço em regime especial, no caso, deve ser levada em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64.

Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser obrigatória a partir de 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Contudo, acompanhando posicionamento adotado nesta 10ª Turma, no sentido de que em 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, entendo que a exigência de laudo técnico para a comprovação

das condições adversas de trabalho somente passou a ser exigência legal a partir de 11/12/1997, nos termos da referida lei, que alterou a redação do § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: *REsp nº 422616/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323*; *REsp nº 421045/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382*.

O artigo 201, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passou a exigir a definição das atividades exercidas sob condições especiais mediante lei complementar, com a ressalva contida no art. 15 da referida EC nº 20/98, no sentido de que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 mantêm a sua vigência até que seja publicada a lei complementar exigida. Assim, dúvidas não há quanto à plena vigência, do artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, no tocante à possibilidade da conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum.

A propósito, quanto à plena validade das regras de conversão de tempo de serviço especial em comum, de acordo com o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, traz-se à colação trecho de ementa de aresto: “Mantida a redação do § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, em face da superveniência da Lei 9.711 de novembro de 1998 que converteu a MP 1.663/15ª sem acolher abolição da possibilidade de soma de tempo de serviço especial com o comum que a medida provisória pretendia instituir, e ainda persistindo a redação do *caput* desse mesmo art. 57 tal como veiculada na Lei 9.032/95 (manutenção essa ordenada pelo expressamente no art. 15 da Emenda Constitucional nº 20 de 15.12.98) de modo que o regramento da aposentadoria especial continuou reservado a ‘lei’, não existe respiradouro que dê sobrevida às Ordens de Serviço ns. 600, 612 e 623, bem como a aspectos dos D. 2.782/98 e 3.048/99 (que restringiam âmbito de apreciação de aposentadoria especial), já que se destinavam justamente a disciplinar administrativamente o que acabou rejeitado pelo Poder Legislativo. Art. 28 da Lei 9.711/98 - regra de transição - inválido, posto que rejeitada pelo Congresso Nacional a revogação do § 5º do art. 57 do PBPS.” (*TRF - 3ª Região; AMS nº 219781/SP, 01/04/2003, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, j. 01/04/2003, DJU 24/06/2003, p. 178*).

Além disso, conforme se extrai do texto do § 1º do art. 201 da Constituição Federal, o trabalhador que se sujeitou a trabalho em atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física tem direito a obter a inatividade de forma diferenciada.

A presunção da norma é de que o trabalhador que exerceu atividades em condições especiais teve um maior desgaste físico ou teve sua saúde ou integridade submetidas a riscos mais elevados, sendo merecedor da aposentação em tempo inferior àquele que exerceu atividades comuns, com o que se estará dando tratamento equânime aos trabalhadores. Assim, se em algum período de sua vida laboral o trabalhador exerceu alguma atividade classificada como insalubre ou perigosa, porém não durante tempo suficiente para obter aposentadoria especial, esse tempo deverá ser somado ao tempo de serviço comum, com a devida conversão, ou seja, efetuando-se a correspondência com o que equivaleria ao tempo de serviço comum, sob pena de não se fazer prevalecer o ditame constitucional que garante ao trabalhador que exerceu atividades em condições especiais atingir a inatividade em menor tempo de trabalho.

É indubitável que o trabalhador que exerceu atividades perigosas, insalubres ou penosas teve ceifada com maior severidade a sua higidez física do que aquele trabalhador que nunca exerceu atividade em condições especiais, de sorte que suprimir o direito à conversão prevista no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 significa restringir o alcance da vontade das normas constitucionais que pretenderam dar tratamento mais favorável àquele que labutou em condições especiais.

Assim, o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 tem por escopo garantir àquele que exerceu atividade laborativa em condições especiais a conversão do respectivo período, o qual, depois de somado ao período de atividade comum, deverá garantir ao segurado direito à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Todavia, não se exige que a profissão do segurado seja exatamente uma daquelas descritas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo suficiente para reconhecimento da atividade especial que o trabalhador esteja sujeito, em sua atividade, aos agentes agressivos descritos em referido anexo, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos fragmentos de ementas a seguir transcritos:

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria. (*REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668*);

Apenas para registro, ressalto que o rol de atividades arroladas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 é exemplificativo, não existindo impedimento em considerar que outras atividades sejam tidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que devidamente comprovadas por laudo pericial. (*REsp nº 651516/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 07/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 291*).

No presente caso, a parte autora demonstrou haver laborado em atividade especial nos períodos de 02/05/1990 a 14/11/2006 e de 01/04/2007 a 22/05/2014 (data do PPP). É o que comprovam os Perfis Profissiográficos Previdenciários - PPP's, elaborados nos termos dos arts. 176 a 178, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007 (DOU - 11/10/2007) e art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 (fls. 20/23), trazendo a conclusão de que a parte autora desenvolveu sua atividade profissional, na função de frentista, com exposição a produtos químicos - óleo lubrificante, diesel, gasolina e etanol.

No caso em comento, a atividade de frentista em posto de gasolina é considerada especial, uma vez que o autor ficava exposto de forma habitual e permanente durante a jornada de trabalho a agentes agressivos (líquidos inflamáveis - álcool, gasolina e óleo diesel), com previsão no item 1.2.11 do Anexo III, Decreto nº 53.831 de 25 de março de 1964.

A Décima Turma desta Corte Regional já decidiu que “Todos os empregados de postos de gasolina estão sujeitos, independentemente da função desenvolvida, à característica da periculosidade do estabelecimento, na forma da Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça.” (*TRF - 3ª Região; AC nº 969891/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 26/20/2004, DJU 29/11/2005, p. 404*).

No mesmo sentido:

Inclui-se o período em que o autor atuava como “caixa” no posto de gasolina, por transitar pela área em que operadas as bombas de combustível sujeito ainda aos riscos naturais da estocagem de combustível no local, como de trabalho especial, insalubre e/ou perigoso, com direito à conversão do tempo de atividade especial em tempo de atividade comum para fins de aposentadoria. (*TRF - 1ª Região; AC nº 199834000064408/DF, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, j. 30/06/2004, DJ 11/11/2004, p. 11*);

Os trabalhadores de postos de gasolina, pela exposição e operações com combustíveis líquidos (gasolina, diesel, álcool), considerados agentes insalubres, têm direito à aposentadoria aos vinte e cinco anos de serviço, enquadrando-se no código 1.2.11 (tóxicos orgânicos derivados do carbono) do Decreto nº 53.831/64. O laudo pericial judicial também apurou que o segurado trabalhava em ambiente perigosos. (TRF - 4ª Região; AC nº 389579/RS, Relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, j. 14/10/2003, DJ 19/11/2003, p. 900).

Ressalte-se que o artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11/12/1998, dispõe que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será efetuada nos termos da legislação trabalhista.

O art. 194 da CLT aduz que o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente. Portanto, retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Por sua vez, o art. 195 da CLT estabelece: A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído, bem assim que “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. (...) Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.”

Com relação ao fornecimento de equipamento de proteção individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente e retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários. E, no caso dos autos, o uso de equipamento de proteção individual, por si só, não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que não restou comprovada a eliminação da insalubridade do ambiente de trabalho do segurado. As informações trazidas no PPP não são suficientes para aferir se o uso do equipamento de proteção individual eliminou/neutralizou ou somente reduziu os efeitos do agente insalubre no ambiente de trabalho.

No caso dos autos, não há prova de efetivo fornecimento do equipamento de proteção individual ao trabalhador, ou seja, Ficha de Controle de Entrega do EPI ao trabalhador, com o respectivo certificado de aprovação do EPI, restando insuficiente a informação sobre a eficácia do referido equipamento.

Por fim, a manipulação de óleos minerais (hidrocarbonetos) é considerada insalubre em grau máximo, bem assim o emprego de produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos com

solventes ou em limpeza de peças é considerado insalubre em grau médio, conforme dispõe o Anexo 13, da NR 15, da Portaria 3214/78.

Por outro lado, o período em que a parte autora trabalhou com registro em CTPS (fls. 11/12 e 32) é suficiente para garantir-lhe o cumprimento do período de carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição, na data do requerimento administrativo, nos termos do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

Computando-se o tempo de atividade especial desenvolvida nos períodos de 02/05/1990 a 14/11/2006 e de 01/04/2007 a 22/05/2014, bem assim o tempo de serviço comum (fls. 11/12 e 32), o somatório do tempo de serviço da parte autora, na data da publicação da EC 20/98, é inferior a 30 (trinta) anos, totalizando 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 04 (quatro) dias, de maneira que é aplicável ao caso dos autos a regra de transição prevista no artigo 9º da referida Emenda Constitucional, pois a parte autora não possuía direito adquirido ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço na data da sua publicação, em 16/12/1998.

Observo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, exige um acréscimo de tempo de serviço, que perfaz 36 (trinta e seis) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias, no presente caso.

Incluindo-se o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, devidamente registrado em CTPS, verifica-se que a parte autora, na data do requerimento administrativo, alcançava 34 (trinta e quatro) anos, 08 (oito) meses e 03 (três) dias, de maneira que, à época, não cumpriu o acréscimo previsto pela Emenda Constitucional nº 20/98, e tampouco possuía a idade de 53 (cinquenta e três) anos.

Todavia, incluindo-se o tempo de serviço posterior ao requerimento administrativo, o somatório do tempo de serviço da parte autora alcança um total de 35 (trinta e cinco) anos, 01 (um) mês e 30 (trinta) dias, na data do ajuizamento da demanda, o que autoriza a concessão de aposentadoria integral por tempo de serviço, devendo ser observado o disposto nos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que a imposição da regra de transição para a aposentadoria integral por tempo de serviço é inócua, não possuindo qualquer eficácia, uma vez que é mais gravosa do que a regra permanente. Inclusive, a Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20/09/2006, que sucedeu a Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14/04/2005, deixa claro que tanto os segurados que já se encontravam filiados ao R.G.P.S até 16/12/1998 quanto os que ingressaram posteriormente no sistema poderão obter o benefício mediante a comprovação de tempo de contribuição, sem qualquer exigência de “pedágio” ou idade mínima.

Na hipótese, essa egrégia Corte Regional enfrentando a matéria decidiu que “Não se exige para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, idade mínima ou pedágio, que incidem somente na aposentadoria proporcional, nos termos da EC 20/98, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pela própria Autarquia Previdenciária, expresso em seus atos administrativos (IN 57/2001, IN 84/2002, IN 95/2003 e, mais recentemente, IN 118/2005).” (*TRF - 3ª Região; AC nº 908063/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, j. 08/08/2005, DJU 25/08/2005, p. 542*). No mesmo sentido: “Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.” (*TRF - 3ª*

Região; AI nº 216632/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28/03/2005, DJU 22/03/2005, p. 448).

Considerando que a parte autora não havia implementado todos os requisitos à concessão do benefício quando do requerimento administrativo, o termo inicial deve ser fixado na data da citação, nos termos do artigo 240 do Novo Código de Processo Civil.

Juros de mora e correção monetária na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, com a redação atualizada pela Resolução 267/2013, observando-se, no que couber, o decidido pelo C. STF no julgado das ADI's 4.357 e 4.425.

Em virtude da sucumbência, arcará o INSS com os honorários advocatícios, ora arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento sufragado pela 10ª Turma desta Corte Regional. Ressalte-se que a base de cálculo sobre a qual incidirá mencionado percentual será composta das prestações vencidas entre o termo inicial do benefício e a data desta decisão, em consonância com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, considera-se a data desta decisão como termo final da base de cálculo dos honorários advocatícios em virtude de somente aí, com a reforma da sentença de improcedência, haver ocorrido a condenação do INSS.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA para reconhecer a atividade especial nos períodos de 02/05/1990 a 14/11/2006 e de 01/04/2007 a 22/05/2014 e condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de serviço, desde a data da citação, com correção monetária, juros de mora e verba honorária, nos termos da fundamentação.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos de MARCO ANTONIO DE ANDRADE PELICHE, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do *benefício de aposentadoria por tempo de serviço*, com data de início - *DIB em 05/12/2014*, e renda mensal inicial - *RMI a ser calculada pelo INSS*, nos termos do art. 497 do Código de Processo Civil. O aludido ofício poderá ser substituído por e-mail.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0037146-07.2015.4.03.9999
(2015.03.99.037146-4)

Apelante: APARECIDA FATIMA MACHADO DA COSTA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE NOVO HORIZONTE - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
 Classe do Processo: AC 2104504
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2016

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. ESPECIALIZAÇÃO DO PERITO. DESNECESSIDADE. INCAPACIDADE LABORATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO. CONSTATAÇÃO PERICIAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONTRÁRIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A especialização do perito médico não é, em regra, imprescindível à identificação de doenças e incapacidade do segurado. Existe farta literatura a respeito, de modo que qualquer profissional médico tem os conhecimentos básicos para tanto. Somente quando demonstrada a ausência de capacidade técnico-profissional ou quando o próprio perito não se sentir apto à avaliação poderá ser determinada nova perícia.
2. Os requisitos da aposentadoria por invalidez estão previstos no artigo 42, da Lei nº 8.213/91, a saber: constatação de incapacidade total e permanente para o desempenho de qualquer atividade laboral; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado.
3. Por seu turno, conforme descrito no artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são pressupostos para a concessão do auxílio-doença: incapacidade total e temporária (mais de quinze dias consecutivos) para o exercício do trabalho ou das atividades habituais; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado.
4. *In casu*, claro está que a principal condição para deferimento dos benefícios não se encontra presente, eis que não comprovada a incapacidade para o trabalho.
5. Nem cabe argumentar que o juiz não se encontra vinculado ao laudo pericial, eis que não foram trazidos aos autos elementos hábeis a abalar as conclusões nele contidas.
6. Negado provimento à apelação da autora.

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 à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2016.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelação interposta por APARECIDA FÁTIMA MACHADO DA COSTA, em ação de natureza previdenciária, objetivando o restabelecimento do auxílio-doença ou concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença.

A sentença julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Por força da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Alega a apelante, em síntese, que o juiz é livre na apreciação da prova, à luz do disposto nos arts. 131 e 436, ambos do CPC. Nesse sentido, argumenta que o conjunto probatório colacionado aos autos, sobretudo os relatórios médicos emitidos por especialistas, comprovam que a apelante está inapta para o trabalho. Argumenta que tais relatórios, juntamente com as peculiaridades do caso, elidem a opinião do laudo pericial, mesmo porque foi confeccionado por perito especializado em infectologia, ou seja, de área diversa da enfermidade da postulante.

Pleiteia, por fim, o prequestionamento da matéria, bem como o provimento da apelação, concedendo-se o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a cessação administrativa do auxílio-doença.

Com contrarrazões de apelação, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Inicialmente, cumpre esclarecer que a especialização do perito médico não é, em regra, imprescindível à identificação de doenças e incapacidade do segurado. Existe farta literatura a respeito, de modo que qualquer profissional médico tem os conhecimentos básicos para tanto. Somente quando demonstrada a ausência de capacidade técnico profissional ou quando o próprio perito não se sentir apto à avaliação poderá ser determinada nova perícia.

Nesse sentido a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PEDIDO DE REESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

(...) - Quanto à realização de nova perícia por médico especialista, esclareça-se que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade, para a formação do seu convencimento, nos termos do art. 130 do CPC.

- O perito foi claro ao afirmar que não há doença incapacitante atualmente.

- Não há dúvida sobre a idoneidade do profissional indicado pelo Juízo *a quo*, apto a diagnosticar as enfermidades alegadas pelo autor, que atestou, após perícia médica, a capacidade para o exercício de atividade laborativa, não havendo razão para a determinação de que seja realizado um novo laudo. - O perito, na condição de auxiliar da Justiça, tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido. Exerce função de confiança do Juízo, sendo nomeado livremente para o exame, vistoria ou avaliação que dependam de conhecimento téc-

nico do qual o Magistrado é desprovido. - O recorrente não apresentou qualquer documento capaz de afastar a idoneidade ou a capacidade do profissional indicado para este mister. - A jurisprudência tem admitido a nomeação de profissional médico não especializado, vez que a lei que regulamenta o exercício da medicina não estabelece qualquer restrição quanto ao diagnóstico de doenças e realização de perícias. (...) - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0038667-21.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 01/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2015)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. NOVA PERÍCIA POR MÉDICO ESPECIALISTA. NÃO CABIMENTO. I. Não há de se falar em cerceamento de defesa, uma vez que o conjunto probatório do presente feito forneceu ao MD. Juízo *a quo* elementos necessários ao dirimento da lide, procedendo, destarte, em conformidade com o princípio da persuasão racional do juiz, consoante disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil. II. Cumpre destacar que a enfermidade sofrida pela parte autora, por si só, não justifica a indicação de médico perito com habilitação especializada. Também não restou demonstrada a ausência de capacidade técnica do profissional nomeado pelo Juízo, tendo em vista não ser obrigatória sua especialização médica para cada uma das doenças apresentadas pelo segurado. III. Agravo a que se nega provimento.(AC 00408145420134039999, DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/03/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERÍCIA MÉDICA. ESPECIALIZAÇÃO DO PROFISSIONAL NOMEADO PELO JUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. Não é necessário, em regra, especialização do profissional da medicina para o diagnóstico de doenças ou para a realização de perícias. 2. Em casos excepcionais, desde que o perito de confiança do Juízo afirme não possuir competência técnica ou científica para atuar em uma hipótese específica, poderá ser determinada a realização de perícia por médico especialista. 3. Descabido o pedido de substituição do perito. 4. Agravo improvido.(AI 00231278820134030000, JUIZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/01/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No mérito, observo que os requisitos da aposentadoria por invalidez estão previstos no artigo 42, da Lei nº 8.213/91, a saber: constatação de incapacidade total e permanente para o desempenho de qualquer atividade laboral; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado.

Por seu turno, conforme descrito no artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são pressupostos para a concessão do auxílio-doença: incapacidade total e temporária (mais de quinze dias consecutivos) para o exercício do trabalho ou das atividades habituais; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado.

Vê-se que a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença pressupõe a comprovação da incapacidade, apurada, de acordo com o artigo 42, § 1º, da Lei nº 8.213/91, mediante perícia médica a cargo do INSS.

Insta afirmar que, mesmo a incapacidade laborativa parcial para o trabalho habitual, enseja a concessão do auxílio-doença, *ex vi* da Súmula 25 da Advocacia-Geral da União, cujas disposições são expressas ao consignar que deve ser entendida por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais.

Relevante, a propósito do tema, o magistério da eminente Desembargadora Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS (“Direito previdenciário esquematizado”, São Paulo: Saraiva,

2011, p. 193):

Na análise do caso concreto, deve-se considerar as condições pessoais do segurado e conjugá-las com as conclusões do laudo pericial para avaliar a incapacidade. Não raro o laudo pericial atesta que o segurado está incapacitado para a atividade habitualmente exercida, mas com a possibilidade de adaptar-se para outra atividade. Nesse caso, não estaria comprovada a incapacidade total e permanente, de modo que não teria direito à cobertura previdenciária de aposentaria por invalidez. Porém, as condições pessoais do segurado podem revelar que não está em condições de adaptar-se a uma nova atividade que lhe garanta subsistência: pode ser idoso, ou analfabeto; se for trabalhador braçal, dificilmente encontrará colocação no mercado de trabalho em idade avançada.

Logo, a avaliação das provas deve ser ampla, para que “a incapacidade, embora negada no laudo pericial, pode restar comprovada com a conjugação das condições pessoais do segurado” (op. cit. P. 193).

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REEXAME DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. CONSIDERAÇÃO DOS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS DO SEGURADO. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO À PROVA PERICIAL. I - A inversão do julgado, na espécie, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, razão pela qual incide o enunciado da Súmula 7/STJ. III - Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial apenas tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho (AgRg no AREsp 574.421/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/11/2014). III - Agravo regimental improvido. (AGARESP 201101923149, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 20/02/2015)

In casu, baseada na história clínica, no exame físico geral e específico, bem como nos exames complementares, a perícia judicial afirma ter constatado *status* pós-operatório tardio de menisectomia lateral do joelho direito em 10/10/2012. Esclarece, contudo, que, por ocasião do exame pericial, realizado em 30/10/2014, ou seja, mais de dois anos após o citado procedimento cirúrgico, não foram encontradas significativas alterações funcionais, tendo concluído pela ausência de incapacidade para o exercício de suas funções habituais de doméstica.

Com efeito, verifica-se que os resultados periciais espelham a real e atual situação clínica da autora, por terem sido elaborados de forma criteriosa, respondendo, de forma detalhada, à patologia relatada pela postulante.

Desse modo, claro está que a principal condição para deferimento dos benefícios não se encontra presente, eis que não comprovada a incapacidade para o trabalho.

Nem cabe argumentar que o juiz não se encontra vinculado ao laudo pericial, eis que não foram trazidos aos autos elementos hábeis a abalar as conclusões nele contidas.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ AUXÍLIO-DOENÇA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 203, INC. V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

REQUISITOS. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE.

I- A incapacidade da parte autora não ficou comprovada pela perícia médica.

II- Não preenchidos, de forma indubitável, os requisitos necessários à obtenção de qualquer um dos benefícios pretendidos (artigos 42 e 20 da Lei nº 8.213/91 e art. 203, inc. V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93), não há de ser concedido nenhum deles.

III - Apelação improvida. Tutela antecipada indeferida.

(TRF 3ª Região, Proc. 2004.61.22.000790-7, Rel. Desembargador Federal Newton De Lucca, Oitava Turma, v.u., DJ3 CJ2 09.06.2009, p. 444)

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ/AUXÍLIO-DOENÇA. QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA. INCAPACIDADE NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados temporariamente ou definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit.).

- Presentes os requisitos de qualidade de segurada e carência.

- Ausência de incapacidade laborativa.

- Improcedência do pedido inicial. Manutenção.

- Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, Proc. 2008.03.99.062518-4, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, 8ª Turma, v.u., DJF3 28.04.2009, p. 1380).

De rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da autora.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0040982-85.2015.4.03.9999
(2015.03.99.040982-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: LUAN BARROS DOS SANTOS (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PARAGUAÇU PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2112332
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/04/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. PRELIMINAR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. ATESTADO DE PERMANÊNCIA CARCERÁRIA. BAIXA RENDA. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA.

I- Desnecessária a nomeação de curador especial à parte autora, tendo em vista que possui representante legal, conforme termo de guarda (fl. 9 e 17), não havendo que se falar, da mesma forma, em colisão de interesses, entre aquele e o menor, nos termos do art. 9 do CPC e art. 142 do ECA.

II - A questão de atualização da certidão de permanência carcerária confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

III - Constata-se dos autos que os últimos salários de contribuição do recluso, relativos às competências de agosto e setembro de 2013, correspondiam a R\$ 1.281,85 e R\$ 1.141,79, superando o valor fixado no artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, equivalente a R\$ 360,00, atualizado para R\$ 971,78 pela Portaria nº 15, de 01.01.2013. O salário de outubro/2013, no valor de R\$ 930,37, não deve ser considerado, uma vez que referente aos dias em que trabalhou antes de sua prisão (18.10.2013), não correspondendo à integralidade de sua remuneração.

IV - Não há condenação em verbas de sucumbência em razão da concessão da Justiça Gratuita.

V- Os valores recebidos de auxílio-reclusão decorrentes de antecipação de tutela, revogada com a sentença de improcedência, não são passíveis de devolução, uma vez que se trata de verba alimentar recebida em decorrência de decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nelas insertos.

VI - Preliminares arguidas pelo MPF rejeitadas. Apelação do INSS e remessa oficial providas.

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 as preliminares arguidas pelo Ministério Público Federal, e no mérito, dar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de remessa oficial e de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação previdenciária, condenando o réu a conceder ao autor o benefício de auxílio-reclusão, desde a prisão (18.10.2013). As parcelas em atraso deverão ser pagas com correção monetária pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25.03.2013, e após, pelo IPCA-E, e acrescidas de juros de mora na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação até a data da sentença. Não houve condenação em custas.

Concedida anteriormente a antecipação dos efeitos da tutela, a implantação do benefício foi noticiada à fl. 58.

O réu pugna pela reforma da sentença, aduzindo que não foi comprovada a baixa renda do segurado, uma vez que a renda é superior ao limite legal. Pede, ainda, a revogação da tutela antecipada.

Contra-razões de apelação à fl. 113/116.

Parecer do Ministério Público Federal (fl. 141/143), pelo qual pede, preliminarmente, a juntada de atestado de permanência atualizado e a regularização da representação processual da parte autora, com nomeação de curador especial. No mérito, pede a improcedência do pedido.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Da preliminar

No caso dos autos, desnecessária a nomeação de curador especial à parte autora, tendo em vista que possui representante legal, conforme termo de guarda (fl. 9 e 17), não havendo que se falar, da mesma forma, em colisão de interesses, entre aquele e o menor, nos termos do art. 9 do CPC e art. 142 do ECA.

Quanto à atualização da certidão de permanência carcerária, observo que tal questão confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

Do mérito

Objetiva o autor a concessão do benefício previdenciário de Auxílio-Reclusão, na qualidade de filho de Luciano Aparecido dos Santos, recolhido a prisão em 18.10.2013 (fl. 27).

A condição de dependente do autor em relação ao detento restou evidenciada através da certidão de nascimento acostada à fl. 12, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, já que ela é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91 por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

Confira-se:

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

.....

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Quanto à renda auferida pelo recluso, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 587365/SC (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009, DJe de 03.04.2009), firmou entendimento no sentido de que para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, previsto nos artigos 201, IV, da Constituição da República e 80 da Lei nº 8.213/91, a renda a ser considerada deve ser a do preso e não a de seus dependentes, sendo que referida decisão tem repercussão geral.

Nessa linha, constata-se dos autos (fl. 26) que os últimos salários de contribuição do recluso, relativos às competências de agosto e setembro de 2013, correspondiam a R\$ 1.281,85 e R\$ 1.141,79, superando o valor fixado no artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, equivalente a R\$ 360,00, atualizado para R\$ 971,78 pela Portaria nº 15, de 01.01.2013. O salário de outubro/2013, no valor de R\$ 930,37, não deve ser considerado, uma vez que referente aos dias em que trabalhou antes de sua prisão (18.10.2013), não correspondendo à integralidade de sua remuneração.

Sendo assim, o autor não faz jus ao benefício pleiteado, ressaltando que o recolhimento à prisão do segurado se deu em 18.10.2013.

Os valores recebidos de auxílio-reclusão decorrentes de antecipação de tutela, revogada com a sentença de improcedência, não são passíveis de devolução, uma vez que se trata de verba alimentar recebida em decorrência de decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nelas insertos.

Ante a improcedência do pedido, prejudicada a questão de atualização do atestado de permanência carcerária.

Diante do exposto, *rejeito as preliminares arguidas pelo Ministério Público Federal, e no mérito, dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para julgar improcedente o pedido.* Não há condenação da parte autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Expeça-se e-mail ao INSS informando a cassação da tutela antecipada, não havendo que se falar em devolução dos valores recebidos, tendo em vista a sua natureza alimentar, bem como a boa-fé do segurado.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0059354-19.1990.4.03.6100

(1990.61.00.059354-5)

Agravantes: PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAIRA E OUTRAS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 930/947

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Embargadas: PREFEITURA MUNICIPAL DE OURO VERDE - SP E OUTRAS

Parte Autora: MUNICÍPIO DE ITAPEVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: EI 1907624

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 557, § 1º, DO CPC. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. SOBRESTAMENTO DO FEITO. INDEVIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. O presente recurso fora interposto sob a vigência do CPC de 1973.

II. O reconhecimento de repercussão geral da matéria discutida neste feito, nos RE nº 579.431/RS, não obsta o julgamento dos presentes embargos infringentes.

III. O E. STF firmou entendimento pela não incidência de juros moratórios entre a data da expedição de precatório judicial e a data do efetivo pagamento, bem como no período compreendido entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, quando observado o prazo estabelecido na Constituição Federal, porquanto não restaria caracterizado o inadimplemento. O Pleno da Corte Suprema, inclusive, proclamou a existência de repercussão geral quanto à matéria (RE's nºs 591.085 e RE nº 579.431), o que, conforme dito alhures, não determina o sobrestamento do presente feito.

IV. O C. STJ, por sua vez, no julgamento do REsp nº 1.143.677/RS, representativo de controvérsia (CPC de 1973, art. 543-C), consagrou orientação pela não incidência de juros moratórios entre a data de elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor. Acrescento, por pertinente, que o entendimento exarado pela Corte Especial, em sede do referido recurso representativo de controvérsia (REsp nº 1.143.677/RS), vem sendo aplicado como paradigma também para o período existente entre a data da expedição do precatório e aquela do efetivo pagamento, indistintamente.

V. Observado o prazo constitucional, como é o caso em apreço, indevida a incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e a expedição de requisição de pequeno valor ou de precatório complementar.

VI. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

ao agravo legal, nos termos do relatório e voto do Relator que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2016.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÍRA e outras, com supedâneo no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, em face da decisão monocrática de fls. 930/936, de minha lavra, que deu provimento aos embargos infringentes do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, a fim de prevalecer o voto minoritário, que *entendia incabíveis juros de mora entre a data da conta e a expedição de precatório complementar ou de requisição de pequeno valor*.

Os embargos infringentes foram opostos pelo INCRA contra o v. acórdão da Terceira Turma deste Egrégio Tribunal que, *por maioria*, deu provimento à apelação das exequentes, ora agravantes, para, reformando a r. sentença que extinguiu a execução nos termos do artigo 741, inciso I, do antigo Código de Processo Civil, determinar a realização de novos cálculos, com a *incidência de juros de mora no período entre a data da conta (julho/94) e a expedição do precatório complementar (julho/96)*, bem como o afastamento da TR como fator de atualização monetária e a dispensa de prévia compensação quando da expedição do precatório complementar, nos termos do voto do Exmo. Juiz Federal Convocado Roberto Jueken (Relator), no que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal Nery Júnior; vencido o Exmo. Desembargador Federal Márcio Moraes que, *divergindo quanto à incidência de juros moratórios*, dava apenas parcialmente provimento à apelação das exequentes/agravantes.

As agravantes sustentam, em apertada síntese, o cabimento de juros de mora entre a data da conta do cálculo (conta homologada) e a expedição do ofício requisitório, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Alegam, ainda, que a matéria debatida foi objeto de reconhecimento de repercussão geral pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 579.431/RS, impondo-se o sobrestamento do feito (fls. 938/947).

O recurso é apresentado em mesa para julgamento, porquanto não reconsiderada a decisão agravada.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÍRA e outras, com supedâneo no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, em face da decisão monocrática de fls. 930/936, de minha lavra, que deu provimento aos embargos infringentes do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, a fim de prevalecer o voto minoritário, que *entendia incabíveis juros de mora entre a data da conta e a expedição de precatório complementar ou de requisição de pequeno valor*.

De proêmio, assinalo que o presente recurso fora interposto sob a vigência do Código de Processo Civil de 1.973.

Esclareço que a divergência, objeto dos embargos infringentes, cingia-se unicamente à possibilidade, ou não, da aplicação de juros moratórios no período compreendido entre a elaboração da conta e a expedição de precatório complementar ou de requisição de pequeno valor.

Não assiste razão às agravantes.

Anoto que o reconhecimento de repercussão pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 579.431/RS, da matéria discutida neste feito, não impede o julgamento dos presentes embargos infringentes, visto que, consoante exegese dada ao artigo 543-B, §§ 1º e 2º, do antigo Código de Processo Civil, que regia a matéria à época, impunha tão somente o sobrestamento de recursos extraordinários, salvo determinação expressa do Relator, da Corte Suprema, no sentido da suspensão do trâmite de todos os processos pendentes no país, o que ocorria excepcionalmente.

Nesse sentido, destaco precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. ARNALDO ESTEVES, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008. Destaco, ainda, os seguintes arestos da Segunda Seção desta Egrégia Corte: AgLg em EI 0019980-63.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 05/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2014; EI 0010998-69.1999.4.03.6102 (1999.61.02.010998-0), Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 06/10/2015.

O novel Código de Processo Civil, com vigência a partir de 18 de março de 2016, ao tratar da matéria pertinente aos recursos repetitivos, no artigo 1.036 e seguintes, imprimiu algumas alterações, dentre elas a previsão expressa da paralisação do trâmite de todos os processos em andamento no país, por decisão do Relator, do Tribunal Superior (art. 1.037, II), nominada “*decisão de afetação*”, e, ainda, estendeu a decisão de sobrestamento, nos mesmos termos, ao Presidente ou Vice-Presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, a ser proferida quando da seleção dos recursos paradigmas, porém, limitada aos processos em tramitação no Estado ou na região, conforme o caso (art. 1.036, § 1º).

Para melhor ilustração, transcrevo os dispositivos legais pertinentes:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

(...)

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

No meu sentir, na atual sistemática, assim como já ocorria na anterior, exige-se para suspensão de todos os processos a manifesta declaração, quer do Relator, do Tribunal Superior, quer do Presidente ou Vice Presidente, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Por seu turno, ainda que não prevaleça este entendimento, mas que se reconheça como automática a suspensão do trâmite de todos os feitos, é vedada a retroação às questões cuja repercussão geral tenha sido reconhecida sob o pálio da revogada Lei Adjetiva Civil, a teor do disposto no artigo 14, do novel *Codex Processual Civil*.

No caso em tela, inexistindo, até o momento, decisão da Vice-Presidência desta Corte (competente pelo sobrestamento dos recursos excepcionais, na forma regimental), ou ainda, pronunciamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de determinar a suspensão de todos os processamentos em tramitação, por força do reconhecimento da repercussão geral ocorrida sob a vigência do antigo Código de Processo Civil, entendo não haver óbice ao julgamento do recurso em apreço.

No mais, a argumentação trazida à apreciação nesse recurso não é capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão atacada, uma vez que nada agrega de novo para alterar o *decisum* combatido.

Desta forma, não convencido do desacerto da decisão objurgada, reitero os seus termos, cujos fundamentos passam a integrar este voto:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA em face do v. acórdão de fls. 877/878, proferido pela Terceira Turma deste Egrégio Tribunal, que, por maioria, deu provimento à apelação das exequentes para, reformando a r. sentença que extinguiu a execução nos termos do artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil, determinar a realização de novos cálculos, com a incidência de juros de mora no período entre a data da conta (julho/94) e a expedição do precatório complementar (julho/96), bem como o afastamento da TR como fator de atualização monetária e dispensa de prévia compensação quando da expedição do precatório complementar, nos termos do voto do eminente Juiz Federal Convocado Roberto Jueken (Relator), no que foi acompanhado pelo eminente Desembargador Federal Nery Júnior; vencido o eminente Desembargador Federal Márcio Moraes que, divergindo quanto à incidência de juros moratórios, dava parcialmente provimento à apelação das exequentes.

O ementário do v. acórdão embargado:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENCIA. CÁLCULO DA CONTADORIA DO JUÍZO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA DEVIDOS ENTRE A DATA DA CONTA E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRÉVIA COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. ADI'S 4357 e 4425.

1. Cuida-se de apelação contra a extinção de execução de sentença, nos autos de ação ordinária proposta pela Prefeitura Municipal de Guaíra e outros em face do INCRA, na qual se busca a homologação de cálculos para pagamento de saldo remanescente e expedição de precatório complementar.

2. Rejeita-se o alegado cerceamento de defesa, pois não se verifica prejuízo que autorize a anulação da sentença. Na decisão de fls. 758/759, determinou-se a restituição dos autos à Contadoria e após, com os cálculos, fosse dada vista às partes. Juntados estes às fls. 761/774, foi proferido novo despacho para manifestação das partes acerca dos mesmos (fls. 776). As exequentes, regularmente intimadas, preferiram debater-se para que restituído o prazo, deixando de impugnar a conta no momento adequado, qual seja, após os cálculos.

3. Verifica-se, assim, que as exequentes não souberam interpretar adequadamente a decisão

judicial, pois não havia prazo em curso para sua manifestação. Ainda que pretendesse interpor eventual agravo de instrumento, por discordar dos critérios adotados pelo juízo, poderia fazê-lo assim que os autos estivessem disponíveis em secretaria, bastando instruí-lo com as peças necessárias a comprovar o ocorrido. Mas nem isso fez. Descabe, portanto, alegar nulidade, máxime porque não verificado nenhum prejuízo, inclusive porque o ponto, juros moratórios, volta à baila nesta sede recursal.

4. Na análise das demais questões, inicialmente, assenta-se que a Seção de Cálculos é órgão auxiliar do juízo, na medida em que fornece subsídios técnicos para a melhor compreensão da lide. Ademais, a Contadoria Judicial é órgão auxiliar do Juízo e não possui interesse no deslinde do feito, a par de que o julgador pauta-se pelo livre convencimento.

5. *Na hipótese dos autos, estão em discussão valores remanescentes de pagamento de precatório complementar.* As exequentes pretendem a inclusão de juros moratórios entre a data da conta e a expedição do precatório, afastamento da TR como fator de atualização monetária e dispensa de prévia compensação.

6. A pendenga toda teve início com a execução da sentença transitada em julgado, que culminou na expedição do ofício precatório em 16.02.1989. As exequentes insurgiram-se para que incluídos os expurgos inflacionários, e foi apurado saldo remanescente, concordando as partes com os cálculos da contadoria para julho de 1994, que foram homologados, resultando na expedição de precatório complementar em julho de 1996.

7. Pois bem. Os cálculos adotados na sentença guerreada seguiram a orientação do julgador de primeiro grau, que entendeu serem indevidos os juros de mora compreendidos entre a data dos cálculos de liquidação homologados que, no caso, já era de natureza complementar (julho de 1994) e a data da expedição do ofício precatório respectivo (julho de 1996), cujo pagamento ocorreu em março de 1999.

8. Aplica-se, no caso, o entendimento desta E. Terceira Turma sobre o cabimento de juros no interstício temporal anterior à expedição do precatório (AI 0020142-49.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR; AI 0035702-65.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA)

9. Quanto à incorreção na metodologia adotada, notadamente pela utilização da TR como índice de atualização monetária, que deve ser substituída pelo INPC, deve-se considerar que o Plenário do STF, julgando as ADI's 4357 e 4425, declarou a inconstitucionalidade da expressão índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, constante do parágrafo 12 do art. 100 da CF/88, introduzida pela EC nº 62/2009, certo ademais que o Pretório Excelso vem admitindo a chamada relativização da coisa julgada, máxime quando a hipótese esbarra no reconhecimento de norma contrária à Constituição (RE 363.889; RE 508283; AI 665003).

10. Destarte, como os cálculos foram promovidos para 24/04/2013, sob a égide do citado dispositivo ora tido por inconstitucional, impõe-se a adoção da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, já considerados os ajustamentos decorrentes do quanto decidido nas ADI's 4357 e 4425, especialmente quanto a inconstitucionalidade por arrastamento da Lei nº 9.494/97 retornando ao panorama anteacto, qual seja a correção monetária estabelecida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001, na MP nº 1973-67, de 26.10.2000, convertida na Lei nº 10.522, de 19.07.2002, que determina a aplicação do IPCA-E/IBGE.

11. À mesma conclusão se chega em relação à inaplicabilidade dos parágrafos 9º e 10, do art. 100, da Constituição Federal, volvidos a prévia compensação com créditos tributários antes da expedição do precatório complementar, posto que igualmente declarados inconstitucionais pelas mesmas ADI's.

12. Apelo das exequentes a que se dá provimento, para reformar a sentença, e determinar a realização de novos cálculos, que deverão adotar os parâmetros ora fixados (incidência de juros de mora no período entre a data da conta - julho/1994 e a expedição do precatório - julho/1996), bem como adequação à Resolução nº 267/2013 do CJF, além de arrear-se a prévia compensação quando da expedição do precatório complementar.” (destaquei)

Opôs, o executado, embargos de declaração (fls. 881/884), que restaram rejeitados (fl. 894). Voto Condutor juntado às fls. 873/876 e Voto Vencido às fls. 888/890.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, que assentou entendimento no sentido de serem incabíveis juros de mora no período compreendido entre a elaboração dos cálculos para pagamento do saldo remanescente e a expedição do precatório complementar (fls. 899/909). Apresentada a resposta aos embargos infringentes (fls. 912/926), o recurso foi admitido (fl. 928).

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório, decidido.

Cuida-se de matéria amplamente debatida e objeto de jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores. Assim sendo, o feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processuais.

Frise-se que o artigo 557, do compêndio processual civil, não traz qualquer ressalva aos embargos infringentes e, por conseguinte, aplicável à espécie. Nesse sentido, já decidiu esta Corte Regional: SEGUNDA SEÇÃO, EI em AC 0306612-25.1996.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 15/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/09/2015; SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000285-76.2005.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 19/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2014.

Além disso, a parte inconformada dispõe do recurso de agravo que, caso interposto, será submetido ao Órgão Colegiado competente (art. 557, § 1º, do CPC), não se podendo falar em prevalência de entendimento pessoal do Relator.

Feitas essas ponderações, adentro no exame dos embargos infringentes.

De proêmio, verifico preenchidos os requisitos insculpidos no artigo 530, do Código de Processo Civil, a autorizar a interposição dos presentes embargos infringentes.

A divergência cinge-se à possibilidade ou não de incidência de juros de mora no período compreendido entre a elaboração da conta e a expedição do precatório complementar.

O embargante pugnou pela prevalência do voto vencido, que assentou entendimento pela impossibilidade de inclusão de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos para pagamento do saldo remanescente e a expedição do precatório complementar.

No meu entender, data máxima vênia, a tese adotada no voto vencido espelha o melhor posicionamento, de molde a merecer guarida, consoante razões a seguir assinaladas.

A questão atinente aos juros de mora não comporta maiores digressões.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não incidem juros moratórios entre a data da expedição de precatório judicial e a data do efetivo pagamento, bem como no período compreendido entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, quando observado o prazo estabelecido na Constituição Federal, porquanto não restaria caracterizado o inadimplemento. Destaco os seguintes julgados:

“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, AI 713551 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-14 PP-02925)

“Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Omissão. Ocorrência. 3. Juros de mora entre a elaboração da conta e a expedição da requisição. Não-incidência. Aplicação do entendimento firmado pelo Pleno deste Tribunal no julgamento do RE 298.616. 4. Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos.”

(STF, AI 413606 AgR-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/03/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00999)

“Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. 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” (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)

O Plenário do Corte Suprema, inclusive, já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à incidência de juros de mora entre a data da elaboração da conta e a data do pagamento do precatório (RE nº 591.085), e também para aquela referente ao período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de requisição de pequeno valor ou do precatório (RE nº 579.431). 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.”

(RE 591085 QO-RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-09 PP-01730 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 313-323)

“QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCEDIMENTOS DE IMPLANTAÇÃO DO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL OBJETO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENA APLICABILIDADE DAS REGRAS PREVISTAS NOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ATRIBUIÇÃO, PELO PLENÁRIO, DOS EFEITOS DA REPERCUSSÃO GERAL ÀS MATÉRIAS JÁ PACIFICADAS NA CORTE. CONSEQÜENTE INCIDÊNCIA, NAS INSTÂNCIAS INFERIORES, DAS REGRAS DO NOVO REGIME, ESPECIALMENTE AS PREVISTAS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC (DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE OU RETRATAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA). RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA RELATIVO AOS JUROS DE MORA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E DA EXPEDIÇÃO DO REQUISITÓRIO, DADA A SUA EVIDENTE RELEVÂNCIA. ASSUNTO QUE EXIGIRÁ MAIOR ANÁLISE QUANDO DE SEU JULGAMENTO NO PLENÁRIO. DISTRIBUIÇÃO NORMAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PARA FUTURA DECISÃO DE MÉRITO. 1. Aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou de jurisprudência dominante. 2. Há, nessas hipóteses, necessidade de pronunciamento expresse do Plenário desta Corte sobre a incidência dos efeitos da repercussão geral reconhecida para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicadas as regras do novo regime, em especial,

para fins de retratação ou declaração de prejudicialidade dos recursos sobre o mesmo tema (CPC, art. 543-B, § 3º). 3. Fica, nesse sentido, aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela renovação da discussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciais *a quo*, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário. 4. Possui repercussão geral a discussão sobre o tema do cabimento de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório, dada a sua evidente relevância. Assunto que exigirá maior análise em futuro julgamento no Plenário. 5. Questão de ordem resolvida com a definição do procedimento, acima especificado, a ser adotado pelo Tribunal para o exame da repercussão geral nos casos em que já existente jurisprudência firmada na Corte. Deliberada, ainda, o envio dos autos do presente recurso extraordinário à distribuição normal, para posterior enfrentamento de seu mérito.”

(RE 579431 QO, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 13/03/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-09 PP-01809)

Da sua parte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.143.677/RS, representativo de controvérsia, na forma do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, consagrou orientação pela não incidência de juros moratórios entre a data de elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor. A ementa assim restou construída:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA- E. APLICAÇÃO.

1. A Requisição de pagamento de obrigações de Pequeno Valor (RPV) não se submete à ordem cronológica de apresentação dos precatórios (artigo 100, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), inexistindo diferenciação ontológica, contudo, no que concerne à incidência de juros de mora, por ostentarem a mesma natureza jurídica de modalidade de pagamento de condenações suportadas pela Fazenda Pública (Precedente do Supremo Tribunal Federal: AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

2. A Lei 10.259/2001 determina que, para os efeitos do § 3º, do artigo 100, da CRFB/88, as obrigações de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, compreendem aquelas que alcancem a quantia máxima de 60 (sessenta) salários mínimos (§ 1º, do artigo 17, c/c o *caput*, do artigo 3º, da Lei 10.259/2001).

3. O prazo para pagamento de quantia certa encartada na sentença judicial transitada em julgado, mediante a Requisição de Pequeno Valor, é de 60 (sessenta) dias contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, sendo certo que, desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão (artigo 17, *caput* e § 2º, da Lei 10.259/2001).

4. A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a Súmula Vinculante 17, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete: ‘Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.’ 5. Conseqüentemente, os juros moratórios não incidem entre a data da

elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força da princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

6. A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV (AgRg no REsp 1.116.229/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1.135.387/PR, Rel.

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 19.10.2009; REsp 771.624/PR, Rel.

Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 25.06.2009; 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; AgRg no Ag 750.465/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; e REsp 955.177/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 07.11.2008).

7. A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

8. Destarte, incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (*Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel.

Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

9. Entrementes, ainda que a conta de liquidação tenha sido realizada em período em que aplicável a Taxa Selic como índice de correção monetária do indébito tributário, impõe-se seu afastamento, uma vez que a aludida taxa se decompõe em taxa de inflação do período considerado e taxa de juros reais, cuja incompatibilidade, na hipótese, decorre da não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, no prazo legal, da requisição de pequeno valor - RPV.

10. Consectariamente, o índice de correção monetária aplicável aos valores constantes da RPV, quando a conta de liquidação for realizada no período em que vigente a Taxa Selic, é o IPCA-E/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), à luz do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 242/2001 (revogada pela Resolução 561/2007).

11. A vedação de expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago mediante Requisição de Pequeno Valor tem por escopo coibir o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e,

em parte, por precatório (artigo 100, § 4º, da CRFB/88, repetido pelo artigo 17, § 3º, da Lei 10.259/2001), o que não impede a expedição de requisição de pequeno valor complementar para pagamento da correção monetária devida entre a data da elaboração dos cálculos e a efetiva satisfação da obrigação pecuniária.

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: 'Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.' 13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (destaquei)

(REsp 1143677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010)

Anoto, por oportuno, que o entendimento exarado pela Corte Especial, em sede do referido recurso representativo de controvérsia (REsp nº 1.143.677/RS), vem sendo aplicado como paradigma também para a hipótese de expedição de precatório, indistintamente: AgRg no REsp 1145598/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011; REsp 1259028/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 25/8/2011.

Na mesma esteira, colaciono os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, PARÁGRAFO PRIMEIRO, CPC. PRECATÓRIO PRINCIPAL PAGO DENTRO DO PRAZO CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA INDEVIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL E RESOLUÇÕES DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. Nos termos do Artigo 557, *caput*, do CPC, está o relator autorizado a 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. Não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime.

II. O Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros de mora entre a data da expedição e a data do pa-

gamento do precatório (RE 591085), bem como no período compreendido entre a elaboração da conta definitiva e a expedição do precatório (AI 713551). Também a hipótese já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1143677/RS, em acórdão submetido ao regime do Artigo 543-C do Código de Processo Civil.

III. *In casu*, o precatório foi pago dentro do prazo constitucionalmente previsto, o que afasta a inclusão de juros de mora.

IV. Quanto à correção monetária, deve prevalecer a forma de cálculo determinada pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como pelas normas expedidas pelo Conselho da Justiça Federal, os quais determinam atualmente a aplicação do IPCA-E (Portaria nº 268 do CJF).

V. Agravo desprovido.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0095329-10.2006.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/08/2015) “AGRAVO LEGAL - CONSTITUCIONAL - REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR - JUROS EM CONTINUAÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA, QUE OCORREU *IN CASU* COM O TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, E A EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO.

1. Não incidem juros de mora entre a data da elaboração da conta, que ocorreu *in casu* com o trânsito em julgado dos embargos à execução, e a expedição do precatório complementar ou da requisição de pequeno valor - RPV (AgRg no REsp nº 1.163.558/RS, REsp 1.112.568, REsp 1.143.677, AgRg no REsp 1.222.648, AgRg no REsp 1.057.795, AgRg no REsp 1.161.330, AgRg no REsp 1.237.154 e AgRg 1.169.730).

2. Agravo legal a que dá provimento.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0042494-40.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 02/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2013)

Destarte, observado o prazo constitucional, como é o caso em tela, não há que se falar em incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e a expedição de requisição de pequeno valor ou do precatório complementar.

Isto posto, com supedâneo no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

Como é bem de ver, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela não incidência de juros moratórios entre a data da expedição de precatório judicial e a data do efetivo pagamento, bem como no período compreendido entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, quando observado o prazo estabelecido na Constituição Federal, porquanto não restaria caracterizado o inadimplemento. O Pleno da Corte Suprema, inclusive, proclamou a existência de repercussão geral quanto à matéria (RE's nºs 591.085 e RE nº 579.431), o que, todavia, conforme dito alhures, não determina o sobrestamento do presente feito.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no julgamento do REsp nº 1.143.677/RS, representativo de controvérsia (CPC de 1973, art. 543-C), consagrou orientação pela não incidência de juros moratórios entre a data de elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor.

Acrescento, por pertinente, que o entendimento exarado pela Corte Especial, em sede do referido recurso representativo de controvérsia (REsp nº 1.143.677/RS), vem sendo aplicado como paradigma também para o período existente entre a data da expedição de precatório e aquela do efetivo pagamento, indistintamente.

Nesse diapasão, observado o prazo constitucional, como é o caso em apreço, indevida a incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e a expedição de requisição de pequeno valor ou de precatório complementar.

De rigor, portanto, a manutenção da decisão monocrática agravada.

Isto posto, *nego provimento* ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0404968-18.1997.4.03.6103
(2004.03.99.039992-0)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: PAULO CARVALHO CORTEZ JUNIOR E TELMA NATAL CORTEZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: AC 993476
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2016

EMENTA

PROCESSO CIVIL - SFH - REVISÃO CONTRATUAL - UNIÃO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - JULGAMENTO *EXTRA E CITRA PETITA* - JUROS DE MORA - NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - TAXA REFERENCIAL.

1. Consoante precedentes jurisprudenciais, a União não dispõe de legitimidade para figurar no polo passivo de ações propostas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, sendo a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL a parte legítima nestas ações, inclusive nos contratos com cobertura pelo FCVS.

2. É reconhecida a nulidade parcial da sentença por vício de julgamento *extra petita*, vez que houve decisão sobre matéria que não foi objeto de pedido deduzido na petição, como substituição da TR pelo INPC, pedidos de incorporação e compensação. Afastada, contudo, a alegação de julgamento “*extra petita*” em relação a revisão do seguro obrigatório, por constar da inicial, bem como sobre a condenação dos juros de mora de 0,5%, enquanto consectário legal da condenação, que possui natureza de ordem pública e, por isso, pode ser analisado até mesmo de ofício, não necessitando pedido na inicial.

3. *Citra petita* é a decisão que julga alguém do pleiteado, sendo, portanto, sentença nula. Interpretação extensiva, porém, do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, que possibilita a apreciação, em situações excepcionais, pela Segunda Instância.

4. Os contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), assinados sob a égide da Lei 8.177/91, permitem o reajuste das prestações atrelado à evolução salarial do mutuário, indexado, contudo, ao fator de atualização da remuneração básica das cadernetas de poupança, nos termos do art. 1º da Lei 8.100/90, combinado com o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.177/91. Para que haja reajustamento das prestações pelo mesmo percentual do aumento salarial do mutuário, indispensável a comprovação perante o agente financeiro, o que não foi demonstrado nos presentes autos, levando a crer que tudo quanto está pactuado entre as partes ou que decorre de lei está sendo garantido.

5. A aplicação da TR aos contratos do sistema financeiro da habitação foi afastada por decisão do STF somente nos casos em que houve determinação legal de substituição compulsória do índice anteriormente pactuado pelas partes, a fim de proteger o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Desta feita, mostra-se possível a incidência da TR (índice básico de remuneração dos depósitos de poupança), quando decorrer de

cláusula estabelecida pelos contratantes. A exclusão da TR somente seria possível na hipótese do contrato prever índice específico para atualização monetária, sem vincular o financiamento à caderneta de poupança.

6. Sentença anulada apenas na parte *extra petita*. Apelação parcialmente provida. Condenação da parte autora no pagamento de honorários advocatícios à ré.

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, *julgar parcialmente provida a apelação da ré para anular a sentença apenas na parte extra petita (substituição da Taxa Referencial pelo INPC, incorporação das parcelas vencidas ao saldo devedor e direito à compensação), julgando-se improcedente a ação, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC/73, com condenação da parte autora no pagamento de honorários advocatícios a ré, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.*

São Paulo, 28 de março de 2016.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte ré contra a sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados por Telma Natal Cortez relativos à revisão de contrato firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e concedeu o reajuste das prestações pelo PES/CP, substituição da TR pelo INPC, compensação dos valores pagos a maior com as prestações ainda não pagas, incorporação das prestações vencidas ao saldo devedor, exclusão do nome da parte autora do cadastro de inadimplentes e declarou a inconstitucionalidade do Decreto-lei 70/66 no que se refere à execução extrajudicial. Condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios à parte autora, fixados em 10% sobre os valores pagos a maior, corrigidos e acrescidos de juros de 0,5% ao mês.

Em suas razões de apelação a parte ré reitera eventual agravo retido interposto, argui preliminar de litisconsórcio passivo necessário com a União e alega julgamento *extra petita*. No mérito, requer que a ação seja julgada improcedente, vez que baseada em laudo pericial viciado.

Com as contrarrazões vieram os autos ao Tribunal.

É o breve relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Verifico, inicialmente, que não foi interposto nestes autos agravo retido, ficando prejudicado o pedido da apelante.

Não procede a alegação de existência de litisconsórcio passivo necessário entre Caixa Econômica Federal e UNIÃO FEDERAL.

Trata-se aqui de litígio entre mutuário e mutuante na interpretação de contrato e da legislação que rege o sistema financeiro da habitação e que deve ser dirimido sem a presença da UNIÃO que não terá qualquer relação jurídica afetada por esta demanda.

Sobre o assunto a jurisprudência é absolutamente pacífica:

PROCESSO CIVIL - RECURSOS ESPECIAIS DA UNIÃO E DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - REAJUSTE DE PRESTAÇÕES - AÇÃO PROPOSTA POR MUTUÁRIOS CONTRA A UNIÃO FEDERAL E A CEF - PRETENDIDA ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DA UNIÃO - ALEGADA VULNERAÇÃO AOS ARTIGOS 130 E 420, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INCONFORMISMO QUANTO AO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE DA UNIÃO FEDERAL PARA FIGURAR NA RELAÇÃO PROCESSUAL, RAZÃO PELA QUAL OS RECORRIDOS FICAM CONDENADOS NAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CAUSA. QUANTO AO RECURSO ESPECIAL AJUIZADO PELA CEF, NÃO MERECE CONHECIMENTO.

- É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a União não tem legitimidade para ser ré nas ações propostas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, porque a ela não foram transferidos os direitos e obrigações do BNH, mas tão-somente à CEF.

- A análise da pretensão deduzida pela CEF, significa penetrar em matéria probatória, cujo exame já foi exaustivamente realizado pela instância ordinária. Na via estreita do recurso especial, esse objetivo encontra a vedação do enunciado da Súmula nº 7 deste Sodalício.

- O recurso especial da CEF alega afronta aos artigos 130 e 420, todos do CPC, enquanto a Corte de origem se pronunciou acerca do art. 333 do estatuto processual. A oposição de embargos de declaração não possuiu a força de provocar o pronunciamento do Juízo ordinário. Tal circunstância repercute na ausência do questionamento prévio, exigível para o recurso especial.

- A título de argumentação, cumpre lembrar que a matéria trazida pela CEF já foi objeto de percuente análise por este colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP nº 76.389-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJ de 07.10.96, ao consignar que “o ônus da prova é da parte (art. 333, CPC), sendo o juiz destinatário, incumbe-lhe verificar da sua necessidade, ou não, e suficientemente demonstrados os fatos, aptos à aplicação do direito, como titular do poder instrutório pode antecipar o julgamento da lide (art. 330, I, CPC), sem a configuração do cerceamento de defesa”.

- Preliminar de ilegitimidade de parte da União Federal para figurar na relação processual acolhida. Recurso da União conhecido e provido.

- Recurso da Caixa Econômica Federal não conhecido.

Decisão unânime. (RESP 97943/BA, DJ de 18/02/2002, pág. 280, Relator Min. FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma).

Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação-SFH. Reajuste de Prestações. Caixa Econômica Federal. União Federal. Legitimidade Passiva *ad causam*. Decretos-Leis 2.291/86 e 19/66. Lei 4.380/64 (art. 5º). Lei 5.107/66 (art. 1º). Decretos-Leis nºs 2.045/83, 2.065/83 e 2.164/84. 1. Apenas a Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual de ação movida para o exame do critério e a legalidade de reajuste de prestações da casa própria, adquirida com financiamento de recursos do SFH (Decreto-Lei nº 2.291/86, arts. 5º ao 8º).

2. Iterativos precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso parcialmente provido. (RESP 199620/PE, DJ de 25/02/2002, pág. 212, Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA, Primeira Turma, v. u.)

A decisão aqui proferida terá efeitos exclusivamente sobre a relação jurídica pactuada entre a parte autora e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. Daí porque não se pode falar em litisconsórcio passivo necessário.

Há de se declarar a nulidade parcial da r. sentença, com fulcro no art. 460 do CPC, uma vez que a sentença *extra petita* julgou pedido não contido na inicial.

Verifica-se que o pedido da parte autora restringe-se a atualização das prestações pelo Plano de Equivalência Salarial (PES), recálculo das prestações de março a julho de 1994 (Plano Real), em face da inexistência de aumento salarial, impossibilidade de cumulação da Taxa Referencial sobre o saldo devedor + 3% de juros, exclusão do nome da parte autora do cadastro de inadimplentes, abstenção da ré na execução extrajudicial pelo Decreto-lei 70/66 e repetição dos valores pagos a maior.

Contudo, em primeiro grau, a decisão monocrática julgou, além dos pedidos contidos na inicial, a substituição da TR pelo INPC, compensação dos valores pagos a maior com as prestações vincendas, incorporação das prestações vencidas ao saldo devedor.

Como se vê, a r. sentença padece de vício, haja vista que o MM. Juiz *a quo* condenou o réu além do que fora pedido na inicial, afrontando, portanto, ao disposto no art. 460, CPC, que estabelece: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Vale ressaltar que tal vício não repercute na nulidade absoluta da decisão singular, de forma que há que adequá-la aos limites do pedido, em respeito ao princípio da economia processual. É assim que a jurisprudência tem entendido:

A sentença *ultra petita* é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado. Precedente. Recurso Especial conhecido em parte. (STJ - REsp 263829/SP - 6ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJ 18.02.2002 - p. 526).

Destarte, reformo a r. sentença, a fim de adequá-la aos contornos do pedido trazido com a inicial, sendo nula a decisão, quanto à incorporação, compensação, revisão do seguro e substituição da TR pelo INPC, visto que tal comando não constitui objeto da pretensão da parte autora como foi deferido.

Afasto, contudo, a alegação de julgamento “*extra petita*” em relação a revisão do seguro obrigatório por constar da inicial (fl. 06), bem como a condenação da ré dos juros de mora de 0,5%, enquanto consectário legal da condenação, que possui natureza de ordem pública e, por isso, pode ser analisado até mesmo de ofício, não necessitando pedido na inicial.

Em análise da sentença proferida, é possível observar que não houve apreciação do pedido de recálculo das prestações de março a julho de 1994 (Plano Real), em face da inexistência de aumento salarial, o que se constitui em um típico caso de sentença *citra petita*.

Em que pese a falta de congruência entre a petição inicial e a sentença proferida, não é o caso de reconhecimento de nulidade pela omissão de julgamento de todos os pedidos. Isso porque, em situações como a presente, em que há plenas condições de ser julgada a demanda, e

por se tratar inclusive de procedimento que dispensa dilação probatória, demonstra-se cabível, por analogia, a aplicação do *artigo 515, § 3º*, do Código de Processo Civil/73, que possibilita adentrar-se ao mérito nesta esfera, como passo a proceder.

Não houve, por ocasião da conversão dos valores em URV, qualquer quebra das regras legais ou contratuais. A Unidade Real de Valor, foi instituída pela Medida Provisória 434/94, posteriormente convertida na Lei 8880/94, com a finalidade de servir provisoriamente como padrão de valor monetário até a futura emissão do Real, garantindo que essa então futura moeda deixasse de sofrer os efeitos naturais do resíduo inflacionário decorrente dos diversos planos econômicos estabelecidos no país.

Determinou a lei, em seu art. 18, que o salário mínimo fosse convertido em URV no dia 1º de março de 1994, mediante a divisão do valor nominal vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994 pelo valor em cruzeiros reais equivalente em URV do último dia de cada um desses meses, extraíndo-se, então, a média aritmética de tais valores.

Insiste a parte autora que tal procedimento implicou a redução substancial dos salários, fato desconsiderado pelo mutuante, que, de outro lado, reajustou as prestações de março a junho de 1994, pela variação da paridade entre cruzeiros real e URV, antes mesmo de qualquer reajuste de salários. Assim, a metodologia aplicada pelo agente financeiro, nos termos da Resolução BACEN 2.059/94, afronta as normas previstas na legislação que rege o sistema financeiro da habitação.

A Resolução BACEN 2.059/94 regulamentou a matéria nos seguintes termos:

Art. 1º Estabelecer que, nos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) vinculados a equivalência salarial, deverão ser repassados, as prestações que tenham o mês de marco do corrente ano como mês de referência, os percentuais de reajuste correspondentes a variação, em cruzeiros reais, verificada entre o salário do mês de fevereiro e o salário do próprio mês de marco, este calculado na forma da Medida Provisória nº 434, de 27.02.94. Parágrafo único. Para fins do cálculo referido neste artigo, considerar-se-á o último dia do mês como o do efetivo pagamento do salário do mutuário.

Art. 2º Determinar que os reajustes subsequentes das prestações serão efetuados com base na variação da paridade entre o cruzeiro real e a Unidade Real de Valor (URV) verificada entre o último dia do mês anterior ao mês de referência e o último dia daquele próprio mês.

Art. 3º Na aplicação dos reajustes de que trata esta Resolução, deverá ser observada a carência contratualmente prevista.

Art. 4º Aos mutuários cujo reajuste de prestação, em cruzeiros reais, eventualmente for superior ao aumento salarial efetivamente percebido, permanece facultada a solicitação de revisão da prestação, na forma da legislação vigente.

Art. 5º O Banco Central do Brasil poderá adotar as medidas e baixar as normas necessárias a execução desta Resolução.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Observa-se que a Resolução 2.059/94 determinou que os contratos que tivessem o mês de março como mês de referência teriam suas prestações reajustadas nos termos da metodologia estabelecida na Medida Provisória 434/94, utilizada para a conversão dos salários em URV. Equivale isto a dizer que não haveria qualquer desigualdade nas fórmulas de conversão de salários e reajuste de prestações, garantindo-se, desta maneira, a preservação da equivalência salarial.

Quanto aos meses subsequentes, a mencionada Resolução determinou que os reajustes

da prestações acompanhassem rigorosamente a variação da paridade entre o cruzeiro real e a URV. Essa correlação determinada no ato normativo assegurou, em tese, a completa vinculação entre a renda e a prestação, nos termos em que foi contratualmente estabelecida.

Não bastasse isso, a Resolução ainda contém dispositivo que ressalva expressamente a possibilidade de solicitação de revisão da prestação, na forma da legislação vigente, aos mutuários cujo reajuste de prestação, em cruzeiros reais, for superior ao aumento salarial efetivamente percebido. Tal disposição torna inconsistente qualquer alegação de vício decorrente da preservação de direitos assegurados pela legislação anterior ou pelas regras contratualmente estabelecidas.

E nos termos do contrato e da legislação específica do sistema financeiro da habitação, caberia aos mutuários, em cada caso concreto, comprovar perante o agente financeiro que o reajuste da prestação foi superior ao devido, considerando-se o aumento salarial que tiveram no período e formular, então, a revisão dos valores das mensalidades, procedimento esta não instaurado pelos interessados.

Quanto à revisão dos valores de prestações e saldo devedor do contrato de mútuo hipotecário, cumpre ressaltar, de início, que ele foi firmado sob a égide da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Esta lei permite o reajuste das prestações atrelado à evolução salarial do mutuário, indexado, contudo, ao fator de atualização da remuneração básica das cadernetas de poupança.

Assim, em tal sistema, na data do aniversário do contrato de mútuo, o valor da prestação mensal é reajustado mediante a aplicação do percentual que resultar da variação da remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança, acrescidos do percentual relativo ao ganho real de salário. É precisamente o que resulta do disposto no art. 1º da lei 8.100, de 05 de dezembro de 1990, combinado com o § 2º do art. 18 da lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Art. 1º As prestações mensais pactuadas nos contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação do percentual que resultar:

I - da variação: até fevereiro de 1990, do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e, a partir de março de 1990, o valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional (BTN);

II - do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário (Lei 8100/90).

Art. 18 - ...

§ 2º Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de Depósitos de Poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos (Lei 8177/91).

Não há, portanto, no que diz respeito à aplicação dos índices de atualização das prestações e do saldo devedor, qualquer impedimento para a contratação de cláusula de atualização pela remuneração básica das cadernetas de poupança, como ocorreu no caso aqui tratado.

O contrato aqui discutido, no que se refere ao respeito à equivalência salarial, encontra-se regido pela lei 8.100/90, que dispõe:

Art. 2º Ao mutuário, cujo aumento salarial for inferior à variação dos percentuais referidos no *caput* e 1º do artigo anterior, fica assegurado o reajuste das prestações mensais em per-

centual idêntico ao do respectivo aumento salarial, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro.

Observa-se que há possibilidade de a parte autora fazer valer seu direito ao reajustamento das prestações pelo mesmo percentual de seu aumento salarial. Contudo, é indispensável que efetue a comprovação perante o agente financeiro.

No caso dos autos, cabe salientar que a autora não comprovou haver formulado tal pedido perante o agente financeiro. Equivale isto a dizer que se deve presumir que tudo o quanto está pactuado entre partes ou decorre de lei está sendo garantido à autora.

O que pretende a autora, entretanto, é coisa diversa: o reajustamento automático das prestações e do saldo devedor no mesmo percentual e data de seu aumento salarial.

Note-se que para os contratos firmados após fevereiro de 1991, ou seja, depois da edição da lei 8.177/91, não mais se pode cogitar da aplicação do PES/CP - Pleno, nos quais o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente. Esse sistema foi instituído pelo Decreto-lei 2.164/84, porém não é aplicável desde a edição da Lei 8.004, de 14 de março de 1990, que introduziu modificações na legislação anterior.

O contrato em questão foi firmado já sob as regras do PES/CP, com reajustes mensais e acerto na data-base. Não há, portanto, qualquer reparo a ser feito no procedimento adotado pelo agente financeiro.

No que se refere à Taxa Referencial - TR, não assiste razão à parte autora. É que a aplicação da TR aos contratos do sistema financeiro da habitação foi afastada por decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 493, somente nos casos em que houve determinação legal de substituição compulsória do índice anteriormente pactuado pelas partes. Visou a decisão a proteger o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Não houve, contudo, qualquer decisão que tivesse como fundamento a impossibilidade de utilização desse índice para os contratos de financiamento imobiliário.

Assim, mostra-se possível a incidência da TR (índice básico de remuneração dos depósitos de poupança), quando decorrer de cláusula estabelecida pelos contratantes.

A confirmar explicitamente esse entendimento está a decisão proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 175.678, assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETARIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.

I. - 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, e que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente a 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.

II. - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR. III. - R.E. não conhecido. (RE 175678/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 04/08/95, pág. 22549).

Conclui-se, portanto, que havendo cláusula contratual determinando - como é regra geral dos financiamentos do SFH -que o saldo devedor seja reajustado pelo índice da caderneta de poupança, nada impede a manutenção dessa indexação, a exemplo do que ocorreu nas anteriores mudanças de critérios de atualização da caderneta de poupança. Em sendo assim, aplica-se a Taxa Referencial. A exclusão da Taxa Referencial somente seria possível na hipótese do contrato prever índice específico para atualização monetária, sem vincular o financiamento à caderneta de poupança.

Particularmente quanto às prestações, estas são reajustadas diferenciadamente, mas não em virtude da inaplicabilidade da Taxa Referencial ao contrato de financiamento, mas sim em função do próprio critério de reajuste das prestações (plano de equivalência salarial, plano de comprometimento de renda, plano gradiente etc.).

Não há, pois, qualquer vedação legal para a utilização da TR como fator de atualização monetária dos valores relativos aos financiamentos imobiliários.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação da ré para anular a sentença apenas na parte extra petita (substituição da Taxa Referencial pelo INPC, incorporação das parcelas vencidas ao saldo devedor e direito à compensação) e julgo improcedente a ação, nos termos do art. 269, I do CPC/73, condenado a parte autora no pagamento de honorários advocatícios à ré, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).*

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0016506-32.2000.4.03.0000

(2000.03.00.016506-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessado: JOSE DONIZETE DIAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: EI 1087

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2016

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. JULGAMENTO MONOCRÁTICO NOS TERMOS DO ARTIGO 557 DO CPC/1973. AGRAVO LEGAL. DESNECESSIDADE DE UNANIMIDADE JURISPRUDENCIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO NÃO SE RESTRINGE A MATÉRIAS EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. ERRO DE FATO DEVE SER AFERIDO A PARTIR DA ANÁLISE DO JULGADO RESCINDENDO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAL E PREVIDENCIÁRIO. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

1 - A Terceira Seção do Tribunal Regional entende possível o julgamento monocrático de Embargos Infringentes, com base na sistemática prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973.

2 - O julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, não se restringe a matérias exclusivamente de direito, além de não necessitar de unanimidade jurisprudencial, desde que a decisão monocrática esteja alinhada ao entendimento majoritário das Cortes pátrias.

3 - O erro de fato é aferível a partir do julgado rescindendo e não com base no voto que julgou improcedente a Ação Rescisória.

4 - Impossibilidade de cumulação de benefícios assistencial e previdenciário é matéria que refoge do âmbito da divergência devolvida pelos Embargos Infringentes, mas está prevista em lei e deverá ser observada quando da execução do julgado.

5 - O Órgão Colegiado deve abster-se de modificar a decisão do Relator, quando devidamente fundamentada e que não padeça dos vícios de ilegalidade e abuso de poder, capazes de gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

6 - Negado provimento ao agravo legal.

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, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo interposto às fls. 147/152 pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, acompanhado dos documentos acostados às fls. 153/155, em face da decisão monocrática proferida às fls. 132/145, que negou provimento aos Embargos Infringentes, a fim de manter o acórdão proferido pela Primeira Seção desta Corte, que julgou procedente a rescisória e, em juízo rescisório, condenou a autarquia previdenciária ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural a Benedita Aparecido Pinheiro Bueno (fls. 88/101).

A segurada BENEDITA APARECIDA PINHEIRO ajuizou a presente Ação Rescisória, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil de 1973, a fim de que, rescindido o julgado primitivo, lhe fosse concedido o benefício de aposentadoria por idade rural.

A Primeira Seção desta Corte, por maioria, julgou procedente a rescisória a fim de rescindir o acórdão objurgado e condenar “o INSS ao pagamento do benefício, de natureza alimentícia, aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo mensal, a partir da data da citação”. (fls. 88/89 e 96/101).

Na oportunidade, o voto majoritário consignou acerca do erro de fato que “no caso em tela, a autora apresentou cópia da certidão de casamento, acostada a fls. 10, na qual o cônjuge declara-se lavrador, pelo menos desde 1967, data do matrimônio. Presume-se que a mesma o tenha auxiliado nas lides rurais, fato costumeiro na região agrícola. Referida certidão já havia sido trazida aos autos quando do ajuizamento da ação ordinária, não tendo, entretanto, o acórdão que ora se pretende rescindir mencionado tal prova. Considerando que o entendimento da Primeira Turma desta Corte é no sentido de admitir-se a certidão de casamento, onde conste a profissão de lavrador do marido, como início de prova material, conclui-se que, por equívoco referida prova foi desconsiderada quando do julgamento da apelação. O próprio STJ já pacificou o entendimento de que se a certidão fora trazida juntamente com a petição inicial, embora não reconhecida no julgamento do apelo, resta caracterizado o erro de fato, de acordo com os arestos, ‘in verbis’: (...) No caso dos autos, verifica-se, pois, a existência de erro de fato no julgado, uma vez que a certidão já havia sido juntada nos autos da ação principal” (fls. 97/98).

Por seu turno, o voto vencido, de lavra do eminente Desembargador Federal Theotonio Costa, explicitou que “Como é cediço, a demonstração do exercício de atividade rurícola pode ser realizada através da conjugação do início razoável de prova material com a oitiva de testemunhas. Ora, na espécie, entendo que o documento que serviria de fundamento para complementar a prova testemunhal - a certidão de casamento em que o marido da autora aparece qualificado como lavrador - não se presta a servir como bom indício a ser complementado por depoimentos testemunhais. E assim é porque o documento em pauta espelha uma situação antecedente - o marido, à época do casamento, era rurícola - e, para que servisse ao propósito da autora, haveria de ser presumir que, a partir de então, a autora também passou a trabalhar como lavradora. Ocorre que a simples presunção não se equipara, como é cediço, ao início razoável de prova material exigido legalmente para a demonstração do efetivo exercício das lides rurais. Por tais fundamentos, segundo entendo, a questão aqui se resolve da mesma forma daquela agitada na ação originária: a prova exclusivamente testemunhal não basta para a comprovação de que a autora exerceu, por tempo mínimo suficiente, atividade rurícola vinculada à Previdência Social que a habilitasse à obtenção da aposentadoria por idade que pleiteia. Em suma, a meu sentir, é de se concluir pelo não cumprimento do requisito posto no artigo 485, IX, do C.P.C., a autorizar a rescisão do respeitável aresto aqui atacado.” (fl. 109).

Inconformada, a autarquia previdenciária opôs Embargos Infringentes às fls. 115/120.

A decisão monocrática, ora agravada, NEGOU SEGUIMENTO aos Embargos Infringentes, sob o fundamento de que restou “caracterizada, pois, a hipótese de rescisão do acórdão rescindendo pelo inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, já que configurado erro de fato, ante a não valoração suficiente das provas inseridas nos autos originários, sendo correta, portanto, a orientação fixada no voto vencedor” (fls. 132/145).

Nas razões do agravo, o INSS alega inicialmente que “consoante se verifica dos documentos em anexo, a Autora faleceu em 31.07.2010, em gozo de benefício assistencial (benefício deferido em 03.05.00). Com efeito, de rigor a conversão do julgamento em diligência, determinando a intimação do I. Patrono da Autora, a fim de que promova a regularização do polo ativo da presente demanda, fazendo incluir os herdeiros e ou sucessores da falecida, sob pena de extinção do feito, sem julgamento de mérito” (fl. 147 verso).

Prossegue o ente previdenciário, alegando a impossibilidade de aplicação da regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, pois “em se tratando de embargos infringentes, em face da divergência apresentada quando da prolação da decisão colegiada, há uma necessidade intrínseca de julgamento por novo órgão colegiado” (fl. 149 verso). Assevera que “por força do princípio da hierarquia das normas, a alteração produzida no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região pela Emenda Regimental 12/2012, permitindo o julgamento dos Embargos Infringentes com base no disposto no artigo 557, do Código de Processo Civil, não altera a situação de fato.” (fl. 149 verso).

Também aduz que ainda que fosse possível proceder ao julgamento do recurso, utilizando-se da sistemática prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, “no caso dos autos, verifica-se que houve divergência no julgado recorrido, o que afasta a possibilidade de aplicação da regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil” e que “somente é possível a aplicação da regra prevista no artigo 557, do Código de Processo Civil, quando o julgamento se dá em relação a matéria exclusivamente de direito com aplicação de jurisprudência consolidada” (fls. 149 verso/150).

No mérito, afirma que “contrariamente ao que pretende fazer crer a r. decisão agravada, a r. decisão rescindenda, embora não tenha mencionado de forma expressa, considerou que a certidão de casamento apresentada pela Autora quando do ajuizamento da lide primitiva, não atendia ao conceito de razoável início de prova material a demonstrar o labor rural por ela desenvolvido, no período legalmente exigido” (fl. 151 verso). Assim, segundo a autarquia agravante “houve a apreciação de todas as questões e provas trazidas em juízo, não havendo que se falar em ocorrência de erro de fato”, já que não “houve admissão de fato inexistente ou inadmissão de fato existente por parte da r. decisão rescindenda” (fl. 152 verso).

Por fim, consigna que “a documentação encartada demonstra que a Autora esteve em gozo de benefício assistencial, no período de 03.05.00 a 31.07.2010. Dessa forma, em respeito as regras trazidas pelo artigo 20, § 4º, da Li 8.742/93 e artigos 368/ a 380 e 884 a 886, do Código Civil, de rigor a compensação entre os valores devidos em razão da presente condenação e pagos na via administrativa, evitando-se o enriquecimento injusto pro patê (sic) da Autora” (fls. 152/152 verso).

O despacho proferido à fl. 157 determinou que se procedesse à habilitação dos herdeiros da autora, tendo em vista seu óbito em 19.09.2010.

Após regular trâmite, sobreveio a decisão acostada às fls. 187/188, homologando a habilitação de JOSÉ DONIZETE DIAS.

O agravo foi protocolado tempestivamente.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Não procede a insurgência do agravante.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Cuida-se de Embargos Infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 115/120) em face do v. acórdão prolatado pela Egrégia Primeira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 96/101), que, por maioria de votos, julgou procedente a Ação Rescisória e, em novo julgamento do feito subjacente, condenou o INSS ao pagamento de aposentadoria por idade rural à Benedita Aparecida Pinheiro Bueno. Vencido o Desembargador Federal Theotonio Costa, que julgava o feito improcedente.

A presente Ação Rescisória foi ajuizada por Benedita Aparecida Pinheiro Bueno com supedâneo no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que o acórdão proferido no processo primitivo incorreu em erro de fato, porquanto não levou em consideração prova material carreada ao feito originário, consubstanciada na certidão de casamento em que consta a profissão de seu marido como lavrador.

O julgado proferido pela Primeira Seção deste Tribunal restou ementado da seguinte forma (fls. 100/101):

“PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - APOSENTADORIA POR IDADE - RURÍCOLA - ISENÇÃO DE CARÊNCIA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - INÍCIO DE PROVA MATERIAL - CERTIDÃO DE CASAMENTO - DOCUMENTO NÃO CONSIDERADO QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO - ERRO DE FATO - TERMO INICIAL - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Os requisitos necessários à obtenção do benefício aposentadoria por idade ao rurícola são o limite mínimo de idade e a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, em número de meses idêntico à carência do referido benefício, ainda que descontínuos.

2. Preenchido o requisito de idade e comprovado nos autos o requisito de exercício de atividade laboral rural, é de se conceder o benefício aposentadoria por idade.

3. A prova testemunhal, quando acompanhada de um início de prova material, é suficiente para comprovação de atividade rurícola. Precedentes na Corte.

4. Verifica-se a ocorrência de erro de fato no acórdão que deixou de apreciar prova material consistente em certidão de casamento da autora, onde consta a profissão de lavrador de seu marido. Acórdão que se rescinde.

5. O termo inicial do benefício é de ser fixado a partir da citação.

6. Os juros de mora são incidentes a partir da citação à ordem de 6% ao ano. Arts. 1.062 e 1.536, § 2º, CC, c.c. art. 219, CPC.

7. A correção monetária incidirá desde o momento que passaram a ser devidas as parcelas, nos termos da Lei 6.899/91, conjugando-se os enunciados nº 43 e 148 do STJ e Súmula nº 8 desta Corte.

8. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o montante da condenação, excluídas as parcelas vincendas. Art. 20, § 3º do CPC. Súmula 111 do S.T.J. Precedentes na Corte.

9. Revisão que se julga procedente”.

Foram opostos Embargos Declaratórios pelo ente autárquico para a juntada ao feito do voto vencido (fl. 104), o qual fora encartado às fls. 108/109.

O Instituto Nacional do Seguro Social opôs os presentes Embargos Infringentes (fls. 115/120) para que prevaleça o voto vencido. Argumenta em breve síntese, que a certidão de casamento em que o marido da autora consta como lavrador não serviria como início de prova material a ser complementado pelos depoimentos testemunhais.

Decorrido o prazo para a embargada apresentar contrarrazões (fl. 126).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento dos presentes Embargos Infringentes (fls. 129/130)

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, é necessário ressaltar não haver qualquer óbice ao julgamento monocrático de embargos infringentes, utilizando-se da sistemática do artigo 557 do Código de Processo Civil. Nenhum recurso é excepcionado pelo dispositivo em tela e sua aplicação requer tão somente a existência de súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, quando for negado seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). Porém, se o caso for de provimento do recurso, é necessário que a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Nesse sentido, são os arestos abaixo colacionados desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VALIDADE. ROUBO DE JÓIAS EMPENHADAS. INDENIZAÇÃO PELO VALOR REAL DE MERCADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO. I - Não há impedimento legal no sentido do julgamento dos embargos infringentes de forma monocrática (artigo 557 do Código de Processo Civil) pelo seu Relator. O que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda é o julgamento dos embargos infringentes pelo próprio Relator do Acórdão do recurso de apelação ou pelo mesmo órgão que apreciou aquele recurso. II - É abusiva a cláusula que prevê, em caso de extravio ou de dano do bem dado em garantia, a indenização ao índice de uma vez e meia sobre o valor da avaliação. Ademais, a avaliação unilateral, realizada por funcionários da CEF, não dispensa reexame na via judicial, na medida em que cabe ao Poder Judiciário coibir os abusos por ventura existentes em contratos de tal natureza. III - No que tange à ausência de culpa ou dolo por parte da ré, no fato que ocasionou o desaparecimento dos bens dados em garantia, não interfere em sua responsabilidade perante os autores, em virtude da sua condição de instituição financeira depositária. IV - O credor pignoratício assume o *status* de depositário dos bens empenhados, respondendo pela perda ou deterioração que a coisa vier a sofrer, salvo nas hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa da vítima. Entretanto, os casos de roubo/furto a bancos não se inserem em tais excludentes, tendo em vista que a própria natureza da atividade bancária pressupõe a prevenção contra tais riscos, cabendo à instituição financeira tomar as medidas necessárias para evitar a ocorrência desses eventos. V - Preliminar de nulidade do julgamento monocrático rejeitada. Recurso desprovido”. (EI 00216797020004036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei) “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)

“AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES JULGADOS MONOCRATICAMENTE - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - PRESENÇA DE CONDIÇÕES LEGAIS PARA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO - RELAÇÃO DE EMPREGO DA FARMACÉUTICA, RESPONSÁVEL TÉCNICA, PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 5.991/73 - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA - AGRAVO IMPROVIDO. 1. O agravo regimental interposto deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil em observância ao princípio da fungibilidade recursal. 2. *O art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente qualquer recurso - e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça - desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante em Tribunais Superiores; foi o caso dos autos.* 3. A embargante não logrou desconstituir o título executivo já que o fundamento (caracterização de vínculo empregatício) restou inalterado ante a falta de prova concreta em sentido contrário, uma vez que o responsável técnico pela atividade fim da empresa conforme disposição legal deve figurar como empregado da empresa. 4. O Instituto Nacional do Seguro Social possui atribuições de fiscalização inclusive no tocante ao enquadramento de supostos prestadores de serviços como segurados empregados. 5. Agravo legal improvido”. (grifei)

(EI 00039852519854036000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2010 PÁGINA: 39 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante a Emenda Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, consolidou o entendimento acima sufragado ao dispor 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.

No caso vertente, encontram-se presentes as condições necessárias para o julgamento monocrático dos Embargos Infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, visto tratar-se de matéria há muito tempo pacificada no âmbito das Cortes pátrias.

Pois bem.

Os Embargos Infringentes, a teor do que dispõe o artigo 530 do Código de Processo Civil, são cabíveis contra acórdão não unânime que tiver julgado procedente a Ação Rescisória, estando adstritos à matéria objeto da divergência.

Vale registrar que conforme pacífico entendimento desta Corte, o cabimento de Embargos Infringentes em sede de Ação Rescisória somente é possível em face de divergência no juízo rescindendo.

Nesse sentido, esta 3ª Seção já decidiu que:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO NÃO UNÂNIME SOMENTE EM SEDE DE JUÍZO RESCISÓRIO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA ENTRE AS HIPÓTESES DO ART. 530 DO CPC. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Incabível a oposição dos embargos infringentes quando o julgado não unânime se dá tão somente em sede de juízo rescisório. Precedentes.

2. Restaram expressamente indicados, no aresto rescindendo, os fundamentos para aplicação de legislação diversa daquela invocada pelo autor na ação originária, e para a concessão do benefício de aposentadoria por idade urbana e não rural, medida que, por encontrar subsídio nas máximas *iura novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus*, não dá azo à alegação de infração do princípio dispositivo, nem configura afronta ao contraditório e à ampla defesa.

3. Agravo desprovido”.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0040774-43.2006.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 11/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/04/2013) (grifei).

No caso concreto, o voto vencido dispôs em seu dispositivo pela impossibilidade da rescisão do julgado objurgado pela hipótese estampada no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, ao passo que o voto vencedor entendeu ter havido erro de fato no julgado da ação subjacente.

Na espécie, o objeto da divergência está adstrito aos limites versados no voto vencido, dizendo respeito ao próprio juízo rescindendo, especificamente quanto à existência ou não de erro de fato quando da análise da certidão de casamento da autora no julgamento do feito subjacente. A questão atinente à concessão da aposentadoria rural por idade propriamente dita, em que pese o órgão ministerial tenha aduzido integrar a divergência estabelecida, não pode ser analisada nesta via recursal, porquanto a matéria fora versada no âmbito do juízo rescisório, desbordando, portanto, das hipóteses estatuídas no artigo 530 do Código de Processo Civil. Tendo havido novo julgamento da lide originária no âmbito do juízo rescisório, os seus efeitos jurídicos passaram a integrar novamente a ação subjacente, não sendo os Embargos Infringentes, portanto, o caminho adequado para o revolvimento desta questão específica.

Esta 3ª Seção já se pronunciou nesse sentido:

“AÇÃO RESCISÓRIA - AGRAVO INTERPOSTO COM FULCRO NO ARTIGO 532 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM FACE DE DECISÃO QUE NÃO ADMITIU OS EMBARGOS INFRINGENTES. AUSENTES AS HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO DOS EMBARGOS.

- A ação rescisória foi julgada procedente à unanimidade, não se configurando, portanto, nenhuma das hipóteses de cabimento dos Embargos Infringentes previstas no artigo 530 do Estatuto Processual Civil. Não se há de admitir interpretação extensiva que ‘crie’ hipótese não prevista e tampouco há que se falar em desacordo parcial, porquanto os Doutos Julgadores à unanimidade votaram pela desconstituição do v. acórdão rescindendo, que até então estava acobertado pelo manto da coisa julgada.

- A r. decisão proferida em juízo rescisório, a que se apegava o agravante, decorre de novo julgamento da causa, com a apreciação do pedido formulado pelo requerido na ação subjacente. Sendo assim, no iudicium rescissorium, a questão debatida reside na procedência ou não do pedido formulado na ação originária. E a E. Terceira Seção desta Corte julgou procedente o requerimento de aposentadoria por idade, ainda que majoritariamente. Nesta seara, procedente é o pedido do autor (réu nestes autos) e não a ação rescisória, cuja procedência foi reconhecida à unanimidade.

- Negado provimento ao agravo”.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0009025-13.2003.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEIDE POLO, julgado em 24/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 36) (grifei).

O voto vencido de lavra do então Desembargador Federal Theotonio Costa dispôs acerca do tema o seguinte (fls. 108/109):

“(…)

Como é cediço, a demonstração do exercício de atividade rurícola pode ser realizada através da conjugação do início razoável de prova material com a oitiva de testemunhas.

Ora, na espécie, entendo que o documento que serviria de fundamento para complementar a prova testemunhal - a certidão de casamento em que o marido da autora aparece qualificado como lavrador - não se presta a servir como bom indício a ser complementado por depoimentos testemunhais.

E assim é porque o documento em pauta espelha uma situação antecedente - o marido, à época do casamento, era rurícola - e, para que servisse ao propósito da autora, haveria de se presumir que, a partir de então, a autora passou a também trabalhar como lavradora.

Ocorre que a simples presunção não se equipara, como é cediço, ao início razoável de prova material exigido legalmente para a demonstração do efetivo exercício das lides rurais.

Por tais fundamentos, segundo entendo, a questão aqui se resolve da mesma forma daquela agitada na ação originária: a prova exclusivamente testemunhal não basta para a comprovação de que a autora exerceu, por tempo mínimo suficiente, atividade rurícola vinculada à Previdência Social que a habilitasse à obtenção da aposentadoria por idade que pleiteia.

Em suma, a meu sentir, é de se concluir pelo não cumprimento do requisito posto no artigo 485, IX, do C.P.C., a autorizar a rescisão do respeitável aresto aqui atacado” (grifei).

A seu turno, o voto vencedor de lavra do então Desembargador Federal Oliveira Lima consignou que (fls. 96/99):

“(…)

No caso em tela, a autora apresentou cópia da certidão de casamento, acostada aos autos a fls. 10, na qual o cônjuge declara-se lavrador, pelo menos desde 1967, data do matrimônio. Presume-se que a mesma o tenha auxiliado nas lides rurais, fato costumeiro na região agrícola. Referida certidão já havia sido trazida aos autos quando do ajuizamento da ação ordinária, não tendo, entretanto, o acórdão que ora se pretende rescindir mencionado tal prova. Considerando que o entendimento da Primeira Turma desta Corte é no sentido de admitir-se a certidão de casamento, onde conste a profissão de lavrador do marido, como início de prova material, conclui-se que, por equívoco, referida prova foi desconsiderada quando do julgamento da apelação.

O próprio STJ já pacificou o entendimento de que se a certidão fora trazida juntamente com a petição inicial, embora não reconhecida no julgamento do apelo, resta caracterizado o erro de fato, de acordo com os arestos, ‘in verbis’:

‘AÇÃO RESCISÓRIA. EXISTÊNCIA. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC. TRABALHADOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL. SOLUÇÃO PRO MISERO.

1. Se o acórdão rescindendo nega o direito postulado sob a alegação de ausência de prova material, quando esta foi trazida à colação com a petição inicial, embora não tenha sido considerada no julgamento, resta caracterizado o erro de fato, nos termos do §1º, inciso IX, do art. 485 do Código de Processo Civil. Precedente.

2. Matéria previdenciária. Compreensão ampla. Solução pro misero.

3. Rescisória procedente.’

(AR 1227/SP, REL. MIN. FERNANDO GONÇALVES, DJ 18/12/2000, p. 153).

‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. DEPÓSITO. CPC, ART. 488, II. JUSTIÇA. PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. PROVA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. CPC, ART. 485, IX E § 1º.

1. O beneficiário da Justiça Gratuita não está sujeito ao depósito previsto no art. 488, II do CPC.

2. Havendo a decisão rescindendo considerado como inexistente um fato existente, qual o da condição de rurícola do marido da autora (CPC, art. 485, §1º) ocorreu erro de fato, efetivamente, em relação a um documento da casusa (CPC, art. 485, IX).

3. Prestabilidade da certidão de casamento como início de prova material, não considerada pelo acórdão rescindendo.

4. Ação Rescisória procedente’.

(AR 1094/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 19/02/01, p. 132)

No caso dos autos, verifica-se, pois, a existência de erro de fato no julgado, uma vez que a certidão já havia sido juntada nos autos da ação principal.

Ademais, há os depoimentos das testemunhas arroladas, fls. 22/26, unânimes na afirmativa de terem observado o trabalho de ‘bóia fria’ desenvolvido pela autora até 1995, ano em que propôs a ação previdenciária. São depoimentos prestados por pessoas em favor das quais milita presunção de veracidade, que não é vencida no caso concreto por qualquer prova em contrário. Isto posto, meu voto julga procedente a presente rescisória a fim de, rescindindo o acórdão anterior, condenar o INSS ao pagamento do benefício, de natureza alimentícia, aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo mensal, a partir da citação (...).

No caso deverá prevalecer a solução conferida pelo voto vencedor.

Explico.

A ação Rescisória foi proposta com fundamento no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil.

No que concerne ao alegado erro de fato, o artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil disciplina que:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Sobre o tema, cumpre transcrever o seguinte excerto doutrinário:

“Esse inciso IX que ora nos ocupa não pode ser compreendido a partir de interpretação literal porque a frase empregada não faz sentido (‘erro de fato,, resultante de atos ou documentos da causa’). Contudo, a interpretação lógica do texto à luz do § 1º abaixo permite o entendimento: se o erro é a admissão judicial de fato inexistente ou não-admissão de fato existente (§ 1º), este (o erro) é revelado pelos atos e documentos da causa, isto é, é tornado claro pelos autos do processo. Assim, se o que aponta a existência do erro são os autos (conjunto de atos documentados), basta compreender a locução ‘resultante de’ como ‘revelado pelos’ para que a previsão ganhe sentido.

§ 1º. O parágrafo em questão tem o explícito escopo de conceituar o erro de fato previsto no inc. IX acima, o que acaba representando um elemento decisivo para a interpretação dessa norma jurídica, dada a sua flagrante deficiência redacional (v. nota ao inc. IX). Há erro de fato, assim, toda vez que um fato, por si só capaz de determinar o resultado diferente para a causa, tenha sido totalmente desconsiderado pela sentença rescindenda ou, se inequivocamente inexistente, tenha sido determinante da procedência ou improcedência do pedido.

§ 2º. Assim como acontece com o texto do inc. IX acima, também este dei a o intérprete perplexo, porque se não houve pronunciamento judicial sobre o fato , como é possível que tenha havido erro por admissão de fato inexistente? Mais uma vez é necessário interpretar logicamente o dispositivo e repudiar a interpretação literal. Na verdade, o que a regra significa é que *para a caracterização do erro de fato, para fins de rescisória , é indispensável que o fato (existente desconsiderado) não tenha sido resultado de uma escolha ou opção do juiz diante de uma controvérsia, mas sim de uma desatenção. Se o magistrado decidiu controvérsia para afirmar ou negar o fato, já não haverá o fundamento em questão (o erro de fato) para justificar o pedido rescisório. Não fosse assim, qualquer erro poderia autorizar o prejudicado a buscar a rescisão da sentença, o que provocaria a instabilidade da garantia da coisa julgada (Vicente Greco Filho)*”. (sem grifos no original)

(Código de Processo Civil Interpretado; por Antônio Cláudio da costa Machado; Editora Manole; 4ª edição; página 677/679).

Assim, o erro de fato, nos termos do § 1º do artigo 485 do CPC, ocorre quando a sentença

admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. E, a teor do seu § 2º, para seu reconhecimento é necessário que não tenha havido qualquer controvérsia, tampouco pronunciamento judicial sobre o fato.

A análise da decisão objurgada demonstra que efetivamente houve erro de fato no caso dos autos.

A parte autora alegou nesta via rescisória que teria ocorrido erro de fato no julgamento da ação subjacente, pois naqueles autos existia documento hábil a provar a sua condição de rurícola, o que não foi levado em conta quando do julgamento do recurso de apelação e que se a Turma tivesse atentado para tal prova a questão não teria sido julgada da forma que foi. O documento a que faz menção a parte autora refere-se especificamente à certidão de casamento acostada às fls. 10, datada em 09.10.1967, em que seu esposo figura como lavrador. Com efeito, entre os documentos que instruíram os autos subjacentes (fl. 05 daquele feito e fl. 10 destes autos) consta a aludida certidão de casamento, a qual atesta a qualificação profissional do marido como rurícola.

O acórdão proferido na ação subjacente não fez menção ao referido documento, tendo considerado que a prova exclusivamente testemunhal não bastaria à comprovação da sua atividade rurícola, nos seguintes termos (fls. 39/40):

“Discute-se a respeito da concessão de aposentadoria rural por idade, baseando-se o pedido tão somente em prova testemunhal para demonstração de tempo de serviço prestado como rurícola.

Em inúmeros julgados, sustentei, como de resto esta Corte Regional, a possibilidade da demonstração do trabalho rurícola através da prova exclusivamente testemunhal, fundamentando-me em nossa própria realidade social, que mostra a imensa dificuldade dos trabalhadores rurais em obter o necessário registro de seus contratos de trabalho, motivo pelo qual deveria prevalecer o princípio do livre convencimento do juiz, agasalhado pelo artigo 131 do Código de Processo Civil.

Contudo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, unificando a orientação conflitante no âmbito das 5ª e 6ª Turmas de sua 3ª Seção, editou a Súmula nº 149, encampando posicionamento diametralmente oposto àquele enunciado, *verbis*:

‘A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário’.

Dessa forma, curvando-me à jurisprudência majoritária, que passo a adotar tenho por ausente a carência mínima prevista pelo artigo 143, II, da Lei nº 8.213/91, para a concessão de aposentadoria aqui vindicada, *eis que inexistente nos autos sequer um indício de prova material a amparar o pleito deduzido nesta demanda.*

(...)” (grifei).

Percebe-se, pois, que a certidão de casamento apresentada como início de prova material não foi considerada pelo acórdão rescindendo, tendo sido considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, passando o aludido documento despercebido pelo órgão julgador, o que culminou com a negativa do direito postulado.

Essa desatenção obsteu a valoração de prova documental imprescindível à análise da causa, já que a certidão de casamento efetivamente atesta o matrimônio da autora em 09.10.1967, revelando a profissão de seu marido como lavrador, informação que se levada em consideração teria resultado em pronunciamento diverso do ocorrido.

Dessa maneira, a pretensão da parte autora em rescindir o acórdão objurgado encontra guarida na parte final do parágrafo primeiro do artigo 485 do Código de Processo Civil, porquanto sobre o fato apontado na inicial não houve pronunciamento judicial a respeito.

Nesse sentido, trago à colação o julgado abaixo da 3ª Seção desta Corte:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADORA RURAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. ERRO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DO

BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. ADIANTAMENTO DA TUTELA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

IV - Configurada a verificação de erro de fato, caracterizado pela descon sideração a documento existente nos autos, cuja análise poderia influir no julgamento da causa, a justificar a rescisão do acórdão. Aplicação do art. 485, inc. IX e §§ 1º e 2º, CPC. Precedentes do STJ e desta Corte.

V - Em sede do juízo rescisório, é de se estabelecer o cumprimento do requisito atinente à idade, eis que a autora possui atualmente 72 (setenta e dois) anos, completados em 16 de março de 2006, acima, portanto, do limite previsto no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

(...)

XI - Presente a prova indiciária do trabalho rural, consubstanciada na certidão de casamento, conjugada com a idônea prova testemunhal, é de se ter por comprovada a condição de rurícola da autora, em conformidade ao que dispõe o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

(...)"

(AR 00511604520004030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, DJU DATA: 20/04/2007 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Também nessa linha, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. ADMISSIBILIDADE. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. QUALIFICAÇÃO DO MARIDO COMO LAVRADOR. EXTENSÃO À ESPOSA.

1. Ainda que o documento apresentado seja anterior à ação originária, esta Corte, nos casos de trabalhadores rurais, tem adotado solução *pro misero* para admitir sua análise, como novo, na rescisória.

2. O erro de fato a autorizar a procedência da ação, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil e orientando-se pela solução *pro misero*, consiste no reconhecimento da descon sideração de prova constante dos autos (AR nº 2.544/MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Revisor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 20/11/2009).

3. A viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta contra a literalidade da norma jurídica (AR nº 3.299/RJ, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Revisor Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Terceira Seção, DJe 13/4/2012).

4. *Os documentos apresentados constituem início de prova material apto para, juntamente com os testemunhos colhidos no processo originário, comprovar o exercício da atividade rural.*

5. *A qualificação do marido, na certidão de casamento, como lavrador estende-se à esposa, conforme precedentes desta Corte a respeito da matéria.*

6. Ação rescisória procedente". (grifei)

(AR 4.181/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, DJe 07/05/2013)

"AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL E DE CARÊNCIA DA AÇÃO. ERRO DE FATO. SOLUÇÃO PRO MISERO. CERTIDÃO DE CASAMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE. MANTIDO O ACÓRDÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

1. Inexistindo erro de forma na peça inicial e versando o pedido nela formulado sobre matéria já analisada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - acolhimento de certidão de casamento como início de prova material da condição de segurado especial - não se pode reconhecer a inépcia da peça vestibular ou a carência da ação.

2. O erro de fato a autorizar a procedência da ação, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, orientando-se pela solução pro misero, consiste no reconhecimento da desconsideração de prova já constante dos autos. *Precedentes.*

3. A certidão de casamento, que atesta a condição de lavrador do cônjuge da segurada, constitui início razoável de prova documental, para fins de comprovação de tempo de serviço. Deve se ter em mente que a condição de rurícola da mulher funciona como extensão da qualidade de segurado especial do marido. Se o marido desempenhava trabalho no meio rural, em regime de economia domiciliar, há a presunção de que a mulher também o fez, em razão das características da atividade - trabalho em família, em prol de sua subsistência.

4. Configurado o erro de fato na apreciação de documento já constante dos autos e preenchidos os requisitos à aposentadoria, suficientemente corroborados por prova testemunhal e início de prova material, o acolhimento do pedido é de rigor.

5. Pedido procedente. Mantido o acórdão da segunda instância que manteve a aposentadoria concedida à autora". (grifei)

(AR 1.361/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2008, DJe 29/04/2008)

Caracterizada, pois, a hipótese de rescisão do acórdão rescindendo pelo inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, já que configurado erro de fato, ante a não valoração suficiente das provas inseridas nos autos originários, sendo correta, portanto, a orientação fixada no voto vencedor.

Ante o exposto, com fundamento no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil e artigo 260, § 3º, inciso I, c.c. o artigo 33, inciso XII, ambos do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, NEGO PROVIMENTO aos Embargos Infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencedor.

Pois bem.

Inicialmente, consigno que resta prejudicada a alegação de necessidade de promoção de habilitação dos eventuais herdeiros da falecida parte autora, tendo em vista a homologação da habilitação de JOSÉ DONIZETE DIAS às fls. 187/188.

O agravante sustenta, preliminarmente, a impossibilidade de julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973.

Todavia, como consignado no *decisum* agravado, o julgamento monocrático dos Embargos Infringentes, com base na sistemática prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, constitui procedimento largamente utilizado no seio da 3ª Seção desta Corte.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIRETO PROCESSUAL E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIDADE URBANA. SENTENÇA TRABALHISTA. INOCORRÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. RECURSO REJEITADO. 1. *É cabível a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil no âmbito dos embargos infringentes, de modo a permitir o seu julgamento monocrático. Precedentes.* 2. O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (I) houver obscuridade ou contradição; ou (II) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. 3. No caso em exame, não há contradição alguma entre a fundamentação do acórdão e a sua conclusão, tampouco entre fundamentações. Outrossim, não há omissão a ser suprida ou obscuridade a ser aclarada. 4. Na ausência de vício a reclamar a integração do julgado, descabe o prequestionamento dos dispositivos aventados pelo embargante. 5. Embargos de declaração rejeitados. (grifei)

(EI 00087744420024036106, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 -

TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/09/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

BENEFICIO ASSISTENCIAL. EMBARGOS INFRINGENTES . AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CPC. APELAÇÃO PROVIDA. DISSENSO QUANTO AO PREENCHIMENTO DO REQUISITO ECONÔMICO. MISERABILIDADE COMPROVADA. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO. *I - Afastado o alegado óbice ao julgamento monocrático do recurso, em razão da inaplicabilidade do artigo 557 do Código de Processo Civil aos embargos infringentes , 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. II - Mantida a decisão agravada, pois resolveu de maneira fundamentada a controvérsia discutida nos embargos infringentes , confirmando o entendimento adotado no douto voto condutor no sentido do reconhecimento da miserabilidade do grupo familiar a que pertence o autor, aliado à condição deste de deficiente mental, de forma que comprovada a insuficiência de recursos para a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, fazendo jus, portanto, ao benefício assistencial postulado, afastando a tese ventilada no douto voto vencido, no sentido do não atendimento do requisito econômico, por ser a renda per capita familiar superior àquela prevista no art 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. III - Em sede de agravo legal, firmou-se o entendimento de que o órgão colegiado somente deve modificar a decisão agravada quando padeça dos vícios de ilegalidade ou abuso de poder, que possam causar dano irreparável ou de difícil reparação. Precedentes. IV - Agravo legal improvido. (grifei)*
(EI 00424148120114039999, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/07/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por outro lado, cumpre ressaltar que a regra acima mencionada não traz qualquer restrição ao julgamento monocrático dos Embargos Infringentes, já que apenas faz referência a recurso em sentido *lato sensu*, não excepcionando do seu âmbito de aplicação nenhuma modalidade recursal.

Dessa maneira, não há que se falar que a alteração introduzida pela Emenda Regimental nº 12/2012 no Regimento Interno desta Corte tenha violado eventual hierarquia normativa, já que a possibilidade de julgamento monocrático dos Embargos Infringentes encontra guarida no próprio Código de Processo Civil de 1973.

De outra banda, o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 não restringe sua aplicação a matérias exclusivamente de direito, bem como não requer unanimidade jurisprudencial, mas apenas que a decisão monocrática esteja alinhada ao entendimento majoritário das Cortes pátrias.

Nessa linha, destaco os julgados abaixo do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL - DECISÃO AGRAVADA CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NESTA CORTE - MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO QUE DEFERE OU INDEFERE LIMINAR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO. *I - O aplicação do art. 557, §1º-A, do CPC, não exige que jurisprudência seja pacífica, mas dominante. II - A decisão agravada fundamentou-se em julgados que consubstanciam o entendimento predominante neste Tribunal, no sentido de que é cabível o recurso de agravo de instrumento para atacar decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança. Agravo a que se nega provimento. (grifei)*
(AGRESP 199800065059, NANCY ANDRIGHI, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:14/08/2000 PG:00159 ..DTPB:.)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, CPC. JURISPRUDÊNCIA

DOMINANTE. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A TESE DE DIREITO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER PROVISÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO. *I - Aplicável é o art. 557, CPC, quando dominante a jurisprudência no tema, sendo suficiente, para provar essa orientação, inclusive para evitar repetições desnecessárias, a citação de apenas um julgado, que, dentre vários outros, retrate bem o entendimento do Tribunal na questão. II - Sendo provisório o juízo de admissibilidade do recurso especial realizado pelo Tribunal de origem, nada impede que venha esta instância a concluir pela ausência de prequestionamento de matéria a cujo respeito se manifestara positivamente aquele Juízo. III - Para efeito de prequestionamento, não basta que a questão federal seja suscitada pela parte, sendo necessário seu debate pelo tribunal de origem. (grifei)*

(AGRESP 199900597222, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:14/02/2000 PG:00041 ..DTPB:.)

No mérito, a alegação de que a certidão de casamento teria sido analisada pelo julgado rescindendo, ainda que não expressamente, de forma a não ensejar a ocorrência de erro de fato, não merece prosperar. O texto destacado no recuso à fl. 151 verso trata-se de trecho do voto minoritário proferido no bojo da Ação Rescisória. O erro de fato alegado na inicial não pode ser aferido a partir desse voto, pois o acórdão tismado de erro de fato foi proferido no bojo da Apelação Cível nº 96.03.017461-0 (fls. 38/41, complementado pelo acórdão proferido às fls. 48/51).

Por oportuno, transcrevo trecho da decisão agravada, na parte em que analisa a ocorrência do erro de fato, que autorizou a rescisão julgado primitivo:

A análise da decisão objurgada demonstra que efetivamente houve erro de fato no caso dos autos.

A parte autora alegou nesta via rescisória que teria ocorrido erro de fato no julgamento da ação subjacente, pois naqueles autos existia documento hábil a provar a sua condição de rurícola, o que não foi levado em conta quando do julgamento do recurso de apelação e que se a Turma tivesse atentado para tal prova a questão não teria sido julgada da forma que foi. O documento a que faz menção a parte autora refere-se especificamente à certidão de casamento acostada às fls. 10, datada em 09.10.1967, em que seu esposo figura como lavrador. Com efeito, entre os documentos que instruíram os autos subjacentes (fl. 05 daquele feito e fl. 10 destes autos) consta a aludida certidão de casamento, a qual atesta a qualificação profissional do marido como rurícola.

O acórdão proferido na ação subjacente não fez menção ao referido documento, tendo considerado que a prova exclusivamente testemunhal não bastaria à comprovação da sua atividade rurícola, nos seguintes termos (fls. 39/40):

“Discute-se a respeito da concessão de aposentadoria rural por idade, baseando-se o pedido tão somente em prova testemunhal para demonstração de tempo de serviço prestado como rurícola.

Em inúmeros julgados, sustentei, como de resto esta Corte Regional, a possibilidade da demonstração do trabalho rurícola através da prova exclusivamente testemunhal, fundamentando-me em nossa própria realidade social, que mostra a imensa dificuldade dos trabalhadores rurais em obter o necessário registro de seus contratos de trabalho, motivo pelo qual deveria prevalecer o princípio do livre convencimento do juiz, agasalhado pelo artigo 131 do Código de Processo Civil.

Contudo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, unificando a orientação conflitante no âmbito das 5ª e 6ª Turmas de sua 3ª Seção, editou a Súmula nº 149, encampando posicionamento diametralmente oposto àquele enunciado, *verbis*:

‘A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário’.

Dessa forma, curvando-me à jurisprudência majoritária, que passo a adotar tenho por ausente a carência mínima prevista pelo artigo 143, II, da Lei nº 8.213/91, para a concessão de aposentadoria aqui vindicada, *eis que inexistente nos autos sequer um indício de prova material a amparar o pleito deduzido nesta demanda.*

(...)” (grifei).

Percebe-se, pois, que a certidão de casamento apresentada como início de prova material não foi considerada pelo acórdão rescindendo, tendo sido considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, passando o aludido documento despercebido pelo órgão julgador, o que culminou com a negativa do direito postulado.

Essa desatenção obstou a valoração de prova documental imprescindível à análise da causa, já que a certidão de casamento efetivamente atesta o matrimônio da autora em 09.10.1967, revelando a profissão de seu marido como lavrador, informação que se levada em consideração teria resultado em pronunciamento diverso do ocorrido.

Dessa maneira, a pretensão da parte autora em rescindir o acórdão objurgado encontra guarida na parte final do parágrafo primeiro do artigo 485 do Código de Processo Civil, porquanto sobre o fato apontado na inicial não houve pronunciamento judicial a respeito. (fls. 141/143).

Portanto, resta claro que a certidão de casamento da segurada não foi levada em consideração, quando da análise da lide subjacente, já que expressamente ficou consignado no acórdão rescindendo que o pedido formulado no processo primitivo não possuía início de prova material e estava amparado exclusivamente em prova testemunhal. Assim, resta patente a ocorrência de erro de fato no julgado que decidiu a ação originária.

Por fim, a impossibilidade de cumulação dos proventos recebidos a título de benefício assistencial com a aposentadoria por idade rural é matéria que refoge da divergência devolvida pelos Embargos Infringentes, adstrita, exclusivamente, à existência ou não de erro de fato no feito subjacente.

De qualquer maneira, a impossibilidade de cumulação desses benefícios está prevista em lei, de modo que deverá ser observada quando da execução do julgado.

Importa ressaltar que o agravo deverá, necessariamente, demonstrar que o Relator julgou em desacordo com o precedente ou que este não se aplica à situação retratada nos autos, sendo descabida a sua interposição para reiteração de argumentos que já foram repelidos na decisão monocrática agravada. Não há quaisquer elementos aptos à modificação do *decisum* ou que demonstrem ter havido ilegalidade ou abuso de poder na decisão agravada, o que poderia ensejar a sua reforma.

Além disso, é pacífico o entendimento desta Seção de que 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.

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO LEGAL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CUMPRIMENTO - RENDA MENSAL INICIAL - I. “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). II. A decisão agravada foi explícita ao esclarecer que o benefício foi implantado em conformidade com a decisão que antecipou os efeitos da tutela; eventual modificação do julgado poderá alterar o valor da renda mensal inicial do benefício ou até mesmo revogar a decisão antecipatória. III. Agravo

legal improvido. (grifei)

(AI 00339442220104030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/03/2011 PÁGINA: 834 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA DIÁRIA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. MODIFICAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO E VALOR. POSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. RECURSO IMPROVIDO. (...). *X - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte. XI - In casu, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida. XII - Agravo legal improvido.* (grifei)

(AI 00365035420074030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, TRF3 - OITAVA TURMA, DJF3 DATA:12/08/2008 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000186-12.2006.4.03.6105

(2006.61.05.000186-6)

Agravante: JOVAIR DON SALGADO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AC 1303851

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. RESTITUIÇÃO DO VALOR INDEVIDAMENTE SACADO DO FGTS. RECEBIMENTO DE BOA- FÉ. NÃO INCIDÊNCIA DE CONSECUTÓRIOS LEGAIS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA.

1. A r. decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.
2. A parte agravante não apresenta argumentos relevantes que autorizem ou justifiquem a reforma da r. decisão agravada.
3. A restituição de valores em decorrência de recebimento indevido a maior é de rigor, independentemente da discussão acerca do erro no pagamento, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico repudia o enriquecimento ilícito.
4. *In casu*, há informações nos autos que comprovam que ocorreu erro na transferência de valores entre o banco depositário (COMIND), o qual ao transferir para o Banco Itaú S/A deixou de debitar o saldo do FGTS na integralidade, gerando resíduo migrado para a CEF, o que deu ensejo ao saque de valor a maior pelo autor, conforme se verifica do procedimento administrativo.
5. O entendimento acima exposto se aplica às verbas relativas a correção monetária e juros de mora, porquanto a não restituição em valores históricos implica, igualmente, em enriquecimento sem causa, já que o numerário esteve à disposição do réu no período, ainda que ele tenha agido de boa-fé.
6. A correção monetária deve incidir sobre o montante a ser restituído desde o levantamento do valor, pelos parâmetros da Lei nº 6.899/91, sem a incidência das regras previstas na Lei nº 8.036/90.
7. Juros de mora, a partir da citação, de acordo com a taxa SELIC, que é a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406, do Código Civil).
8. 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, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo JOVAIR DON SALGADO em face de decisão monocrática que negou seguimento ao seu recurso de apelação, em ação que pleiteia a restituição de valores sacados indevidamente da conta do FGTS do réu.

Requer o agravante, a reconsideração da decisão, pois não há comprovação efetiva do direito alegado da parte contrária. Ademais, o agravante sacou os valores que lhe foram posto à disposição de forma regular e de boa-fé inquestionável em detrimento da instituição financeira depositária que agiu com negligência. Sustenta também, o afastamento da incidência dos consectários legais sobre o montante a restituir.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

Trata-se de ação interposta pela CEF, com pedido de restituição de valores sacados indevidamente da conta do FGTS do réu.

Sentença de procedência do pedido.

Apelação da parte autora, pela reforma da r. sentença.

Subiram os autos a esta E Corte.

É o relatório. Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

A restituição de valores em decorrência de recebimento indevido a maior é de rigor, independentemente da discussão acerca do erro no pagamento, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico repudia o enriquecimento ilícito.

Neste sentido:

“RESSARCIMENTO. FGTS. SAQUE DE FGTS A MAIOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1 - Tratando-se de pedido de restituição de valores pagos a maior ao réu, descabe falar em ilegitimidade passiva, dado que o prejuízo ao FGTS decorre desta providência e não da anterior transferência da conta pelo antigo banco depositário. 2 - A prescrição também não se verifica no caso. De fato, a ação foi ajuizada em 09.01.2006, ao passo em que o saque indevido ocorreu

em 21.06.1996. Aplicável, portanto, o disposto no art. 2.028 c/c art. 206, § 3º, IV, ambos do novo Código Civil, ou seja, quando da entrada em vigor deste diploma, em 11.01.2003, ainda não transcorrida mais da metade do prazo de vinte anos anteriormente incidente sobre casos da espécie (art. 177 do caduco CC), donde que a partir desta data conta-se o novo prazo de três anos do art. 206, não atingido quando da propositura da ação. 3 - Valores postulados em face do requerido que decorrem de saque por ele efetivado em conta do FGTS, reputados a maior pela CEF, ocasionados por falha operacional e processamento em duplicidade de competência. 4 - O direito à restituição de valores em decorrência de pagamento indevido a maior é indiscutível, independentemente da discussão acerca do erro no pagamento, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico repudia o enriquecimento ilícito. Precedentes do C. STJ. 5 - Apelação do réu parcialmente acolhida.” (AC 200661050001908 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1323290 Relator(a) JUIZ ROBERTO JEUKEN TRF3 Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA:03/09/2009 PÁGINA: 43)

“FGTS. SAQUE DE VALOR CREDITADO A MAIOR EM CONTA DE FUNDISTA. ERRO DE CÁLCULO DA CEF. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.”

(RESP 200801937949 RESP - RECURSO ESPECIAL - 1093603 Relator(a) TEORI ALBINO ZAVASCKI STJ Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte DJE DATA:12/11/2008)

In casu, há informações nos autos que comprovam que ocorreu erro na transferência de valores entre o banco depositário (COMIND), o qual ao transferir para o Banco Itaú S/A deixou de debitar o saldo do FGTS na integralidade, gerando resíduo migrado para a CEF, o que deu ensejo ao saque de valor a maior pelo autor, conforme se verifica do procedimento administrativo.

O entendimento acima exposto se aplica às verbas relativas a correção monetária e juros de mora, porquanto a não restituição em valores históricos implica, igualmente, em enriquecimento sem causa, já que o numerário esteve à disposição do réu no período, ainda que ele tenha agido de boa-fé.

Nesse sentido:

“FGTS. SAQUE INDEVIDO PELO AUTOR, NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE DA EX-EMPREGADORA. ERRO DA CEF. REPOSIÇÃO. ARTS. 346, III, E 876 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO AO ART. 20 DA LEI 8.036/90. ÔNUS DA PROVA (ART. 333, III, CPC). REVISÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA PRÓPRIOS DAS CONTAS VINCULADAS. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DESVIADO. 1. Considerou o juiz que: o réu já efetuou a reposição R\$ 1.003,85 (fl. 11). O reconhecimento da dívida em âmbito administrativo é prova suficiente para demonstrar o saque indevido. Houve o levantamento da importância de R\$ 2.322,10 (fl. 10) e o documento de fl. 15 revela que a CEF repôs ao FGTS a quantia ora cobrada do réu, para ser levantada pela ex-empregadora.(...) Mesmo tendo o réu agido de boa-fé possui a obrigação de restituir o que recebeu indevidamente. Deverá devolver a diferença entre o valor sacado e aquele já restituído administrativamente. Foge dos limites da lide analisar questões que envolvam o contrato de empréstimo contraído. 2. Há comprovantes de pagamento tanto em relação à quantia que era devida ao Réu (R\$ 10.087,80) quanto ao valor pertencente à Companhia Vale do Rio Doce (R\$ 2.322,10), este assinado pelo Réu na condição de representante legal da reclamada. 3. Tal operação não atendeu a qualquer dos requisitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.036/90, e apesar de decorrer de erro imputável à CEF, deve o Apelante devolver o montante sacado irregularmente, de modo a evitar enriquecimento ilícito. 4. Em decorrência do saque irregular, a CEF se viu obrigada a repor tal valor de R\$ 1.369,50 (corrigido) à Companhia Vale do Rio Doce, verdadeira titular do numerário desviado. 5. Dispõe o Código Civil: ‘Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: ... III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. (...) Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição’. 6. Falta de prova de que o Recorrente

‘levantou através de alvará, face o êxito em ação judicial, a importância de R\$ 6.000,00’, e não R\$ 2.322,10, não tendo sido comprovado, ainda, que o que o empréstimo se destinou ao ressarcimento parcial do valor recebido indevidamente, e que foi contratado ‘sob coação e pressão moral’ feitas por gerentes da CEF. A propósito, o crédito foi obtido diretamente no caixa em 01/09/2003 e a amortização do débito se deu apenas em 26//09/2003. 7. Não procede, também, a alegação de que o Autor ‘nunca manteve qualquer conta junto à Recorrida’, uma vez que há extrato comprovando que ele mantinha conta-corrente junto à CEF anteriormente a 30/04/2003. 8. Eventual discussão sobre encargos, condições e cláusulas referentes à contratação de tal financiamento deve ser objeto de ação própria. 9. É correto acrescentar ao valor da condenação os ‘juros e correção monetária aplicados às contas vinculadas do FGTS’, uma vez que ao montante desviado deve ser aplicada remuneração idêntica à que incidiria se estivesse depositado no Fundo. 10. Apelação a que se nega provimento.” (grifo meu) (TRF - 1ª Região, 5ª Turma, AC 200438000034868, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, REPDJ DATA:09/07/2010 PAGINA:164)

CONSECTÁRIOS

A correção monetária deve incidir sobre o montante a ser restituído desde o levantamento do valor, pelos parâmetros da Lei nº 6.899/91, sem a incidência das regras previstas na Lei nº 8.036/90 (TRF3, 2ª Turma, AC 00138245320084036102, rel. Des. Fed. Peixoto Junior, e-DJF3 Judicial 1 22/09/2011, p. 107).

Juros de mora, a partir da citação, de acordo com a taxa SELIC, que é a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406, do Código Civil). Tendo em vista a reforma da r. sentença, e considerando a ADI 2736/DF, rel. Min. Cezar Peluso, de 08/09/2010, que julgou procedente a ação direta proposta pelo Conselho da OAB, declarando, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164/2001, que acrescentou o art. 29-C à Lei 8.036/90, condeno o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que ora fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando suspensa sua execução, tendo em vista que o autor é beneficiário da justiça gratuita.

Posto isso, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de apelação.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de Origem.

É de se lembrar que o escopo do agravo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil não permite seu manejo para a repetição das alegações suscitadas ao longo do processo.

Deve o recurso demonstrar a errônea aplicação do precedente ou a inexistência dos pressupostos de incidência do art. 557 do CPC, de modo que a irresignação a partir de razões sobre as quais a decisão exaustivamente se manifestou não é motivo para a sua interposição.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PODERES DO RELATOR DO RECURSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

I - O Código de Processo Civil atribui poderes ao Relator para 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, bem como para dar provimento ao recurso interposto quando o ato judicial recorrido estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

II - Hipótese dos autos em que a decisão agravada observou os critérios anteriormente expostos e a parte agravante não refuta a subsunção do caso ao entendimento firmado, limitando-se a questionar a orientação adotada, já sedimentada nos precedentes mencionados por ocasião

da aplicação da disciplina do artigo 557 do Código de Processo Civil.

III - Agravo legal desprovido.

(Processo nº 2015.03.00.005716-3/SP- Agravo Legal em Agravo de Instrumento- Relator Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES- TRF 3ª Região- Data de Julgamento: 01/12/2015. Data de Publicação em 11/12/2015.).

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Desembargador Federal **SOUZA RIBEIRO** - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0025816-23.2009.4.03.9999
(2009.03.99.025816-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: ERNESTO LUIZ DE AGUIAR
Interessada: CENTRAL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAFELÂNDIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AC 1439165
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2016

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. ÁREA MISTA. RESIDENCIAL E COMERCIAL. IMPENHORABILIDADE DA EDIFICAÇÃO RESIDENCIAL. PENHORA SOBRE ÁREA COMERCIAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O artigo 5º da Lei nº 8.009/90 estatui que “para efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar para moradia permanente”. A norma supra mencionada contempla apenas o imóvel utilizado pela entidade familiar como sua moradia e abrigo.
2. *In casu*, constou do Auto de Penhora que no local da constrição, um terreno de 385 m2, encontra-se edificado atualmente parte do prédio da Central Veículos e 01 residência com todos os seus cômodos e dependências. O local é endereço residencial e comercial do executado.
3. Em casos como estes o STJ tem considerado tais áreas como mista e, há pronunciamentos quanto à possibilidade de análise da parte que suporta com destinação comercial ou acessões voluptuárias, resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial.
4. A constrição deve recair sobre a parte com destinação comercial.
5. Apelo parcialmente provido.

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 parcial provimento ao apelo da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de abril de 2016.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de embargos à execução opostos em face das execuções fiscais (013/99, 08/01,

159/99) ajuizadas pela Fazenda Nacional contra Ernesto Luiz de Aguiar para fins de cobrança dos débitos consubstanciados nas CDA's nº 80.6.98.035184-72, 80.700.010406-80 e 80.6.98.024105-70.

Os embargos foram julgados procedentes em parte para determinar o levantamento da penhora e a sucumbência recíproca.

Apela a União Federal trazendo em suas razões que o apelado não reside no imóvel penhorado, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça parte do imóvel é usado para exploração de atividade comercial da empresa executada.

Sustenta, ainda, que o endereço aonde ocorreu a citação do apelado deve ser considerado como seu endereço comercial e que os depoimentos tomados em audiência devem ser desconSIDERADOS, eis que o rol de testemunhas foram apresentados depois do prazo.

Com as contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A penhora recaiu sobre o imóvel registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Lins/SP, sob a matrícula nº 6.988, situado à rua Osvaldo Cruz, 435, Lins/SP (fls. 85/88 e 93).

Nos termos do artigo 1º da Lei 8009/90, “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

Neste sentido colaciono julgado do C. STJ :

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM IMÓVEL QUE SEMPRE SERVIU À MORADIA DE ENTIDADE FAMILIAR. REGISTRO EM NOME DA EMPRESA EXECUTADA. BEM DE FAMÍLIA. CONFIGURAÇÃO. ESCOPO DA LEI Nº 8.009/1990. PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE.

1. A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, visou conferir especial proteção à moradia da família - direito assegurado constitucionalmente (artigo 6º) -, revelando-se menos importante o modo como se dá a ocupação do bem imóvel, se a título de propriedade - com o imóvel registrado em nome de um dos integrantes da entidade familiar - ou de posse.

2. No caso em apreço, o Tribunal de origem reconheceu, expressamente, que o imóvel discutido nestes autos sempre serviu à moradia da família, daí porque não poderia ser objeto de penhora, entendimento esse que se coaduna com a orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 949.499/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008)

Como regra, cumpre ao devedor o ônus da prova no sentido de demonstrar que o imóvel penhorado se constitui em bem de família, nos termos do art. 333, I, do CPC.

A impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90, objetiva proteger bens patrimoniais

familiares essenciais à adequada habitação, e confere efetividade à norma contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o artigo 5º da lei em comento estatui que “para efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar para moradia permanente”.

Dessa forma, a norma supra mencionada contempla apenas o imóvel utilizado pela entidade familiar como sua moradia e abrigo.

In casu, conforme constou do Auto de Penhora no local da constrição, um terreno de 385 m2 encontra-se edificado atualmente parte do prédio da Central Veículos e 01 residência com todos os seus cômodos e dependências (fl. 93- Execução Fiscal nº 13/99). O local é endereço residencial e comercial do executado.

Em casos como estes o STJ tem considerado tais áreas como mista e, há pronunciamentos quanto à possibilidade de análise da parte que suporta com destinação comercial ou acessões voluptuárias (piscinas, churrasqueiras), resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial.

Seguem precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL RESIDENCIAL E PRÉDIO COMERCIAL DISTINTOS EDIFICADOS SOBRE TERRENO TRANSCRITO EM UMA ÚNICA MATRÍCULA. PENHORA. LEI Nº 8.009/90.

1. Inexistência de discussão de coisa julgada no primeiro grau. Embora trate-se de fenômeno processual que cabe ser apreciado em sede de recurso especial sem a exigência do prequestionamento, no caso dos autos há ausência de prova indubitável de sua ocorrência, isto é, certidão demonstrativa de que, anteriormente, entre as mesmas partes, idêntico litígio tenha sido definitivamente solucionado.

2. Inocorrência de ausência de responsabilidade do sócio pela dívida fiscal. No caso, trata-se de embargos de terceiro onde a pretensão discutida limita-se à proteção de direito estranho ao mérito da relação jurídica de direito material existente entre partes na ação principal. O embargante comparece em juízo para defender direito próprio atingido por ato de coerção processual. Não lhe é permitido assumir a defesa da parte demandada na relação jurídico-processual que origina contra si o gravame sobre bem de sua posse ou propriedade.

3. Não invocação, em nenhum momento, da tese da não responsabilidade do sócio da empresa, incorrendo em matéria que extrapola a pretensão inicial, o que impossibilita o seu conhecimento se aventada só em fase de recurso extremo. Ausência de prequestionamento dos artigos do CTN invocados como violados.

4. A Lei 8.009/90 tem por finalidade garantir a moradia da família. *Cuidando-se de imóvel desdobrado em dois pavimentos, mesmo que se encontrem em linha horizontal, um utilizado para moradia familiar, outro para utilização de comércio, nada impede que sobre o último recaia a penhora e que seja feito, posteriormente, o devido desdobramento.*

5. Recurso não provido. (grifei)

(STJ, RESP 200101330127, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, julgamento em 05/02/2002, publicado em 18/03/2002)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL RESIDENCIAL E PRÉDIO COMERCIAL DISTINTOS EDIFICADOS SOBRE TERRENO TRANSCRITO EM UMA ÚNICA MATRÍCULA. A Lei 8.009/90 tem por finalidade garantir a moradia da famí-

lia. Se edificado, no mesmo terreno, prédio distinto com destinação comercial, pode recair penhora sobre este, sendo o caso, em havendo venda judicial, de promover ao respectivo desmembramento, mormente se a extensão da área comporta o procedimento. Apelação improvida. (g.n.)

(TRF 4ª Região, AC 199904010955004, Relator ELOY BERNST JUSTO, julgamento em 19/09/2000, publicado no DJ em 29/11/2000)

Vide julgado desta E. 4ª Turma : 0030706-39.2008.4.03.9999 (Diário Eletrônico -Acórdão 18/01/2015).

Assim, sendo interesse maior da Lei 8.009/90 proteger a entidade familiar, as demais edificações, no mesmo terreno, não têm a mesma proteção. Portanto, a constrição deve recair sobre a parte com destinação comercial.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0000866-24.2011.4.03.6104

(2011.61.04.000866-5)

Embargante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessada: FONTEX IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: AC 2090899

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/04/2016

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.

3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.

4. Nos embargos de declaração é incabível o reexame do mérito da decisão.

5. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.

6. Embargos rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de março de 2016.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do v. Acórdão que negou provimento ao agravo legal interposto contra a r. decisão que negou seguimento à apelação.

O acórdão está assim ementado:

AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA - ARTIGO 557 DO CPC - MULTA ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA

1. Revela-se a natureza não tributária do débito exequendo, consistente em Taxa Anual por Hectare (TAH), cobrada por autarquia federal. Em virtude da natureza do crédito, não se aplicam as disposições contidas no Código Tributário Nacional.
2. O termo inicial deste prazo é a data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, ao passo que o termo final é a notificação do indivíduo para pagamento da multa aplicada.
3. Nos moldes do artigo 2º, §3º da Lei nº 6.830/80, aplicável às execuções fiscais de dívidas de natureza não tributária, suspende-se o transcurso do prazo prescricional por 180 dias após a inscrição do crédito em dívida ativa ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo.
4. O termo final da prescrição, em consonância com o art. 219 do CPC, será o ajuizamento da ação executiva, desde que haja citação. Todavia, se a citação válida não ocorrer, a prescrição não será interrompida.
5. Reconhecimento da prescrição da pretensão executiva, pois presente período superior a cinco anos entre a constituição definitiva do crédito e o ajuizamento da execução, considerado o período de suspensão do prazo.
6. Manutenção da decisão impugnada, a qual se fundamentou em farta jurisprudência do superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria trazida aos autos.

Requer-se a correção do julgado.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

- 1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente

os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n^{os} 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3^a seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1^a Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2^a col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0045730-73.2012.4.03.6182
(2012.61.82.045730-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: RAUL LUIZ CORREA E ROZINEIDE BATISTA DOS SANTOS
Parte Ré: MOHAMED HASSAN JEBAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 2040941
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2016

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.141.990/PR. NEGÓCIO JURÍDICO POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ART. 185 DO CTN COM REDAÇÃO DADA PELA LC 118/05. AUSENTE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE MESMO NO CASO DE SUCESSIVAS ALIENAÇÕES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA.

1. No julgamento do RESp nº 1.141.990/PR, submetido ao rito dos repetitivos, restou pacificado pelo STJ que, em matéria de fraude à execução, não se aplica aos executivos fiscais as normas processuais civis e o enunciado de sua Súmula nº 375, devendo ser observado o disposto no art. 185 do CTN, do seguinte modo: a) em relação aos negócios jurídicos celebrados na vigência da redação original do aludido dispositivo, presume-se a fraude a partir da citação válida do executado e; b) quanto às alienações realizadas posteriormente à alteração determinada pela LC nº 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa.

2. A má-fé é presumida de forma absoluta, mesmo no caso de alienações sucessivas, uma vez que a fraude fiscal possui natureza diversa da fraude civil contra credores e afronta o interesse público. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

3. Elide-se a presunção de má-fé somente quando o devedor reserva patrimônio suficiente para a garantia do débito fiscal, sendo ônus do terceiro adquirente e do executado alienante a demonstração da solvência. Art. 185, parágrafo único do CTN. Precedentes desta Terceira Turma.

4. Hipótese em que as subseqüentes alienações do bem penhorado ocorreram em 22/04/2006 e 28/07/2006, após a vigência da LC nº 118/05, sendo que a inscrição em dívida ativa deu-se em 02/02/1988, restando incontestes a presença do primeiro requisito para a presunção da fraude.

5. Os embargantes não lograram demonstrar que o executado tenha patrimônio suficiente para garantir o pagamento dos débitos, sendo de rigor o reconhecimento da fraude à execução fiscal.

6. Ainda que se admita que a sucessão de alienações afaste a presunção absoluta de fraude à execução fiscal, impende atentar para as circunstâncias minimamente suspeitas do caso concreto, quais sejam: a primeira transação foi convencionada pelo absurdo valor de R\$10,00 (dez reais); decorreu um intervalo de apenas três meses entre as transações; o valor avaliado do imóvel duplicou do primeiro para o segundo

negócio jurídico; não demonstraram os autores que providenciaram certidões relativas à vendedora imediata; e, por fim, foram juntadas certidões referentes ao executado emitidas no período atinente à alienação anterior, evidenciando, assim, a ausência da seriedade da cadeia de alienações.

7. Apelação da União provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de abril de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de recurso de apelação apresentado pela *União* contra sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por *Raul Luiz Corrêa e Rozineide Batista dos Santos*.

Pretendem os embargantes a desconstituição de penhora que recaiu sobre seu imóvel, emanada de execução fiscal ajuizada em face de Mohamed Hassan Jebai. Informam que adquiriram o bem mediante Escritura Pública de Compra e Venda pactuada com Sandra Corrêa que, por sua vez, havia adquirido o imóvel por meio de contrato firmado com o executado. Narram que, no momento da aquisição, efetuada de boa-fé e devidamente registrada, não havia nenhuma constrição averbada na matrícula do imóvel. Aduzem que a insolvência do devedor não foi comprovada.

Indeferido o pedido de medida liminar para imediata liberação da penhora (fl. 83).

Contestação da União às fls. 91/95, seguida de manifestação dos autores às fls. 99/100.

Ao prolatar a sentença, o juízo *a quo* considerou que “os embargantes não adquiriram do executado, mas de terceira”, razão pela qual entendeu que “não podem ser prejudicados pelo reconhecimento de fraude à execução” e julgou os embargos procedentes. Com fundamento no princípio da causalidade, deixou de condenar a União em honorários (fls. 103/106).

Nas razões de apelação, alega a embargada, em síntese, que:

a) nos termos do art. 185 do CTN, com a nova redação dada pela LC nº 118/05, resta configurada a fraude à execução, uma vez que a alienação ocorreu após a inscrição em dívida ativa;

b) entende a jurisprudência majoritária que as sucessivas vendas do imóvel alienado em fraude à execução ensejam o reconhecimento da ineficácia do negócio jurídico perante o credor.

Com contrarrazões, subiram os autos a este tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Cinge-se a controvérsia em torno da validade da penhora que recaiu sobre o imóvel de matrícula nº 26.950 do Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição de Foz do Iguaçu/PR, objeto de negócio jurídico celebrado entre os embargantes e uma terceira pessoa que, por sua vez, havia adquirido do executado, bem como a respeito da ocorrência de fraude à execução.

Dispõe o art. 185, *caput*, do Código Tributário Nacional, na sua redação original, que se presume fraudulenta a alienação de bens por devedor do Fisco regularmente citado em ação de execução fiscal, *in verbis*:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

A LC nº 118/2005, com vigência em 09/06/2005, alterou o dispositivo e excluiu a citação do executado como condição necessária para a configuração de fraude à execução, nos seguintes termos:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Considerando-se que a fraude à execução é regida pela norma vigente à época da alienação, conclui-se que, em relação aos negócios jurídicos celebrados antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005, a fraude é presumida somente a partir da citação válida do executado; quanto às transações realizadas posteriormente à LC 118, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa.

O Superior Tribunal de Justiça apaziguou os critérios para a configuração de fraude à execução fiscal no julgamento do REsp nº 1.141.990/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. *A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.* 2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.” 3. A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente

inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.” 4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. *A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.*

6. *É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis.* (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: “O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ”. (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) “Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);”. (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) “Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005”. (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) “A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal”. (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante nº 10, *verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. *Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da*

Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante nº 10, do STF. 10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante deduziu-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal. 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008. (REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010) - destaquei

Deveras, restou assentado pela Corte Superior que as disposições processuais civis em matéria de fraude à execução não se aplicam aos executivos fiscais, os quais se sujeitam ao específico regramento do art. 185, do CTN.

É que o Código Tributário é norma especial em relação ao Código de Processo Civil e disciplina a fraude à execução de modo mais favorável ao credor fazendário e mais rigoroso ao devedor, uma vez que estão em jogo créditos de natureza pública.

Destarte, em se tratando de execução de dívidas tributárias, não há que se falar em aplicação das regras contidas no art. 593, do anterior Diploma Processual.

Consignou o STJ, ainda, que o enunciado de sua Súmula nº 375 também não é aplicável no âmbito dos executivos fiscais, não se exigindo, para o reconhecimento da fraude à execução fiscal, que o bem tenha sido objeto de constrição judicial prévia, tornada pública por meio de registro ou averbação em cartório.

Ressalte-se que a má-fé é presumida de forma absoluta. Com efeito, a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo devedor do Fisco, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução.

Desconsideram-se, portanto, a vontade e a intenção do devedor alienante, do terceiro adquirente ou mesmo do credor hipotecário, bem como a existência do propósito de lesar o Fisco.

É dizer, a boa-fé do terceiro e seu desconhecimento da existência do débito tributário ou da execução fiscal são irrelevantes para descaracterizar a fraude à execução fiscal, sendo dispensada a necessidade de comprovação, pelo credor, de conluio ou má-fé.

Tal compreensão aplica-se, igualmente, às hipóteses de sucessivas alienações, sendo desnecessária a comprovação de que o último adquirente do bem tenha atuado de má-fé ou em conluio com os alienantes, não incidindo a aludida Súmula nº 375. Isso porque, nos estritos termos do quanto consolidado no recurso especial representativo de controvérsia, acima transcrito, a fraude fiscal afronta o interesse público, já que o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas, ao passo que entendimento contrário equivaleria a admitir às execuções fiscais o mesmo tratamento dado à fraude civil contra credores. Em idêntico sentido, confirmam-se julgados proferidos pelo C. Tribunal Superior e por esta E. Corte Regional:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da

prova de má-fé do terceiro adquirente”. 2. A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução. A natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações. 3. *Hipótese em que muito embora tenha ocorrido duas alienações do imóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior a transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora agravante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal.* Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 135.539/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 17/06/2014) - *destaquei*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - EM IMÓVEL - FRAUDE À EXECUÇÃO - LC nº 118/2005 - SÚMULA 374/STJ. 1. Antes da alteração promovida pela LC 118/2005, que é o caso dos autos, tinha-se por fraude à execução, quando o devedor, após regularmente citado, alienava bens de sua propriedade sem resguardar outros suficientes ao pagamento total da dívida em execução. 2. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado nos termos do art. 543-C, do CPC, no REsp nº 1.141.990/PR, consolidou o entendimento de que não se aplica à execução fiscal a Súmula 374/STJ, que assim dispõe: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. 3. *A simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meio para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo em caso da existência de sucessivas alienações.* 4. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0008554-21.2008.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 22/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/03/2016) - *destaquei*

EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185, CTN. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. 1. *Alienação de bem imóvel anterior à Lei Complementar nº 118/2005 que sucede a citação válida em execução fiscal. Negócio jurídico que por força legal se presume fraudulento - art. 185, CTN, ainda que seguido de outras alienações.* 2. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI 0013538-43.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 07/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015) - *destaquei*

TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. EMPRESA INDIVIDUAL. (...) O E. STJ quando do julgamento do REsp nº 1.141.990/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento no sentido de que se a alienação foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para que se configure a figura da fraude à execução, enquanto que, para as alienações ocorridas em período anterior ao acima citado, a configuração daquela modalidade de fraude exige a prévia citação do devedor no processo judicial. A fraude à execução prevista no art. 185 do Código Tributário Nacional, tanto em sua redação originária, quanto na redação dada pela LC nº 118/2005, conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução. Diante da existência de regramento legal específico, às execuções fiscais não se aplica o enunciado da Súmula nº 375 do STJ, segundo a qual “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Na espécie, com base nos recibos e demais documentos colacionados aos autos, verifica-se que o veículo sobre o qual recaiu a constrição judicial foi alienado em momento anterior à vigência da Lei nº 118/2005, razão pela qual, para que se configure a

fraude a execução, exige-se a citação prévia do executado. *Tal requisito restou devidamente preenchido, uma vez que desde o ano de 1998 o alienante já figurava no polo passivo da execução fiscal tendo sido citado em 24/06/1998, sendo o bem constricto, alienado sucessivas vezes, desde 1999.* Agravo improvido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0003328-11.2008.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 10/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2014) - *destaquei*

De acordo com o parágrafo único do art. 185 do CTN, a presunção de má-fé somente é elidida quando o devedor alienante reserva patrimônio suficiente para garantia do débito em execução, mantendo-se solvente, sendo certo que a demonstração da solvência cabe ao adquirente embargante ou até mesmo ao executado, conforme revela a pacífica jurisprudência desta Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ART. 185 DO CTN. ÔNUS DA PROVA DO TERCEIRO ADQUIRENTE. FALTA DE COMPROVAÇÃO. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. (...) 4. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a fraude à execução rege-se pela norma vigente à época do ato de alienação, sendo que, na nova redação do artigo 185 do CTN, dada pela LC 118/2005, para a presunção da fraude basta a inscrição em dívida ativa, cabendo ao executado ou ao terceiro adquirente a comprovação da solvência do devedor ou da inexistência de consilium fraudis ou má-fé, não se aplicando a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça às execuções fiscais de créditos tributários. 5. *Para configurar fraude à execução não basta alienação de bens após a inscrição em dívida ativa, pois o estado de insolvência é igualmente condição para a hipótese legal do artigo 185 do CTN, o que, in casu, diversamente do alegado, restou comprovado, ante as diligências negativas que buscaram a localização de bens da devedora e de seu sócio, que comprova a inexistência de bens livres e desembaraçados, capazes de garantir a execução. Por fim, as alegações da agravante de que não restou comprovada a insolvência do co-executado e a má-fé devem ser afastadas, pois o terceiro adquirente, a quem cabia o ônus da prova, juntamente com o co-executado, vez que se trata de alienação posterior à vigência da LC 118/05, não demonstraram a solvência do co-devedor ou a inexistência de consilium fraudis ou má-fé, prevalecendo, pois, a presunção relativa de fraude à execução.* (...) 9. Agravo inominado desprovido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0012350-96.2012.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016) - *destaquei*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. FRAUDE À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) 5. Caso em que, a execução fiscal foi ajuizada em 22/01/1999, houve diligências negativas do oficial de Justiça, em 04/06/1999 e em 25/01/2000; sendo a empresa citada por edital em 02/06/2000; informações da 24ª Circunscrição Regional de Trânsito de Jundiaí, informando a inexistência de veículos automotores em nome de Pet Eletrônica Ltda. e de Edison Battipaglia, em 11/07/2000, assim como certidões negativas de existência de bens imóveis, ambas de julho/2000. Requerida a inclusão dos sócios Geraldo Foresti e Francisco Carlos Navarro Novais Oliveira, em 20/09/2001, as tentativas de citação postal restaram negativas; houve pedido de citação de Luiz Fernando Foresti por carta precatória, e de Geraldo Foresti, por edital, em 28/01/2001; certidões negativas de citação por oficial de Justiça de Luiz Fernando Foresti, realizadas em 18/09/2003 e 23/03/2006; novo pedido de citação de Luiz Fernando Foresti e Geraldo Foresti, por edital, em 11/07/2006, publicado no DJE em 05/11/2008; requerida penhora de ativos financeiros

pelo sistema BACENJUD, em 23/06/2010; deferido em 12/05/2011; cumprida a ordem em 13/05/2011, a qual restou infrutífera. Pesquisada a existência de bens, verificou-se existir um veículo Hyundai I30 2.0, RENAVAM 190995742, registrado em nome de Luiz Fernando Foresti, em 26/07/2011; posteriormente registrado em nome de Elizabeth Schmitz, em 24/11/2011. A PFN requereu, então, a decretação de fraude à execução, com a consequente penhora do veículo, o qual restou deferido em 15/05/2014. 6. *Para configurar fraude à execução não basta alienação de bens após a inscrição em dívida ativa, pois o estado de insolvência é igualmente condição para a hipótese legal do artigo 185 do CTN, o que, in casu, diversamente do alegado, restou comprovado, ante as diligências negativas que buscaram a localização de bens da devedora e de seu sócio e diante de toda a documentação juntada pela PFN, que comprova a inexistência de bens livres e desembaraçados, capazes de garantir a execução. Por fim, as alegações da agravante de que não restou comprovada a insolvência do co-executado e a má-fé devem ser afastadas, pois o terceiro adquirente, a quem cabia o ônus da prova, juntamente com o co-executado, vez que se trata de alienação posterior à vigência da LC 118/05, não demonstraram a solvência do co-devedor ou a inexistência de consilium fraudis ou má-fé, prevalecendo, pois, a presunção relativa de fraude à execução. (...) 11. Agravo inominado desprovido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017424-11.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 17/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2015) - destaquei*

EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA - ALIENAÇÃO (03/06/2008) POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA- MATÉRIA APAZIGUADA AO RITO DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA, ART. 543-C, CPC - AUSENTE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS. (...) 6. *Impresente prova da solvência do polo executado, pecando mais uma vez a parte embargante, pois nenhum elemento carregou aos autos, a fim de comprovar que o devedor tem patrimônio para saldar o débito fiscal, seu ônus, artigo 333, CPC. 7. Se a garantia patrimonial genérica do credor está no patrimônio do devedor, indubitável que o gesto de alienação se impregnou de fraude, de molde a se revelar imperativo seu desfazimento. 8. Destaque-se nenhuma força têm as entabulações privadas perante o Estado, cujo crédito tributário desfruta de tal garantia, estampada no art. 185 CTN: sendo ônus da parte embargante denotar a solvabilidade do originário executado, seu não atendimento visceralmente compromete sua própria tese. (...) (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0036657-09.2011.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 15/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015) - destaquei*

Fixadas tais premissas, verifico que, na espécie, as sucessivas alienações do bem do executado, em 22/04/2006 para o primeiro adquirente e deste para os embargantes em 28/07/2006 (fl. 54), efetivaram-se após a vigência da LC nº 118/05. Portanto, o marco temporal a reger a existência de fraude é a inscrição em dívida ativa, que se deu em 02/02/1988 (fls. 86/88), sendo incontestes a presença do primeiro requisito para a presunção da fraude à execução.

Por outro lado, não houve qualquer demonstração, nos presentes autos, de que o executado tenha reservado patrimônio suficiente para garantir o pagamento dos débitos fiscais. Restando presente o segundo requisito, exigido pelo art. 185, parágrafo único, do CTN, de rigor o reconhecimento da fraude à execução.

Por fim, mesmo que se admitisse, quanto à questão das alienações sucessivas, pelo afastamento da presunção absoluta de fraude e pela proteção da boa-fé do terceiro embargante, impende observar que, no caso concreto, os contornos em que se deu a alienação do imóvel pelo executado a Sandra Corrêa e desta, por sua vez, aos autores, são minimamente suspeitos.

Com efeito, depreende-se da matrícula acostada à fl. 54 que não houve cadeia dominial

significativa, tendo sido efetuada a segunda transação, de Sandra Corrêa para Raul Luiz Corrêa e Rozineide Batista dos Santos, ora embargantes, apenas três meses depois da primeira, quando há muito corria ação executiva em face de Mohamed Hassann Jebai.

Ressalte-se que a primeira alienação foi convencionada na absurda importância de R\$10,00 (dez reais), enquanto o recolhimento do ITBI foi de R\$600,00 (seiscentos reais), calculado sobre o valor de avaliação do bem em R\$30.000,00 (trinta mil reais). Acrescente-se que o imóvel, somente três meses depois, foi avaliado em R\$60.000,00 (sessenta mil reais).

De outra banda, não demonstraram os autores que providenciaram certidões relativas à vendedora imediata. Ao contrário, juntaram certidões referentes ao próprio executado, emitidas no período da celebração da primeira alienação (fls. 71 e 72), o que evidencia, ainda mais, a ausência de seriedade da cadeia de negócios jurídicos e deslustra a sua alegada boa-fé.

Destarte, deve ser reformada a sentença recorrida, para julgar improcedentes os embargos e, conseqüentemente, inverter os ônus sucumbenciais.

Sem condenação em custas, consoante o especialmente disposto no art. 4º, II da Lei nº 9.289/96.

No que concerne aos honorários advocatícios, com fulcro no art. 85, § 2º e incisos, § 3º, inc. I e § 4º, inc. III do Novo Código de Processo Civil, considerando-se os princípios da causalidade e da sucumbência e tendo em vista, ainda, a singeleza da lide, a desnecessidade de uma maior instrução probatória, a atuação suficiente do procurador da União e a interposição de recurso perante o Tribunal, bem como o valor atribuído à causa, condeno os embargantes ao pagamento da verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, a ser corrigida de acordo com o Manual para Orientação de Cálculos da Justiça Federal.

Contudo, diante da concessão do benefício de assistência judiciária gratuita aos embargantes (fl. 83), suspendo a exigibilidade do pagamento de honorários advocatícios enquanto persistir a insuficiência de recursos, até cinco anos contados do trânsito em julgado desta decisão, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º do Novo CPC.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pela União.

É o voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0004042-82.2014.4.03.6111

(2014.61.11.004042-9)

Agravantes: CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL E AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL E AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE VERA CRUZ - SP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA MORRISON

Classe do Processo: ApelReex 2098866

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/04/2016 E 04/04/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS. VIOLAÇÃO DE AUTONOMIA DO MUNICÍPIO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

- A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

- Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido pela invasão de competências legais da agência reguladora e pela violação dos poderes. Observa-se que não há, no direito positivo, vedação expressa ao pleito trazido na demanda. Ademais, o provimento pleiteado não ultrapassa os limites da prestação jurisdicional, pois não se trata de interferir no poder regulamentar da agência reguladora, mas de verificar se tal poder foi exercido sem exorbitar de sua competência.

- Improcede a alegação da CPFL de que não possui legitimidade *ad causam*, uma vez que a discussão posta nos autos é afeta ao conteúdo obrigacional do contrato firmado com a União. Assim, considerando-se que o provimento jurisdicional afetará suas atribuições perante o serviço de iluminação pública, patente seu interesse na lide.

- A Lei nº 9.427/1996 disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal” (art. 2º).

- No exercício de seu poder regulamentar, a ANEEL expediu a Resolução Normativa 414/2010, cujo art. 218, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012.

- Ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - que, no caso em análise, é o Município, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, além de ferir a autonomia municipal assegurada no art. 18 da CF, uma vez que, a princípio, estabelece novos deveres e obrigações ao Município.

- Nos termos dos arts. 30, V e 149-A da Constituição Federal, o serviço de iluminação pública possui interesse local, cuja prestação incumbe ao Município, diretamente ou

sob o regime de concessão ou permissão, de modo a possibilitar ao ente político instituir a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

- Não se pode olvidar que o art. 175 da CF estabelece que a prestação de serviços públicos deve ser feita nos termos da lei, não sendo suficiente, portanto, o estabelecimento de transferência de ativos ao Poder Público Municipal mediante ato normativo expedido por agência reguladora, como no caso em análise.

- A jurisprudência desta Corte Regional firmou entendimento no sentido da suspensão da eficácia do artigo 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010. Precedentes.

- Os agravantes não trouxeram nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziram qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

- Agravos desprovidos.

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 aos agravos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de março de 2016.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

Trata-se de agravos interpostos pela AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA ANEEL e por CPFL CIA PAULISTA DE FORCA E LUZ, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática proferida às fls. 288/295 que, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à remessa oficial e às apelações da CPFL e ANEEL interpostas em face da r. sentença que julgou procedente o pedido, formulado pelo MUNICÍPIO DE VERA CRUZ, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL, com redação dada pela Resolução Normativa nº 479/2012, e, por consequência, desobrigar o município-autor de receber da distribuidora (CPFL) o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS.

Às fls. 299/309 sustenta a CPFL, em síntese, impossibilidade jurídica do pedido pela invasão de competências legais da agência reguladora (art. 295, parágrafo único, III, CPC) e pela violação ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CF), e, ainda, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, aduz que nos termos do art. 30, V, da CF, é da competência municipal organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, como é o caso da prestação do serviço de iluminação pública. Alega a constitucionalidade da transferência dos ativos, haja vista ser de interesse local a iluminação pública e, portanto, incontestavelmente de competência dos entes municipais. Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não

entenda, sua apresentação em mesa para julgamento, provendo integralmente o recurso.

Às fls. 316/338 sustenta a ANEEL, em síntese, que o processo que resultou na publicação das Resoluções nº 414/2010 e 479/2012, para a transferência do sistema de iluminação pública aos municípios, a ANEEL, não extrapolou o poder regulamentar da agência e nem feriu a autonomia municipal assegurada pelo artigo 18 da CF. Alega que o serviço municipal de iluminação pública não se confunde com o serviço público federal de distribuição de energia. Afirma que o serviço municipal de iluminação pública consiste em prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, continua ou eventual, vide, a respeito, o artigo 2º, XXXIX, da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010. Assevera que a prestação de serviços de iluminação pública sempre foi da competência dos Municípios, fazendo parte dos serviços públicos de interesse local, conforme dispõe os arts. 30, V, e 149-A, ambos da CF. Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

Não é de serem providos os agravos.

A decisão ora agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas pela CIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ CPFL e pela AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA ANEEL em face da r. sentença proferida em ação ordinária, objetivando que seja reconhecida a ilegalidade e declarada a inconstitucionalidade da Resolução Normativa nº 414, com redação dada pela Resolução Normativa 479, ambas da ANEEL, a fim de desobrigá-lo ao recebimento, da concessionária CPFL, do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS. Às fls. 40/49 foi concedida a antecipação da tutela.

A r. sentença julgou procedente o pedido, formulado pelo MUNICÍPIO DE VERA CRUZ, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL, com redação dada pela Resolução Normativa nº 479/2012, e, por consequência, desobrigar o município-autor de receber da distribuidora (CPFL) o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS. Em razão da sucumbência, condenou a ANEEL e a CPFL no pagamento de honorários advocatícios em favor do município-autor, fixados em R\$ 5.000,00, metade para cada ré, com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. Sentença sujeita à remessa oficial.

Sustenta a CPFL, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido pela invasão de competências legais da agência reguladora (art. 295, parágrafo único, III, CPC) e pela violação ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CF). Alega, ainda, a ilegitimidade passiva da CPFL. No mérito, aduz que nos termos do art. 30, V, da CF, é da competência municipal organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, como é o caso da prestação do serviço de iluminação pública. Ressalta a constitucionalidade da transferência dos ativos, haja vista ser de interesse local a iluminação pública e, portanto, incontestavelmente de competência dos entes municipais. Requer o provimento do apelo.

Em razões recursais, a ANEEL sustenta, em síntese, que o processo que resultou na publica-

ção das Resoluções nº 414/2010 e 479/2012, para a transferência do sistema de iluminação pública aos municípios, a ANEEL, não extrapolou o poder regulamentar da agência e nem feriu a autonomia municipal assegurada pelo artigo 18 da CF. Alega que o serviço municipal de iluminação pública não se confunde com o serviço público federal de distribuição de energia. Afirma que o serviço municipal de iluminação pública consiste em prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, continua ou eventual, vide, a respeito, o artigo 2º, XXXIX, da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010. Assevera que a prestação de serviços de iluminação pública sempre foi da competência dos Municípios, fazendo parte dos serviços públicos de interesse local, conforme dispõe os arts. 30, V, e 149-A, ambos da CF. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Tal dispositivo, na 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. O seu § 1º também faculta ao relator, desde logo, dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida for manifestamente contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

De início, rejeito as preliminares suscitadas pela CPFL.

Com efeito, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido pela invasão de competências legais da agência reguladora e pela violação dos poderes. Observa-se que não há, no direito positivo, vedação expressa ao pleito trazido na demanda. Ademais, o provimento pleiteado não ultrapassa os limites da prestação jurisdicional, pois não se trata de interferir no poder regulamentar da agência reguladora, mas de verificar se tal poder foi exercido sem exorbitar de sua competência.

De outra parte, improcede a alegação de que não possui legitimidade *ad causam*, uma vez que a discussão posta nos autos é afeta ao conteúdo obrigacional do contrato firmado com a União. Assim, considerando-se que o provimento jurisdicional afetará suas atribuições perante o serviço de iluminação pública, patente seu interesse na lide.

No mérito, a Lei nº 9.427/1996 disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal” (art. 2º).

No exercício de seu poder regulamentar, a ANEEL expediu a Resolução Normativa 414/2010, cujo art. 218, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012, assim dispõe:

“Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.”

Verifica-se que ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - o Município, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, além de ferir a autonomia municipal assegurada no art. 18 da CF, uma vez que estabelece novos deveres e obrigações ao Município.

Ademais, nos termos dos arts. 30, V e 149-A da Constituição Federal, o serviço de iluminação pública possui interesse local, cuja prestação incumbe ao Município, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, de modo a possibilitar ao ente político instituir a contri-

buição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Não se pode olvidar que o art. 175 da CF estabelece que a prestação de serviços públicos deve ser feita nos termos da lei, não sendo suficiente, portanto, o estabelecimento de transferência de ativos ao Poder Público Municipal mediante ato normativo expedido por agência reguladora, como no caso em análise.

Com efeito, a jurisprudência desta E. Corte firmou entendimento no sentido da suspensão da eficácia do artigo 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ART. 218 DA RESOLUÇÃO 414/2010. ANEEL. TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PARA O MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- Ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - no caso, o Município de Adolfo/SP, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, estabelecendo novas obrigações ao Município, violando, por conseguinte, a autonomia municipal assegurada pelo artigo 18 da Constituição Federal.

- Da análise do artigo 175 da Constituição Federal, verifica-se que a prestação de serviços públicos deve ser feita nos termos de lei. Por esta razão, não poderia um ato normativo infralegal, no caso uma Resolução Normativa, transferir o sistema de iluminação pública para o Município, devendo, para tanto, ser instituída uma lei específica.

- Há de ser mantida a sentença que reconheceu o direito invocado, declarou a ilegalidade da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL e determinou que as partes requeridas se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) para o município autor com fulcro na referida resolução.

- Igualmente, destaco que não prospera a alegação da COMPANHIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA no sentido de que há falta de interesse de agir, já que os ativos de iluminação pública já foram transferidos ao município recorrido em 2010, porquanto tal afirmação fundamenta-se em simples comunicação unilateral da apelante (fls. 367/369) e em contrato de fornecimento de energia elétrica firmado em maio de 2013, à luz da Resolução da ANEEL cuja ilegalidade ora se reconhece.

- Ainda que assim não fosse, o objeto da presente ação pode ser facilmente delimitado e consiste no pedido de declaração de ilegalidade do art. 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, afastando-se os efeitos da mesma. Mesmo que o apelado tenha utilizado o termo ‘desobrigando o recebimento’, resta claro que, caso o recebimento já tenha se operado, o reconhecimento da ilegalidade da referida resolução importaria o desfazimento da transferência.

- Recursos improvidos”.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0001971-25.2014.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 23/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2015) “AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. ANEEL. SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O serviço de iluminação pública dentro do território do município constitui atribuição e responsabilidade dele próprio, cabendo-lhe prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, de acordo com o disposto no art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

2. Como forma de contraprestação ao referido serviço público, pode a agravante cobrar dos administrados a contribuição para custeio da iluminação pública - CIP, instituída pela EC nº 39/2002, consoante dicção do art. 149-A da Carta Magna

3. A ANEEL, por seu turno, guarda atribuições decorrentes da Lei nº 9.427/96, que dizem respeito à regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição, comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes governamentais.

4. A agravante sustenta que, após avaliação técnica das contribuições recebidas através da Consulta Pública nº 2/2009, concluiu pela necessidade de efetuar a transferência dos ativos

de iluminação pública das distribuidoras para o poder público municipal, o que foi efetivado através do art. 218 da Resolução Normativa nº 414/2010, com redação dada pela Resolução Normativa nº 479/2012.

6. No entanto, deveria ter sido disciplinada por lei, de modo que a resolução da ANEEL, no que toca aos dizeres do art. 218 transcrito, desborda a atividade meramente regulamentar.

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

8. Agravo legal improvido”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0017533-59.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 24/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2015)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 218 DA RESOLUÇÃO 414/2010. ANEEL. TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PARA O MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. RECURSO PROVIDO.

- Ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - no caso, o Município de Olímpia/SP, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, estabelecendo novas obrigações ao Município, violando, por conseguinte, a autonomia municipal assegurada pelo artigo 18 da Constituição Federal.

- Da análise do artigo 175 da Constituição Federal, verifica-se que a prestação de serviços públicos deve ser feita nos termos de lei. Por esta razão, não poderia um ato normativo infralegal, no caso uma Resolução Normativa, transferir o sistema de iluminação pública para o Município, devendo, para tanto, ser instituída uma lei específica.

- Há de ser reformada a decisão atacada, determinando-se que as partes requeridas se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) para o município autor com fulcro na Resolução nº 414/2010 da ANEEL, até o julgamento da lide.

- Agravo de instrumento provido”.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0003866-69.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2015)

“ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA ONDE MUNICÍPIO QUESTIONA A TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA REGISTRADO PELA EMPRESA DISTRIBUIDORA DE ELETRICIDADE COMO ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO (AIS), PARA O SEU PATRIMÔNIO, COM OS CONSEQUENTES ENCARGOS. NÍTIDO AÇODAMENTO DA BUROCRACIA, FEITO POR MEIO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 414/2010 - EDITADO POR AUTARQUIA QUE NÃO TEM QUALQUER PODER DISCRICIONÁRIO ‘SOBRE’ OS MUNICÍPIOS - DISPOSITIVO QUE NÃO TEM FORÇA DE LEI. DIFICULDADES MATERIAIS ENFRENTADAS PELO MUNICÍPIO AUTOR PARA IMPLANTAR O SERVIÇO QUE LHE É DE SÚBITO IMPINGIDO (*FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA INVERSOS*). RECURSO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE JALES contra a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida para ordenar às rés (ANEEL e ELEKTRO) que se abstivessem de praticar quaisquer atos tendentes a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativos Imobilizados em Serviço (AIS) para o Município-autor.

2. A instância da ANEEL os Municípios brasileiros devem se tornar materialmente responsáveis pelo serviço de iluminação pública, realizando a operação e a reposição de lâmpadas, de suportes e chaves, além da troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços e materiais de fixação, além de outras atividades necessárias a perfeição desse serviço público. É que os ativos imobilizados a serem transferidos aos Municípios são compostos por: lâmpa-

das, luminárias, reatores, bulbos, braços, e em alguns casos os postes desde que estes sejam exclusivos para iluminação pública (e não fornecimento de energia e iluminação).

3. Não há dúvida alguma de que o novo encargo que a ANEEL pretende impingir aos Municípios (em relação os quais não tem qualquer vínculo de supremacia ou autoridade) exige recursos operacionais, humanos e financeiros para operacionalização e manutenção dos mesmos, que eles não possuem. A manutenção do serviço de iluminação pública há muito tempo foi atribuída a empresas distribuidoras de energia elétrica; essa situação se consolidou ao longo de décadas, especialmente ao tempo do Regime Autoritário quando a União se imiscuiu em todos os meandros da vida pública e em muitos da vida privada. De repente tudo muda: com uma resolução de autarquia, atribui-se aos Municípios uma tarefa a que estavam desacostumados porque a própria União não lhes permitiu exercê-la ao longo de anos a fio.

4. Efeito do costumeiro passe de mágica da burocracia brasileira: pretende-se, do simples transcurso de um prazo preestabelecido de modo unilateral e genérico - como de praxe a burocracia ignora as peculiaridades de cada local - que o serviço continue a ser prestado adequadamente, fazendo-se o pouco caso de sempre com a complexidade das providências a cargo não apenas das distribuidoras de energia elétrica, mas acima de tudo aquelas que sobraram aos Municípios, a grande maioria deles em estado de penúria.

5. A quem interessa a transferência dos Ativos Imobilizados em Serviço da distribuidora para os Municípios? A distribuidora perde patrimônio; o Município ganha material usado (e em que estado de conservação?) e um encargo; o munícipe será tributado. Quem será o beneficiário?

6. Se algum prejuízo ocorre, ele acontece em desfavor dos Municípios, e não das empresas distribuidoras de energia que até agora, com os seus ativos imobilizados, vêm prestando o serviço sem maiores problemas. Também não sofrerá qualquer lesão a ANEEL, que por sinal não tem nenhuma ingerência nos Municípios; não tem capacidade de impor-lhes obrigações ou ordenar que recebam em seus patrimônios bens indesejados.

7. Agravo de instrumento provido”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0009329-89.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 27/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2015)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ANEEL. MUNICÍPIO QUESTIONA A TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA REGISTRADO PELA EMPRESA DISTRIBUIDORA DE ELETRICIDADE COMO ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO - AIS - PARA O SEU PATRIMÔNIO, COM OS CONSEQUENTES ENCARGOS. RESOLUÇÃO NORMATIVA 414/2010. DISPOSITIVO SEM FORÇA DE LEI. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. É cediço na doutrina e na jurisprudência que as agências reguladoras estão adstritas aos poderes que lhe são atribuídos por lei. Isto importa dizer que só podem reger conteúdo não disposto em lei prévia se assim lhe for permitido pelas competências que recebeu legalmente, e nos estritos limites que lhe forem impostos, conforme voto da Ministra ELIANA CALMON, relatora do RESP 1.386.994, publicado no DJe 13/11/2013.

2. Caso em que se faz necessário delinear os limites da atuação regulamentar da ANEEL, reconhecendo que não há dispositivo legal que expressamente permita à ANEEL gerar obrigações a entes públicos, dentre as competências que lhe foram atribuídas por força do artigo 3º da Lei 9.427/1996.

3. Deve-se ter em vista que a obrigação do Município para com o serviço de iluminação pública independe da ANEEL, já que detém assento constitucional, inclusive com previsão específica para a forma de custeio (artigo 149-A). Assim, de se afastar o argumento de que a Resolução Normativa 414/2010 da ANEEL está atribuindo tal obrigação a despeito de não deter força de lei. A agência está devidamente alinhada à suas atribuições, por exemplo, de ‘gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios

com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica' (artigo 3º, IV, Lei 9.427/1996).

4. Não obstante, a análise da situação concreta revela que, neste caso, a atuação da ANEEL importa, materialmente, na própria regência do patrimônio do Município, uma vez que lhe atribui a propriedade dos 'Ativos Imobilizados em Serviço-AIS', até então de titularidade da distribuidora, de maneira cogente.

5. Na medida em que a ANEEL detém competência para 'regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação' (artigo 3º, XIX, Lei 9.427/1996) e gerir os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica, e que tais contratos, por definição, importam em obrigações mútuas entre os contratantes, não há como não se derivar que a ANEEL pode estabelecer regulamentações que impliquem em alteração das obrigações contratuais originalmente firmadas, ou tradicionalmente cumpridas, criando-as ou extinguindo-as. Negar a naturalidade desta consequência acabaria por esvaziar a própria função da agência, na medida em que orientada ao satisfatório oferecimento do serviço público, devendo, sempre que necessário, intervir nas relações entre concedente e concessionária em favor do interesse público (artigo 29, III, Lei 8.987/1995, função do poder concedente delegada à ANEEL por força da Lei 9.427/1996).

6. No específico caso da concessão de distribuição elétrica outorgada à CPFL, a União, poder concedente, atua por intermédio da ANEEL, em conformidade com o já referido artigo 3º, IV da Lei 9.427/1996. Importa dizer, portanto, que a Agência Nacional de Energia Elétrica representa a União, de modo a poder impor, também por estas circunstâncias, obrigações ao Município, advindas de alterações contratuais.

7. No entanto, a despeito de todo o arrazoado até aqui, deve-se sopesar que também dentre as competências da ANEEL consta 'zelar pela boa qualidade do serviço (...)' (artigo 29, VII, Lei 8.987/1995) e 'estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica;' (artigo 3º, XII, Lei 9.427/1996). Ou seja, até por ser o seu propósito, deve a ANEEL visar a boa qualidade do serviço público prestado, buscando seu aperfeiçoamento. Assim, sua atuação na gerência contratual deve ser orientada às políticas e diretrizes do governo federal (artigo 3º, I, Lei 9.427/1996), buscando estabelecer metas e critérios de desempenho, de modo a atender satisfatoriamente a população, enquanto destinatária do serviço.

8. Nem se diga que a ANEEL não deve regular o serviço de iluminação pública, já que de competência municipal. Isto porque até o presente momento este serviço é prestado, tradicionalmente e de boa-fé, como obrigação acessória em contrato de concessão (o que já atrairia sua competência), em que, como dito, a União atua por intermédio da agência. E mesmo se o município resolver prestar o serviço por meio de concessão, quer se considere isto atividade acessória ao contrato firmado com a União ou contrato independente, cabe legalmente à ANEEL gerir tal serviço, vez que as competências constantes do artigo 3º da Lei 9.427/1996 não distinguem o âmbito federativo do serviço concessionado, muito embora a ANEEL deva respeito à autonomia municipal, neste caso. Tanto assim é que o inciso IV do referido artigo inclusive aventa a possibilidade de fiscalização mediante convênio com órgãos estaduais.

9. Desse modo, não há qualquer evidência concreta nos autos de que a Municipalidade esteja apto a gerir os AIS que lhe seriam transferidos. Não há informação sobre previsão orçamentária, instituição de COSIP ou de presença de efetivo técnico capacitado para a manutenção dos ativos. Note-se que o ônus dessa prova é da ANEEL, na medida em que detém o dever legal de zelar pelo serviço prestado e, portanto, garantir que os AIS só sejam transferidos aos municípios uma vez estejam estes aptos a manter a qualidade do serviço, sob pena de danos sensíveis aos munícipes. Não o fazendo, atua de maneira ilegal, porque contrariamente às funções que lhe foram legalmente atribuídas.

10. Nestes termos, a ANEEL deveria incentivar o acerto entre distribuidora e município, ao

invés de impor, indistintamente, a obrigação de adequação, até porque sabida a larga desigualdade de infraestrutura entre os diversos municípios do país.

11. Em relação ao pedido de multa diária, objeto de petição protocolada no curso da tramitação do feito nesta Corte, verifica-se que não houve apelação interposta pela requerente quanto ao ponto e inexistente prova de qualquer fato novo a justificar o seu exame nesta instância, pelo que inviável o seu acolhimento.

12. Agravos inominados desprovidos”.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0008096-98.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 27/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015) “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS. VIOLAÇÃO DE AUTONOMIA DO MUNICÍPIO. AGRAVO DESPROVIDO.

- É firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

- A Lei nº 9.427/1996 disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para ‘regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal’ (art. 2º).

- No exercício de seu poder regulamentar, a ANEEL expediu a Resolução Normativa 414/2010, cujo art. 218, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012.

- Ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - que, no caso em análise, é o Município, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, além de ferir a autonomia municipal assegurada no art. 18 da CF, uma vez que, a princípio, estabelece novos deveres e obrigações ao Município.

- Nos termos dos arts. 30, V e 149-A da Constituição Federal, o serviço de iluminação pública possui interesse local, cuja prestação incumbe ao Município, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, de modo a possibilitar ao ente político instituir a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

- Não se pode olvidar que o art. 175 da CF estabelece que a prestação de serviços públicos deve ser feita nos termos da lei, não sendo suficiente, portanto, o estabelecimento de transferência de ativos ao Poder Público Municipal mediante ato normativo expedido por agência reguladora, como no caso em análise.

- A jurisprudência desta Corte Regional firmou entendimento no sentido da suspensão da eficácia do artigo 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010. Precedentes.

- As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0022028-83.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2015) “PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ART. 218 DA RESOLUÇÃO 414/2010. ANEEL. TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PARA O MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. APELAÇÃO PROVIDA.

- Ao prever a transferência do sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente - no caso, o Município de Promissão/SP, a ANEEL extrapolou seu poder regulamentar, estabelecendo novas obrigações ao Município, violando, por conseguinte, a autonomia municipal assegurada pelo artigo 18 da Constituição Federal.

- Da análise do artigo 175 da Constituição Federal, verifica-se que a prestação de serviços

públicos deve ser feita nos termos de lei. Por esta razão, não poderia um ato normativo infralegal, no caso uma Resolução Normativa, transferir o sistema de iluminação pública para o Município, devendo, para tanto, ser instituída uma lei específica.

- Há de ser reconhecido o direito invocado, declarando-se a ilegalidade da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL e determinando-se, em definitivo, que as partes requeridas se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) para o município autor com fulcro na referida resolução.

- Em razão do que ora se decide, ficam invertidos os ônus da sucumbência fixados na r. sentença.

- Apelação provida”.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0001402-58.2013.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 25/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/07/2015) “ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA ONDE MUNICÍPIO QUESTIONA A TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA REGISTRADO PELA EMPRESA DISTRIBUIDORA DE ELETRICIDADE COMO ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO (AIS), PARA O SEU PATRIMÔNIO, COM OS CONSEQUENTES ENCARGOS. NÍTIDO AÇODAMENTO DA BUROCRACIA, FEITO POR MEIO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 414/2010 - EDITADO POR AUTARQUIA QUE NÃO TEM QUALQUER PODER DISCRICIONÁRIO ‘SOBRE’ OS MUNICÍPIOS - DISPOSITIVO QUE NÃO TEM FORÇA DE LEI. DIFICULDADES MATERIAIS ENFRENTADAS PELO MUNICÍPIO AUTOR PARA IMPLANTAR O SERVIÇO QUE LHE É DE SÚBITO IMPINGIDO (*FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA INVERSON*). RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL contra a decisão de fls. 145/148 (fls. 111/112 da ação originária) através da qual o MM. Magistrado *a quo* antecipou os efeitos da tutela para o fim de suspender os efeitos do art. 218 da Instrução Normativa nº 414/2010, com redação dada pela Instrução Normativa nº 479/2012, ambas da ANEEL, de modo a desobrigar o Município de Américo Brasiliense de receber da corré CPFL o sistema de iluminação pública registrada como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS e determinar à CPFL a manutenção do serviço de iluminação pública ao Município.

2. A instância da ANEEL os Municípios brasileiros devem se tornar materialmente responsáveis pelo serviço de iluminação pública, realizando a operação e a reposição de lâmpadas, de suportes e chaves, além da troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços e materiais de fixação, além de outras atividades necessárias a perfeição desse serviço público. É que os ativos imobilizados a serem transferidos aos Municípios são compostos por: lâmpadas, luminárias, reatores, bulbos, braços, e em alguns casos os postes desde que estes sejam exclusivos para iluminação pública (e não fornecimento de energia e iluminação)

3. Não há dúvida alguma de que o novo encargo que a ANEEL pretende impingir aos Municípios (em relação os quais não tem qualquer vínculo de supremacia ou autoridade) exige recursos operacionais, humanos e financeiros para operacionalização e manutenção dos mesmos, que eles não possuem. A manutenção do serviço de iluminação pública há muito tempo foi atribuída a empresas distribuidoras de energia elétrica; essa situação se consolidou ao longo de décadas, especialmente ao tempo do Regime Autoritário quando a União se imiscuiu em todos os meandros da vida pública e em muitos da vida privada. De repente tudo muda: com uma resolução de autarquia, atribui-se aos Municípios uma tarefa a que estavam desacostumados porque a própria União não lhes permitiu exercê-la ao longo de anos a fio.

4. Efeito do costumeiro passe de mágica da burocracia brasileira: pretende-se, do simples transcurso de um prazo preestabelecido de modo unilateral e genérico - como de praxe a burocracia ignora as peculiaridades de cada local - que o serviço continue a ser prestado

adequadamente, fazendo-se o pouco caso de sempre com a complexidade das providências a cargo não apenas das distribuidoras de energia elétrica, mas acima de tudo aquelas que sobraram aos Municípios, a grande maioria deles em estado de penúria.

5. A quem interessa a transferência dos Ativos Imobilizados em Serviço da distribuidora para os Municípios? A distribuidora perde patrimônio; o Município ganha material usado (e em que estado de conservação?) e um encargo; o munícipe será tributado. Quem será o beneficiário?

6. Se algum prejuízo ocorre, ele acontece em desfavor dos Municípios, e não das empresas distribuidoras de energia que até agora, com os seus ativos imobilizados, vêm prestando o serviço sem maiores problemas. Também não sofrerá qualquer lesão a ANEEL, que por sinal não tem nenhuma ingerência nos Municípios; não tem capacidade de impor-lhes obrigações ou ordenar que recebam em seus patrimônios bens indesejados.

7. Agravo de instrumento improvido”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0032226-48.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 16/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/04/2015)

“AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL CAPAZ DE INFLUIR NA DECISÃO PROFERIDA - AÇÃO DE CONHECIMENTO - RECEBIMENTO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO - RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL - ABUSO DO PODER REGULAMENTAR.

1. Nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior, o Relator está autorizado a, por meio de decisão singular, enfrentar o mérito recursal e dar provimento ou negar seguimento aos recursos que lhe são distribuídos (artigo 557 do CPC).

2. Decisão monocrática consistente na negativa de seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de conhecimento pelo rito ordinário, deferiu a antecipação de tutela pleiteada para desobrigar o município de Santa Mercedes ao cumprimento do disposto no art. 218, da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL e, como decorrência, deverá manter o pagamento da tarifa B4b, ou valor correspondente, até o julgamento final da lide, após regular instrução processual.

3. O serviço de iluminação pública é de interesse predominantemente local, competindo, pois, aos municípios, a organização e a prestação, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, nos termos do que dispõe o art. 30, V, da Constituição da República. Com vistas ao seu custeio, o município poderá instituir contribuição, na forma da respectiva lei, a teor do estabelecido no art. 149-A da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 39/02.

4. A Resolução Normativa ANEEL nº 414/10, em seu art. 218, estabelece dever a empresa distribuidora de energia elétrica transferir, até 31/12/2014, o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) à pessoa jurídica de direito público competente, *in casu*, o município.

5. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade ‘regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal’ (art. 2º da Lei nº 9.427/96). No entanto, a transferência dos ativos necessários à prestação do serviço de iluminação pública deveria ter sido disciplinada por lei, em atendimento ao que dispõem o art. 5º, II, e o art. 175 da Constituição da República, de molde a tornar inviável a disciplina da matéria por intermédio da aludida resolução normativa que, ao menos nesse aspecto, exorbitou o poder regulamentar reservado à Agência Reguladora”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0029215-11.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 26/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/04/2015)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL.

AGRAVO INOMINADO. ART. 557 DO CPC. RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL 414/2010. RISCO DE DANO IRREPARÁVEL E IRREVERSÍVEL NÃO DEMONSTRADO. LEIS 10.352/01 E 11.187/05. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Em 12/12/2013 foi publicada no DOU a resolução Normativa ANEEL 587, de 10 de dezembro de 2013, alterando a data limite prevista no artigo 218, §4º, V, da resolução Normativa ANEEL 414/2010, para transferência dos ativos imobilizados em serviço, para 31/12/2014, demonstrando, desta forma, inexistir situação excepcional a justificar a antecipação da prestação jurisdicional, sendo inequívoco que a alegação de ‘periculum in mora’, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar a concessão da antecipação da tutela; e nem mesmo prova que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer.

3. Manifestamente inviável a reforma sem a prova inicial e essencial de risco de dano irreparável e irreversível, que não se encontra presente na desobrigação do Município de Socorro ao cumprimento do artigo 218 da Resolução Normativa da ANEEL 414/2010, com alterações da Resolução 479/2012, até ulterior deliberação do Juízo agravado, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

4. A própria legislação processual, após as Leis 10.352/01 e 11.187/05, tem reforçado a exigência de irreparabilidade como requisito para a viabilidade do agravo de instrumento, a demonstrar que a liminar e o recurso não podem ser admitidos a partir de alegação de dano genérico sem comprovação de irreversibilidade da situação jurídica, cuja configuração se pretende coibir.

5. É possível verificar que foi negado seguimento ou indeferido efeito suspensivo a diversos agravos de instrumento interpostos contra decisões análogas, que deferiram suspensão da eficácia do artigo 218 da Resolução Normativa ANEEL 414/2010 (v.g. AI 0012933-29.2013.4.03.0000, AI 0024272-82.2013.4.03.0000 e AI 0023304-52.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES; AI 0011757-15.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI; AI 0028444-67.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO; AI 0016799-45.2013.4.03.0000, Juiz Fed. Conv. VALDECI DOS SANTOS).

6. Agravo inominado desprovido”.

(TRF3, AI 00263132220134030000, Juiz Federal Conv. ROBERTO JEUKEN, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2014)

Assim, há de manter a r. sentença que declarou a ilegalidade da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL e, por consequência, determinou que as partes requeridas se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) para o Município autor com fulcro na referida resolução.

No que se refere à verba honorária, ante a procedência do pedido formulado na inicial, esta deve ser mantida em fixados em R\$ 5.000,00, metade para cada ré, de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial e às apelações da CPFL e ANEEL.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula

ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Acresce-se que os agravantes não trouxeram nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziram qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* aos agravos, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0017853-12.2014.4.03.0000

(2014.03.00.017853-3)

Agravante: AUTO VIAÇÃO TRIÂNGULO LTDA.

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: AI 535988

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, no entanto sendo vedados atos judiciais que importem na redução do patrimônio da empresa comprometendo a eficácia da medida.
2. Hipótese em que os bens que seriam levados a leilão compõem a frota de veículos da executada, cuja atividade empresarial é o transporte de pessoas, de forma que a expropriação desses bens acarretaria prejuízo às atividades da empresa e ao cumprimento do plano de recuperação judicial.
3. Agravo 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 recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de março de 2016.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AUTO VIAÇÃO TRIÂNGULO LTDA contra r. decisão (fls. 19/21) da MM. Juíza Federal da 2ª Vara de São Bernardo do Campo/SP pela qual, em ação de embargos à execução fiscal, foi mantida a penhora sobre veículos automotores pertencentes à executada.

Alega a agravante que a empresa encontra-se em recuperação judicial, sustentando, em síntese, a desnecessidade de comprovação de que os bens penhorados integrem a recuperação judicial, que enquanto não homologado o plano de recuperação todo o patrimônio da empresa fica à disposição da recuperação judicial, que, sendo a agravante empresa voltada à exploração do transporte de pessoas, os veículos penhorados figuram como bens relevantes na geração de receitas e que o crédito executado não tem natureza fiscal, mas se trata de verba honorária executada em autos de embargos à execução fiscal.

Em juízo sumário de cognição (fls. 151 e verso) foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Versa o presente recurso pretensão de desconstituição de penhora de veículos automotores.

O juiz de primeiro grau indeferiu o pedido nos seguintes termos:

Fls. 388/434: Indefiro o pleito.

O fato de haver Recuperação Judicial em curso, conforme o noticiado nos autos, não impede o prosseguimento do Cumprimento de Sentença em seus ulteriores termos, haja vista que não há prova de que os bens penhorados fazem parte do Plano de Recuperação Judicial da requerente. E esse ônus probatório repousa sobre seus ombros, conforme artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Não há prova, sequer, da homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Anoto, ainda, que a Lei 11.101/05 em seu artigo 6º, 7º, é categórica no sentido de que a existência de Recuperação Judicial não implica suspensão de Execução Fiscal.

Este Juízo não desconhece que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, embora a Execução Fiscal não seja suspensa pela Recuperação Judicial, ficam impedidos atos expropriatórios no bojo desse procedimento em atenção ao princípio da “preservação da empresa” (artigo 47 da Lei 11.101/05). Nesse sentido: STJ - ARARCC 120644 - 2ª Seção - Relator: Ministro Massami Uyeda - Publicado no Dje de 01/08/2012.

Mas a linha interpretativa revelada pelo Superior Tribunal de Justiça exige temperamentos. A vedação de atos expropriatórios no âmbito do procedimento executório fiscal apenas se justifica quando demonstrado, satisfatoriamente, que os bens penhorados integram, direta ou indiretamente, o Plano de Recuperação Judicial homologado pela Justiça Estadual.

Admitir que a mera existência de recuperação judicial é suficiente para que a Fazenda Pública reste alijada do direito de promover a satisfação de seus créditos gera situação de iniquidade. Isso porque, conforme bem se sabe, os créditos fiscais não integram o Plano de Recuperação Judicial.

Caso a Recuperação Judicial exija sensível alienação do patrimônio empresarial para a quitação dos débitos envolvidos naquele procedimento, a Fazenda Pública encontrará um devedor desprovido de patrimônio. Nesse contexto dificilmente haverá recuperação do crédito fiscal. Portanto, para evitar a prática de atos expropriatórios neste feito, há necessidade de prova de que os bens penhorados integram um plano de Recuperação Judicial homologado judicialmente, ou que, então, reste provado que esses bens assumem papel de relevo na composição patrimonial da requerente no que diz respeito à geração de receitas, destinadas ao pagamento de obrigações contempladas no Plano de Recuperação Judicial.

Contudo, neste feito não há prova de homologação judicial do Plano de Recuperação Judicial, tampouco da relevância dos bens penhorados para a geração de receitas destinadas ao pagamento de obrigações no Plano de Recuperação Judicial.

O simples fato de se tratar de uma sociedade empresária que se destina à prestação de serviço de transporte urbano e rodoviário de passageiros, não leva à conclusão necessária de que determinados ônibus não poderiam ser penhorados e leiloados.

Por fim, cito precedentes no sentido de que a existência de Recuperação Judicial não implica proibição de alienação de bens no bojo de Execução Fiscal:

“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DO FEITO EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A cobrança judicial de créditos tributários não se sujeita ao concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento e, além disso, referidos créditos gozam de privilégio, a teor do artigo 186 do CTN. 2. As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, conforme expressa disposição do parágrafo 7º, do artigo 6º, da Lei nº 11.101/2005, razão pela qual, o trâmite de aludido processo não constitui óbice ao prosseguimento do executivo fiscal, impondo-se a designação de data para a realização de leilão dos bens penhorados. 3. Agravo de instrumento provido.” (TRF3 - AI 308540 - 3ª Turma - Relator: Juiz Federal Convocado Rubens Calixto - Publicado no DJF3 de 30/08/2010).

“EMPRESA DE AVIAÇÃO CIVIL EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA ANTES DO PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO - LEI nº 11.101/05 - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO QUE NÃO POSSUI EMBASAMENTO LEGAL - PROSSEGUIMENTO DO FEITO, COM A REALIZAÇÃO DE LEILÃO JUDICIAL DOS BENS JÁ PENHORADOS. 1. Trata-se de pedido formulado por empresa operando no ramo da aviação civil, objetivando a suspensão de leilão judicial, já apazado, em virtude do recebimento, no efeito meramente devolutivo, de apelação em face de sentença de improcedência em embargos à execução fiscal propostos pela mesma. 2. A Nova Lei de Falências buscou aprimorar e aperfeiçoar os institutos protetivos dos diversos interesses que emergem dos estados de crise de insolvência empresarial, notadamente refletidos na Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência. 3. A cláusula geral de preservação da empresa, prevista no art. 47 dessa lei, é uma diretriz interpretativa, presumindo o legislador que a manutenção da empresa agrega os interesses do empresário, dos trabalhadores e daqueles que dela dependem. 4. Porém, a própria lei ressalva os créditos tributários em fase de execução, quando em seu art. 6º, 7º, determina que as execuções singulares, anteriormente propostas em face do empresário, não serão influenciadas pelo deferimento do processamento da Recuperação Judicial. 5. A essa conclusão socorre, de igual maneira, a qualificação, como indisponíveis, dos créditos tributários, a respeito dos quais não é dado à Fazenda Pública transacionar, quer particular quer coletivamente, como no caso da Recuperação Judicial. 6. Portanto, como bem acentuado na parte final desse mesmo 7º, a novação dos créditos fiscais, com a conseqüente suspensão da execução fiscal aparelhada por eles, só há que se dar através de parcelamento previsto em lei específica, obedecendo rigidamente os preceitos legais, em homenagem ao princípio da legalidade e à indisponibilidade dos mesmos. A transação informal, em assembléia de credores instituída para fim de aprovar plano de recuperação judicial, não se compactua com a natureza dos créditos fiscais. 8. Não há concurso de credores na Recuperação Judicial, sendo impertinente o argumento de desobediência à regra de preferência escalonada no art. 83 da Lei nº 11.101/05. 7. Por fim, *in casu*, os bens a serem levados a leilão estão livres e desembaraçados de quaisquer obrigações concernentes ao cumprimento do Plano acordado na justiça estadual. Pela sua natureza e destinação, sua excussão pouco ou nada prejudicará a continuidade da atividade de exploração do serviço de transporte aéreo exercida pela agravante. Prejuízo ao interesse público que não se provou. 8. Questão de ordem acolhida. 9. Efeito suspensivo negado. Pedido de suspensão de leilão judicial de bens penhorados que se nega, com o referendo do colegiado.” (TRF2 - AG 153625 - 4ª Turma - Relator: Desembargador Federal Luiz Antonio Soares - Publicado no DJU de 21/06/2007).

Indefiro, nesses termos, o pedido de fls. 388/434. Mantidas as hastas públicas designadas por este Juízo. Prossiga o feito em seus ulteriores termos. Int.

Na apreciação do pedido de efeito suspensivo a pretensão recursal foi objeto de juízo desfavorável nestes termos emitido:

(...) Formula pedido de efeito suspensivo, que ora aprecio.

Neste juízo sumário de cognição, não se me parecendo as razões recursais hábeis a abalar a motivação da decisão recorrida ao aduzir que “não há prova de que os bens penhorados fazem parte do Plano de Recuperação Judicial da requerente. E esse ônus probatório repousa sobre seus ombros, conforme artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Não há prova, sequer, da homologação do Plano de Recuperação Judicial. (...) A vedação de atos expropriatórios no âmbito do procedimento executivo fiscal apenas se justifica quando demonstrado, satisfatoriamente, que os bens penhorados integram, direta ou indiretamente, o Plano de Recuperação Judicial homologado pela Justiça Estadual” (fls. 19/19vº), considerando, ainda, que, embora sustente a agravante que a dívida se refere apenas à cobrança de honorários, verifica-se que a condenação em honorários foi no importe R\$ 10.000,00, em 05/12/2008 (fl. 79), enquanto que os bens penhorados em 26/03/2013 somavam R\$ 490.000,00 (fls. 103/104), nada esclarecendo a agravante a esse respeito, não verifico a presença da relevância dos fundamentos a autorizar a concessão da excepcional medida, pelo que indefiro o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Ora em juízo de maior profundidade e definitivo, não se confirma a motivação exposta na decisão inicial.

Embora a execução fiscal não se suspenda nos casos de recuperação judicial, são vedados atos judiciais que importem na redução do patrimônio da empresa comprometendo sua recuperação.

A matéria já foi objeto de apreciação pelo E. STJ no julgamento do AgRg no AgRg no CC nº 120.644/RS, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, o qual vem assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZO FEDERAL EM QUE TRAMITA EXECUÇÃO FISCAL - PEDIDO LIMINAR - DEFERIMENTO - SUSPENSÃO DOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS DETERMINADOS PELA JUSTIÇA FEDERAL NO BOJO DE EXECUÇÃO FISCAL, SOB PENA DE OBSTAR O SOERGUIMENTO DA EMPRESA EXECUTADA QUE TEVE EM SEU FAVOR O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DETERMINAÇÃO DE PENHORA DOS BENS DA RECUPERANDA (INCLUSIVE COM RESTRIÇÃO DE INDISPONIBILIDADE) - SOBRESTAMENTO - NECESSIDADE - COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - PRECEDENTES - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - INTERPRETAÇÃO DE LEI INFRACONSTITUCIONAL, TÃO-SOMENTE - RECURSO IMPROVIDO

I - A controvérsia instaurada no conflito de competência reside em saber se a determinação de penhora, no bojo da execução fiscal, sobre os bens da empresa executada, que teve em seu favor a homologação judicial de sua recuperação judicial, tem, ou não, o condão de imiscuir-se na competência do Juízo da recuperação Judicial. Nessa medida, levando-se em conta que referida decisão repercute, inequivocamente, sobre patrimônio de empresa em recuperação judicial, sobressai, nos termos do artigo 9º, § 2º, IX, do Regimento Interno, a competência da Segunda Seção para processamento e julgamento do feito - Precedentes.

II - De acordo com o recente posicionamento perfilhado pela colenda Segunda Seção desta a. Corte, *embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, o soerguimento desta*. Assim, sedimentou-se o entendimento de que “a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras” (ut CC 116213/DF, Relator Ministra Nancy Andriighi, Segunda Seção, DJe 05/10/2011);

III - A decisão objurgada cingiu-se, em sede de cognição sumária, a interpretar a Lei 11.101/2005, que trata dos procedimentos de recuperação judicial e falência, de outro lado, não se tratando, portanto, de declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 6º, § 7º da Lei nº 11.101/05, tal como alegado;

IV - Recurso improvido.

(AgRg no AgRG no CC 120644/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 2ª Seção, Dje: 01/08/2012).

Nesse mesmo sentido, confira-se a jurisprudência dessa E. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. *EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL*. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidado o entendimento de que o deferimento de recuperação judicial, nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/2005, não obsta o prosseguimento de execução fiscal para cobrança de débitos inscritos em dívida ativa, ressalvado o parcelamento de que trata o § 7º do artigo 6º, tampouco afeta a competência do Juízo especializado das execuções fiscais. 2. *É vedada a prática de atos processuais, na execução fiscal, que acarretem redução do patrimônio da empresa ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial, de modo a prejudicá-lo*. 3. Existe, portanto, situação excepcional e específica a obstar os atos da execução fiscal, cuja comprovação processual incumbe à executada. Não basta apenas alegar que o prosseguimento da execução fiscal impede a recuperação judicial, em tese e abstratamente, sem a narrativa impugnativa específica com a respectiva comprovação fática, sob pena de negar vigência ao § 7º do artigo 6º da Lei 11.101/2005, confrontar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, assim, atentar contra o direito de ação e de execução da Fazenda Pública, com prejuízo às prerrogativas e preferências do crédito tributário. 4. A garantia da execução fiscal, através de penhora, não configura ato de redução do patrimônio da empresa e, na verdade, é requisito para que a executada possa discutir a própria validade do crédito executado, podendo lograr a suspensão da execução fiscal, observados os requisitos da legislação, impedindo a expropriação. Sem comprovação, pela devedora, da prática de ato efetivamente prejudicial à recuperação judicial, não pode ser excluída a competência do Juízo para processar e julgar regularmente a execução fiscal. 5. Caso em que existe a comprovação do fato excepcional, já que foi determinada a expedição de mandado de penhora e avaliação, que restou concretizada sobre os imóveis da executada, registrados perante o Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Lucélia - SP, sobre as matrículas 361, 482, 936, 1789, 2386, 2665, 4154, 4429, 4782, 4783, 4784, 4785, 4786, 4787, 4788, 4789, 4790, 4791, 4792, 4793, 7232, 7336 e 8853. 6. Instada pelo Juízo a manifestar-se, a PFN requereu a expropriação judicial dos bens penhorados para pagamento do débito tributário. 7. A concretização da alienação judicial dos bens penhorados caracterizaria prática de ato processual tendente a produzir redução do patrimônio e excluir de parte dele da recuperação judicial, o que não é admissível, frente à jurisprudência consolidada, que reconhece que a execução fiscal não se suspende, salvo no tocante a tais atos. 8. Saliente-se que não houve declaração de inconstitucionalidade da norma da lei ordinária, daí porque impertinente, na espécie, alegar a violação do princípio da reserva de Plenário (artigo 97, CF e Súmula Vinculante 10/STF), conforme tem sido decidido no âmbito, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça (AGRESP 1.055.182, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 01/10/2008). 9. Agravo inominado desprovido.

(AI 00307238920144030000, TRF3, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 DATA:10/03/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - *EXECUÇÃO FISCAL - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SUSPENSÃO - DESCABIMENTO - ART. 6º, § 7º, LEI 11.101/2005 - RECURSO IMPROVIDO*. 1. Estabelece a mencionada norma legal (art. 6º, Lei nº 11.101/2005), que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária: “§ 7º

As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial , ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.” 2. De rigor o processamento da execução fiscal , tendo em vista que não há óbice legal para tanto. 3. As execuções de natureza fiscal não se coadunam com a regra fixada no *caput*, do artigo 6º, do mencionado diploma legal. Entretanto, *resta vedada a prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial*. 4. Não há notícia dos autos, quanto ao andamento do mencionado mandado de injunção e eventual suspensão do crédito tributário naqueles autos. 5. Agravo de instrumento improvido. (AI 0020612-46.2014.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 16/12/2014).

No caso em comento, os bens que seriam levados à leilão compõem a frota de veículos da executada, cuja atividade empresarial é o transporte de pessoas, de forma que a expropriação desses bens acarretaria prejuízo às atividades da empresa e ao cumprimento do plano de recuperação judicial.

Por estes fundamentos, *dou provimento* ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0004475-30.2015.4.03.6183

(2015.61.83.004475-2)

Agravante: NILO RODRIGUES

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: NILO RODRIGUES

Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AC 2118358

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, §1º, DO CPC). PODERES DO RELATOR. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO EM AÇÃO COLETIVA. DISCUSSÃO INDIVIDUAL. APLICABILIDADE DO ART. 104 DA LEI Nº 8.078/90. RECURSO DESPROVIDO.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC).

2 - O denominado agravo legal (art. 557, §1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

3 - Não procede o inconformismo do recorrente. Fato é que, mesmo existindo compromisso de ajustamento firmado entre o Ministério Público Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social na ação civil pública autuada sob o nº 0004911-28.2011.4.03.6183, que beneficiaria, inclusive, o autor, preferiu este trazer sua discussão a juízo de forma individualizada, razão pela qual não pode agora pretender se aproveitar de qualquer dos efeitos decorrentes dos fatos processuais ou materiais produzidos na ação coletiva, nos exatos termos preconizados pelo art. 104 da Lei nº 8.078/90. Isto porque, ao se eximir dos termos do acordo firmado em juízo, não se lhe aplica o marco interruptivo da prescrição, representado pela citação da autarquia em ação diversa da sua, mas sim a data em que citado o INSS na demanda ora em análise, conforme preconizava o art. 219 do CPC/73.

4 - No conflito aparente de normas, decorrente do que dispõem os artigos 202, VI, do CC/2002, de um lado, e 103, 104 da Lei nº 8.078/90, combinado com os artigos 219, *caput*, do CPC/73 e 202, I, do CC/2002, do outro, prevalecem estes últimos, eis que aplicáveis à situação específica daqueles jurisdicionados que preferiram não se

submeter ao alcance da ação coletiva, furtando-se, inclusive, ao calendário de pagamentos nela acordado.

5 - A discussão individualizada impede sejam estendidos ao autor os efeitos da coisa julgada coletiva e, como reverso da moeda, obsta sejam extraídas consequências dos atos processuais lá praticados, inclusive no que tange aos respectivos aspectos materiais.

6 - Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

7 - Agravo legal da parte autora não provido.

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, 25 de abril de 2016.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo, em verdade, legal (art. 557, §1º, do CPC) interposto por NILO RODRIGUES contra a decisão monocrática proferida pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, que deu parcial provimento à sua apelação.

Em razões recursais às fls. 75/78, requer o autor a reforma parcial da decisão, a fim de que o termo inicial da prescrição quinquenal seja fixado na data da propositura da ação civil pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183, em 05 de maio de 2011.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação previdenciária que busca revisão de benefício previdenciário para ajustá-lo aos novos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, pagando-se eventuais diferenças acrescidas de correção monetária e juros de mora.

Processado o feito, foi proferida sentença pela improcedência do pedido (fls. 54/59).

A parte-autora apela sustentando direito à revisão almejada, pugnando, ainda, para que o termo inicial do prazo prescricional seja o ajuizamento da Ação Civil Pública n. 0004911.28.2011.4.03.6183 (fls. 61/67v).

Sem contrarrazões (fls. 68v), vieram os autos a esta Corte.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Primeiramente, acredito que os órgãos fracionários desta E.Corte podem julgar a matéria em tela, sem mácula ao contido no art. 97 da Constituição ou ao que consta na Súmula Vinculante 10, do E.STF, justamente porque há pronunciamento do E.STF a propósito do tema litigioso. E justamente porque a matéria posta nos autos encontra-se pacificada nesta Corte, viabiliza-se a aplicação do disposto no art. 557 do CPC.

Por oportuno, observo a existência de interesse de agir sempre que não restar comprovado que a revisão administrativa alcançou todas as parcelas que envolvem o cálculo do benefício litigioso.

No que tange à prescrição em relações jurídicas de natureza continuativa, o fundo do direito não é atingido mas tão-somente as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação. Nesse sentido, a Súmula 85 do E.STJ, segundo a qual “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure com devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Assim, não merece prosperar a pretensão autoral de se considerar a prescrição quinquenal a partir do ajuizamento da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183.

Acerca da decadência, curvo-me ao entendimento de ser inaplicável à hipótese em exame, pois aqui não se debate equívoco no ato da concessão do benefício, mas readequação do reajustamento do benefício.

O tema litigioso diz respeito à aplicação a benefícios previdenciários já concedidos antes das alterações de tetos trazidas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Tais emendas procederam ao reajuste do teto máximo de pagamento da Previdência Social, nos seguintes termos:

“Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)”

“Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41 /2003).”

O E.STF, no RE 564354/SE, Relª Minª CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, m.v., decidido nos moldes de repercussão geral, DJe-030 de 14-02-2011, public. 15-02-2011, em julgamento ocorrido em 08/09/2010, assentou a viabilidade de aplicação imediata do art. 14 da EC 20/1998 e do art. 5º da EC 41/2003 àqueles que já recebiam seus benefícios com base no limite pretérito, considerando-se os salários de contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação constitucional:

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 da controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência de retroatividade constitucionalmente vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso extraordinário”.

(RE 564.354-Sergipe, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 15-2-2011).

Note-se que a interpretação dada pela Suprema Corte à temática não exclui os benefícios concedidos no denominado “buraco negro”, como de resto vem decidindo esta Sétima Turma, verbis:

“AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557, CAPUT DO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO NO VALOR DOS TETOS PELAS EC 20/1998 E 41/2003. 1. A decisão monocrática foi proferida segundo as atribuições conferidas Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para 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. Não ocorrência de decadência. A previsão do art. 103 da Lei 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei 9.711/98, atinge tão somente os casos de revisão da concessão do benefício, situação diversa da discutida neste caso, em que se pretende o reajustamento do benefício. 3. As previsões do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, de 16/12/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003, de 31/12/2003, possuem aplicação imediata, sem violação à segurança jurídica abrigada pelo direito adquirido, pela coisa julgada e pelo ato jurídico perfeito, alcançando, inclusive, os benefícios concedidos antes da vigência dessas normas, de modo a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. Precedente STF (RE 564354/SE, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, m.v., DJe-030 de 14-02-2011, publicado em 15-02-2011). 4. A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 564.354-9 e em sede de Repercussão Geral não conferiu qualquer restrição de aplicação da majoração do teto estabelecida pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03 aos benefícios previdenciários concedidos no denominado ‘buraco negro’ nem limitou a sua aplicação aos benefícios com DIB entre 05/04/1991 e 31/12/1993 (artigo 26 da Lei nº 8.870/1994). 5. Agravo legal não provido”. (AC 00019773820104036117, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/08/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - destaquei.

Assim, conclui-se pela incidência imediata dos dispositivos das Emendas Constitucionais em questão, sem ofensa a direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, alcançando tanto os benefícios previdenciários pretéritos (limitados ao teto do regime geral de previdência, deferidos antes da vigência dessas normas) quanto os concedidos a partir delas, devendo, todos, obediência ao novo teto constitucional.

Importa apenas distinguir os benefícios anteriores à Constituição Federal de 1988, os quais não se enquadram nos termos do precedente exarado pelo E.STF, por se sujeitarem a outros limites, como o Menor Valor Teto e o Maior Valor Teto.

No presente caso, os documentos juntados aos autos revelam que a parte autora faz jus à readequação pleiteada, conforme decidido pelo E.STF.

Por fim, considerando o intervalo de tempo decorrido entre a concessão do benefício e a promulgação das mencionadas Emendas Constitucionais, bem como as variações ocorridas neste período, deve-se apenas reconhecer, nesta fase de conhecimento, o direito à revisão postulada, ficando a quantificação da renda mensal reajustada e dos atrasados reservada à fase de execução de sentença, na qual deverão ser observados estritamente os critérios fixados pelo STF no julgamento do RE 564.354.

Pelo exposto, com fulcro no art. 557 do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da parte-autora para que o INSS faça a revisão de benefício previdenciário indicado nos autos para ajustá-lo aos novos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, observada a prescrição quinquenal nos termos da Súmula 85 do STJ.

Os valores em atraso deverão ser acrescidos nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, o qual, por óbvio, absorve as mudanças normativas e a orientação jurisprudencial pacificada (sobretudo as vinculantes), devendo ser deduzidos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado (ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei).

Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor das diferenças apuradas na fase de execução de sentença, observada a Súmula 111 do STJ. O INSS é isento de custas nos feitos que tramitam pela Justiça Federal (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996), bem como nos feitos que foram processados perante nos foros do Estado de São Paulo (art. 1º, § 1º, da Lei Federal 9.289/1996, combinado com o art. 6º da Lei Estadual 11.608/2003) mas são devidas custas em processos oriundos do Estado do Mato Grosso do Sul (art. 1º, § 1º, da Lei Federal 9.289/1996, combinado com o art. 24, §§ 1º e 2º da Lei Estadual 3.779/2009 (não sendo o caso de feitos que tramitaram com gratuidade). A autarquia também arcará com as demais despesas do processo.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

De seu lado, o denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, “Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder” (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

No mais, saliente-se que não procede o inconformismo do autor. Fato é que, mesmo existindo compromisso de ajustamento firmado entre o Ministério Público Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social na ação civil pública autuada sob o nº 0004911-28.2011.4.03.6183, que beneficiaria, inclusive, o autor, preferiu este trazer sua discussão a juízo de forma individualizada, razão pela qual não pode agora pretender se aproveitar de qualquer dos efeitos decorrentes dos fatos processuais ou materiais produzidos na ação coletiva, nos exatos termos preconizados pelo art. 104 da Lei nº 8.078/90. Isto porque, ao se eximir dos termos do acordo firmado em juízo, não se lhe aplica o marco interruptivo da prescrição, representado pela ci-

tação da autarquia em ação diversa da sua, mas sim a data em que citado o INSS na demanda ora em análise, conforme preconizava o art. 219 do CPC/73.

Impende frisar também que no conflito aparente de normas, decorrente do que dispõem os artigos 202, VI, do CC/2002, de um lado, e 103, 104 da Lei nº 8.078/90, combinado com os artigos 219, *caput*, do CPC/73 e 202, I, do CC/2002, do outro, prevalecem estes últimos, eis que aplicáveis à situação específica daqueles jurisdicionados que preferiram não se submeter ao alcance da ação coletiva, furtando-se, inclusive, ao calendário de pagamentos nela acordado.

Repito, a discussão individualizada impede sejam estendidos ao autor os efeitos da coisa julgada coletiva e, como reverso da moeda, obsta sejam extraídas consequências dos atos processuais lá praticados, inclusive no que tange aos respectivos aspectos materiais.

Neste sentido, inclusive, já decidiu esta C. Turma, em acórdão de relatoria do Desembargador Federal Fausto de Sanctis, conforme aresto a seguir colacionado:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DOS NOVOS LIMITES AO VALOR-TETO ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ADOTADAS AS RAZÕES DECLINADAS NA DECISÃO AGRAVADA.

- As Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 apenas definiram novos limites ao valor-teto dos salários-de-contribuição, não constituindo índices de reajustes. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

- Tendo em vista que o benefício da parte autora sofreu referida limitação, é devida a revisão sua renda mensal para que observe os novos tetos previdenciários estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003.

- *Não é possível definir que a interrupção da prescrição quinquenal ocorra a partir da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183, considerando que o presente feito não busca a execução daquele julgado, mas o reconhecimento de direito próprio e execução independentes daquela ação.*

- Agravo legal ao qual se nega provimento. (grifos nossos)

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC 0008214-79.2013.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 29/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/03/2016).

Por tais razões, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

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

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0027708-78.2015.4.03.0000

(2015.03.00.027708-4)

Agravante: INDÚSTRIAS MANGOTEX LTDA.

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE ITU - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Classe do Processo: AI 571832

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2016

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI Nº 1.060/50. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO PELA RECORRENTE. ADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. GARANTIA INSUFICIENTE DO DÉBITO. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, nos autos dos embargos à execução fiscal, condicionou o recebimento do feito à garantia integral do débito, bem como indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita.

- Em relação às pessoas jurídicas, há de se realizar uma interpretação extensiva do art. 5º, LXXIX, da CF/88, uma vez que estas também podem estar ao abrigo da norma constitucional mencionada, ainda que o objetivo preponderante da sociedade comercial seja a obtenção de lucro, o que poderia ensejar incompatibilidade lógica com a situação de miserabilidade descrita na lei. Todavia, em que pese a possibilidade de se conceder a gratuidade judiciária às pessoas jurídicas, há de se perquirir quanto à efetiva insuficiência econômica da agravante.

- Na hipótese, tenho por demonstrado contexto apto a ensejar o deferimento da justiça gratuita. É que a agravante comprovou, por meio dos documentos acostados neste agravo de instrumento, manter vultosos débitos tanto em relação à Fazenda Nacional quanto à Fazenda Estadual.

- Tanto o C. STJ quanto esta Egrégia Corte Regional já tiveram oportunidade de sedimentar entendimento no sentido que é possível receber embargos à execução fiscal mesmo diante da insuficiência da garantia prestada.

- Agravo de instrumento a que se dá provimento.

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, dar provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por INDÚSTRIAS MANGOTEX LTDA. em face de decisão que, nos autos dos embargos à execução fiscal, condicionou o recebimento do feito à garantia integral do débito, bem como indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita.

Inconformada, a agravante sustenta estar passando por momento de dificuldades financeiras, razão pela qual o deferimento da justiça gratuita é medida que se impõe.

Aduz, ainda, que é perfeitamente cabível a oposição de embargos à execução fiscal com garantia parcial do débito. No seu entender, posição contrária seria o mesmo que tornar letra morta os princípios do contraditório e da ampla defesa, com previsão na Constituição Federal de 1988.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo restou deferido pela decisão de fls. 294/296verso.

A agravada apresentou contraminuta às fls. 300/302verso.

Neste ponto, vieram-me conclusos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Dispõe o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º. Omissis.

LXXIX. O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A Carta Magna não fez distinção quanto à pessoa, se física ou jurídica, dispondo de forma ampla que todos os que comprovarem insuficiência de recursos gozarão da assistência judiciária integral e gratuita.

Por outro lado, a Lei nº 1.060/50, especificamente o parágrafo único do artigo 2º, estabelece o seguinte:

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todos aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Portanto, objetivou o legislador ordinário justamente facilitar o acesso à Justiça aos necessitados, ou seja, aqueles cuja situação econômica não permite pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Nesse passo, em relação às pessoas jurídicas, há de se realizar uma interpretação extensiva, uma vez que estas também podem estar ao abrigo da norma constitucional mencionada, ainda que o objetivo preponderante da sociedade comercial seja a obtenção de lucro, o que poderia ensejar incompatibilidade lógica com a situação de miserabilidade descrita na lei.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, desde que comprovada a sua impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo. *Precedentes da Corte.*

2. A lacração indevida da empresa, impossibilitando o seu funcionamento por mais de um ano, fato que ocasionou a propositura de ação de reparação de danos, evidencia a sua impossibilidade de suportar as despesas do processo, sem que isso dificulte a sua própria manutenção. (...).

(STJ, RESP 200201011719/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, v.u., DJ 22/04/2003, pág. 205)

No Supremo Tribunal Federal a questão também tem recebido idêntico tratamento:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA.

1. A regra é ter-se como destinatária da assistência judiciária gratuita a pessoa natural. Isso ocorre ante a cláusula final do artigo 4º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, no que revela a condição de não se poder pagar as custas do processo e os honorários de advogado “sem prejuízo próprio ou de sua família”. *Admita-se, no entanto, que, além das pessoas naturais, também as jurídicas sejam destinatárias do benefício, ante a regra linear viabilizadora do acesso ao judiciário. É preciso, entretanto, que se demonstre a falta de recursos, já que se presume o contrário, especialmente em relação àqueles que estão no comércio.* No caso dos autos, deixou a requerente de provar a situação de dificuldades.

2. Indefiro a gratuidade.

(STF, Pet. 2459, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 05/11/2001, pág. 00013)

Assim, em que pese a possibilidade de se conceder a gratuidade judiciária às pessoas jurídicas, há de se perquirir quanto à efetiva insuficiência econômica da agravante.

Na hipótese, tenho por demonstrado contexto apto a ensejar o deferimento da justiça gratuita. É que a agravante comprovou, por meio dos documentos de fls. 72/73, manter vultosos débitos tanto em relação à Fazenda Nacional quanto à Fazenda Estadual.

Suas dívidas assumiram proporções que não lhes permite arcar com as custas do processo. A toda evidência, manter a obrigatoriedade de tais custas seria o mesmo que inviabilizar o acesso à justiça pela agravante, o que não se pode admitir. Portanto, o deferimento do agravo de instrumento, neste aspecto, é, de fato, medida que se impõe.

Passo à análise do recebimento dos embargos à execução fiscal mediante garantia parcial do débito pelo executado.

Com efeito, tanto o Colendo Superior Tribunal de Justiça quanto esta Egrégia Corte Regional já tiveram oportunidade de sedimentar entendimento no sentido que é possível receber embargos à execução fiscal mesmo diante da insuficiência da garantia prestada.

A corroborar o afirmado, cito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GARANTIA INSUFICIENTE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE.

1. Impõe-se registrar, inicialmente, que 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.

2. A insuficiência da penhora não impede o recebimento dos embargos na execução fiscal, podendo a garantia ser ampliada a qualquer momento no trâmite do processo de execução, segundo preconiza o art. 15, II, da Lei nº 6.830/80. Logo, indispensável, realizada a penhora, ainda que insuficiente, o ato formal da intimação do devedor.

3. Resta clara a possibilidade de apresentação de embargos do devedor, ainda que garantido o juízo com quantia insuficiente, possibilitando-se o reforço da penhora a qualquer tempo. Nesse espeque, a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores é no sentido de que o conhecimento dos embargos à execução não exige a garantia plena do juízo.

4. No caso dos autos, a parte agravante não trouxe subsídios suficientes para afastar a aplicação do art. 557, do Código de Processo Civil, cabendo sublinhar, sem que constitua demasia, que o art. 16, da LEF deve ser interpretado conforme a jurisprudência do STJ, no sentido de que a segurança do juízo, mesmo não sendo integral, enseja a intimação do executado para reforçar a penhora, não havendo que se falar em extinção do processo e, tampouco, podendo rejeitar a admissibilidade dos embargos à execução (STJ - RESP 767382/PB, Segunda Turma, DJ Data: 30/08/2006 p. 175, Relator (a) ELIANA CALMON; AG 585.298/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 1/7/2004; STJ - AGA 602004/RS, Primeira Turma, DJ Data: 07/03/2005 p. 152, Relator(a) DENISE ARRUDA).

5. Agravo legal ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AC 0500184-60.1997.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 17/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA INSUFICIENTE. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.

1. Ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ firmaram o entendimento de que é possível o recebimento de embargos do Devedor, ainda que insuficiente a garantia da Execução Fiscal.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1325309/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 03/02/2011)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento interposto, para o fim de conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como o de permitir o conhecimento dos embargos à execução fiscal mesmo à vista da garantia parcial do débito.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO (REGIMENTAL/LEGAL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0029061-56.2015.4.03.0000

(2015.03.00.029061-1)

Agravante: ELEVADORES OTIS LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AI 572728

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADO INDICADO SEM PEDIDO DE EXCLUSIVIDADE. ATOS PRATICADOS POR OUTROS CAUSÍDICOS DO MESMO ESCRITÓRIO. NULIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- Os fundamentos da decisão recorrida, que negou seguimento ao agravo de instrumento, estão lastreados em jurisprudência dominante do STJ acerca: i) da validade da intimação feita em nome de qualquer um dos advogados constantes da procuração, salvo se houver pedido expresso para que a publicação seja efetivada *exclusivamente* em nome um determinado; e ii) a ausência de nulidade e da preclusão, a teor do artigo 245 do CPC, o que justifica a aplicação do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

- O disposto nos artigos 236, §1º, 245, parágrafo único, e 247 do CPC não altera o entendimento anteriormente explicitado, uma vez que a alegada nulidade deveria ter sido deduzida na primeira oportunidade de falar nos autos, bem como porque não houve cerceamento de defesa da recorrente, dado que praticou todos os atos por meio de seus causídicos constituídos, conforme mencionado no *decisum* impugnado. Assim, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de março de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Agravo interposto por *Elevadores Otis Ltda.* (fls. 652/666) contra decisão que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento (fls. 646/649).

Alega-se, em síntese, que:

a) em mais de uma oportunidade apresentou pedidos para que as intimações fossem realizadas em nome do advogado João Alves da Silva (OAB/SP nº 66.331), sob pena de nulidade, o que não deixa dúvida quanto à existência de pedidos expressos para que as intimações fossem feitas em nome de causídico determinado;

b) é pacífico na jurisprudência que é inválida a intimação feita em nome de apenas um dos advogados constituídos nos autos se existe pedido expresso para que a publicação seja realizada em nome do patrono e, assim, ao contrário do afirmado no *decisum* recorrido, a pretensão recursal não diverge da jurisprudência pátria;

c) os artigos 236, §1º, e 247 do CPC maculam de nulidade o processo que se desenvolve sem respeitar a intimação pleiteada em nome do advogado;

d) o prejuízo ao direito de defesa é enorme, dado que o advogado indicado não foi intimado da sentença que condenou a embargante ao pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 5% sobre o valor da causa;

e) relativamente à preclusão, a decisão agravada também diverge da jurisprudência, uma vez que o atendimento de intimação irregular/viciada por omitir o nome do advogado indicado pela parte para figurar nas intimações não implica nem renúncia nem preclusão ao direito de que as intimações sejam feitas com o nome do patrono indicado;

f) ainda que outro advogado tenha sido intimado, a intimação deve ser feita também no nome do que foi indicado, sob pena de nulidade;

g) a ausência de intimação conforme requerido, caracteriza cerceamento de defesa, que deve ser conhecida de ofício por cuidar de matéria de ordem pública (artigo 245, parágrafo único, do CPC).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Os fundamentos da decisão recorrida, que negou seguimento ao agravo de instrumento, estão lastreados em jurisprudência dominante do STJ acerca: i) da validade da intimação feita em nome de qualquer um dos advogados constantes da procuração, salvo se houver pedido expresso para que a publicação seja efetivada *exclusivamente* em nome um determinado; e ii) a ausência de nulidade e da preclusão, a teor do artigo 245 do CPC, o que justifica a aplicação do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Destaco o inteiro teor do *decisum* (fls. 646/649), *verbis*:

Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto por Elevadores OTIS Ltda. contra decisão que não conheceu dos embargos de declaração opostos contra sentença,

ao fundamento de que intempestivos (fl. 640).

Alega a agravante, em síntese, que:

- a) os dois pedidos expressos feito nos autos, para que o nome do advogado João Alves da Silva (OAB/SP nº 66.331) fosse incluído nas intimações dos atos e decisões processuais não foram observados, razão pela qual o conhecimento da sentença chegou ao conhecimento dos patronos da agravante por meio de verificação periódica no site oficial da Justiça Federal em São Paulo;
- b) a intimação da sentença por meio da publicação em nome de outro advogado é manifestamente nula (artigos 236, §1º, e 247 do CPC).

É o relatório.

Decido.

Na hipótese de diversos advogados constituídos, é válida a intimação feita em nome de qualquer deles, salvo se houver pedido expresso para que a publicação seja efetivada exclusivamente em nome um determinado. Nesse sentido, destaco julgados do STJ, *verbis*:

“EMEN: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLURALIDADE DE ADVOGADOS. DUAS INTIMAÇÕES. CONTAGEM DO PRAZO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA PELO COLEGIADO. SÚMULA 282 E 356/STF. PEDIDO DE PUBLICAÇÃO EXCLUSIVA. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO EM NOME DE QUALQUER DELES. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. 2. *É entendimento consolidado neste Tribunal, de que, estando a parte representada por mais de um advogado, e não havendo pedido expresso de que a intimação seja realizada exclusivamente no nome de determinado procurador, é válida a intimação efetivada em nome de qualquer um deles.* Precedentes específicos. 3. Agravo regimental não provido”

(AGARESP 201302369760, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:03/02/2014)(grifei)

“EMEN: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO FEITA EM NOME DE UM DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. VALIDADE. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVA. REQUERIMENTO EXPRESSO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 83 E 7 DO STJ. 1. *Havendo diversos advogados constituídos, é válida a intimação feita em nome de qualquer deles, salvo na hipótese de pedido expresso para que a publicação seja efetivada exclusivamente em nome um determinado.* Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AGARESP 201301400234, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 05/09/2013) (grifei)

No caso dos autos, apesar da existência de dois pedidos, para que o nome do advogado João Alves da Silva (OAB/SP nº 66.331) fosse incluído nas intimações dos atos e das decisões processuais (fls. 49 e 105/107), denota-se que o pleito não era para que as intimações fossem realizadas exclusivamente em seu nome. Assim, é válida a intimação dirigida a qualquer um dos outros advogados constituídos que, ademais, são do mesmo escritório e constam da mesma procuração (fl. 32). Outrossim, a agravante deveria ter alegado a nulidade da intimação feita em nome de advogado diverso do indicado na primeira oportunidade, em que lhe cabia falar no autos, porém, não o fez, razão pela qual caracterizou-se a preclusão na forma do artigo 245, *caput*, do CPC:

“Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Nessa linha é o entendimento desta corte, *verbis*:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO REJEITADA. PRESENÇA DO INTERESSE RECURSAL DO AGRAVANTE. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS DOS EXEQUENTES. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DO VÍCIO NA PRIMEIRA

OPORTUNIDADE DE FALAR NOS AUTOS. PRECLUSÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Afigura-se nítido o interesse recursal da União no prosseguimento e julgamento do agravo, tendo em vista que o acolhimento do recurso importará no reconhecimento da preclusão do direito dos agravados de recorrerem da decisão que decretou a prescrição, resultando na extinção da demanda executiva. Ademais, a decisão agravada não foi proferida nos autos dos embargos à execução opostos pela União e sim em momento anterior, vale dizer, na fase de execução do julgado, não havendo que se falar, portanto, em cognição exauriente da questão em razão da prolação da sentença em sede de embargos à execução. 2. É assente o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a publicação dos atos processuais, sem constar os nomes dos atuais advogados da parte, caracteriza cerceamento de defesa, sendo passível de nulidade nos termos do artigo 236, § 1º, do CPC. Ocorre que a Corte Superior também entende que o vício existente na regularidade da intimação, ensejador da nulidade relativa do ato processual, deve ser alegado na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 245 do Código de Processo Civil. 3. No caso dos autos, verifica-se que a parte autora teve ciência da decisão que reconheceu a prescrição da pretensão executória em 20.07.2012, apresentando a alegação de nulidade da intimação ocorrida em 28.06.2006 apenas na petição protocolada em 12.08.2014, restando preclusa a questão. 4. Agravo legal a que se nega provimento”.

(AI 00300509620144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2015)

Por fim, verifica-se da documentação acostada que, mesmo com a não inclusão do advogado João Alves da Silva nas intimações, o processo tramitou regularmente, com o oferecimento de garantia, oposição de embargos à execução até a sentença, com a regular intimação da recorrente de todos os atos e decisões proferidas e da prática dos atos necessários na defesa de seus interesses por meio de seus advogados constituídos, o que evidencia a ausência de prejuízo. Assim, nos termos da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a manutenção da decisão agravada pela intempestividade dos embargos declaratórios opostos.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

Saliente-se que, o disposto nos artigos 236, §1º, 245, parágrafo único, e 247 do CPC não altera o entendimento anteriormente explicitado, uma vez que a alegada nulidade deveria ter sido deduzida na primeira oportunidade de falar nos autos, bem como porque não houve cerceamento de defesa da recorrente, dado que praticou todos os atos por meio de seus causídicos constituídos, conforme mencionado no *decisum* impugnado. Assim, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO.**

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

Direito Processual Penal



PETIÇÃO CRIMINAL
0027425-65.2009.4.03.0000
(2009.03.00.027425-3)

Requerente: MARCOS ALVES PINTAR
Requerido: DASSER LETTIERE JUNIOR
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: Pet 691
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/04/2016

EMENTA

QUEIXA-CRIME. DECISÃO QUE DETERMINA A COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO QUERELANTE, PARA FINS DE CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. RECURSO INTERPOSTO SEM EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO EFICAZ. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. NÃO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME (ART. 6º, DA LEI Nº 8.038/90 E ARTS. 806, *caput* e 395, II, do CPP). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

I - Nos termos da jurisprudência deste Órgão Especial, é cabível a interposição de agravo regimental nas hipóteses previstas no art. 207, parágrafo único, do Regimento Interno da Corte e sempre que a decisão monocrática tiver por objeto matéria criminal ou processual penal de significativa relevância, a tornar necessário que o ato do Relator possa ser submetido a revisão e controle pelo Órgão Colegiado, especialmente quando houver pronunciamento sobre algum dos temas do art. 581 do CPP.

II - A matéria tratada na decisão recorrida - que se limita a determinar a comprovação do *estado de hipossuficiência* do requerente da *assistência judiciária gratuita* - aborda tema de relevância *ordinária*, que não guarda similitude - nem mesmo remotamente - com o elevado grau de importância das matérias do art. 207, parágrafo único do Regimento Interno e do art. 581 do CPP. É de rigor, portanto, o não conhecimento do agravo, cuja interposição mostra-se manifestamente incabível na hipótese..

III - O *agravo regimental* constitui recurso sem *efeito suspensivo*. Sua interposição, portanto, não impede que a *decisão recorrida* venha a produzir *plenos efeitos*, de modo que as determinações veiculadas no *decisum* agravado continuam *eficazes* e devem ser cumpridas.

IV - Considerando-se, portanto, que a decisão recorrida permanece *eficaz* - e que não foi cumprida até a presente data -, entendo que se impõe a *rejeição da queixa-crime*, na forma do art. 395, II c/c 806, *caput*, do CPP, pela falta de recolhimento das custas iniciais e de comprovação do preenchimento dos requisitos necessários para a obtenção da *gratuidade de justiça*.

V - A rejeição da queixa-crime após a apresentação de defesa técnica torna impositiva a condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência. Precedentes jurisprudenciais deste Órgão Especial e do C. Superior Tribunal de Justiça.

VI - Agravo Regimental não conhecido. Queixa-crime rejeitada.

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, não conhecer do agravo regimental, rejeitar a queixa-crime, com fulcro no art. 6º, da Lei nº 8.038/90 c/c os arts. 395, inc. II e 806, *caput*, do CPP e condenar o querelante ao pagamento de honorários de sucumbência no valor de R\$2.000,00 nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votaram os Srs. Desembargadores Federais Peixoto Júnior, Fábio Prieto, Mairan Maia, Luiz Stefanini, Cotrim Guimarães, Nilton dos Santos, Antonio Cedenho, Toru Yamamoto, André Nekatschlow, Nino Toldo, Marcelo Saraiva e Marli Ferreira, vencido o Sr. Desembargador Federal André Nabarrete, que conhecia do agravo e rejeitava a queixa-crime, com fulcro no art. 806, CPP.

São Paulo, 30 de março de 2016.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de queixa-crime ajuizada por Marcos Alves Pintar, na qual se atribui ao Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior a suposta prática dos crimes de calúnia e difamação (arts. 138 e 139, CP), em razão de expressões empregadas em decisão judicial proferida em 17/07/2009 - e publicada em 24/07/09 - nos autos do processo nº 2005.61.06.009838-6, em curso na 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP.

A presente queixa-crime foi apresentada na data de 06/08/2009, via *fac-símile*. A via original da peça foi remetida a este E. Tribunal por *carta com aviso de recebimento*, postada em 07/08/2009 (fls. 210), e protocolada em 12/08/2009 (fls. 36).

Afirmou o querelante em sua inicial (fls. 36/47):

1) Conforme se constata pela documentação em anexo, extraídas dos autos do processo 2005.61.06.009838-6, da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto, ao despachar nos autos de uma ação de mandado de segurança na qual o Querelante atua como advogado do Impe-trante, o Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior, ora acusado, assim se expressou em despacho na qual o Querelante tomou conhecimento em 24.07.2009:

“(…)

Sem prejuízo, considerando a injúria lançada por escrito imputando a este magistrado o cometimento de crime, extraia-se cópia da peça recursal de fl. 250 e seguintes encaminhando-as à Delegacia da Polícia Federal para a instauração de crime contra a honra, servindo a presente como representação, considerando que a injúria se deu em razão do serviço. (...)” (fl. 160 dos autos do processo 2005.61.06.009838-6).

2) Assim, o Magistrado acabou ofendendo a honra e reputação do Querelante, imputando-lhe falsamente a conduta desonrosa da prática da injúria.

3) Nos termos do definido pelo art. 140 do Código Penal, a injúria consiste na ofensa ao decoro ou dignidade de alguém. Para a caracterização da conduta delitiva se faz necessária a presença do dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de injuriar o ofendido, não ocorrendo quando a referência à pessoa da vítima é feita num contexto narrativo (*animus narrandi*), no encadeamento de ideias e visando o exercício regular de um direito.

4) (*omissis*)

5) Nesse sentido, ao verificarmos a petição recursal de fls. 250 a 257 dos autos do mandado de segurança processo 2005.61.06.009838-6 notamos que em nenhum momento foi utilizada pelo Querelante qualquer expressão que possa ser considerada como “injuriosa”, dirigida a quem quer que seja. Assim, é falsa a afirmação do Querelado no sentido de que o Dr. Marcos Alves Pintar praticou o crime de injúria ao preparar a petição recursal de fls. 250 a 257 da ação de mandado de segurança, estando o Magistrado assim incurso nas penas dos artigos 138 e 139 do Código Penal.

6) Note-se, que não lhe socorre a excludente do art. 142, inciso I, do Código Penal, vez que aplicáveis tão somente às partes e seus procuradores, não aos magistrados.

7) Também não pode ser admitido em socorro ao Querelado a alegação de que se equivocou na tipificação da conduta, utilizando-se da expressão “injúria” quando supostamente quis dizer “calúnia”, hipótese que se reforça quando o Magistrado determinou fossem encaminhadas cópia das peças processuais à Delegacia de Polícia Federal para a “instauração de crime contra a honra”. Na verdade, sabemos que tal ato não pode ser levado adiante pelos nobres Delegados da Polícia Federal, que no máximo se limitarão a instaurar o inquérito policial para apuração do ocorrido, e não “instaurar o crime” vez que isso não é possível.

8) De fato, embora o Querelante no encadeamento de ideias da peça recursal tenha narrado e demonstrado sucintamente que o Juiz Federal incorreu *em tese* em algumas condutas que podem configurar crimes, em nenhum momento afirmou categoricamente a prática desses crimes, sempre esclarecendo que se tratava de uma situação exposta de forma hipotética, num contexto narrativo visando demonstrar os fatos e o direito à Corte Superior. Vejamos: “24) Na verdade, em tese o Magistrado parece ter forçado essa conclusão com a finalidade de ao final buscar supostos elementos para atacar a pessoa do Advogado. De fato, as determinações de itens 1 a 3 de fls. 150 *parecem* querer denotar *hipoteticamente* a prática *em tese* do crime de abuso de autoridade, motivo pelo qual haverá a representação prevista na Lei 4.898/65 junto ao Conselho Nacional de Justiça e ao membro do Ministério Público Federal que atua junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região” (fl. 255, da ação de mandado de segurança)

9) Deve ser ressaltado que as razões de apelação visavam precipuamente demonstrar, como se pode notar por seu inteiro teor e pelo contexto dos autos, o desacerto da decisão do Magistrado, buscando a sua modificação, sendo a alegação da prática *em tese* de crimes lançada visando demonstrar o direito alegado.

10) Na verdade, embora o Querelante não tenha textualmente imputado ao Juiz Federal a prática de crimes, considerando no bojo da narrativa a *hipótese* teórica de cometimento, sabemos que quando alguém imputa a uma pessoa a prática de um delito, notadamente perante as autoridades, pratica na verdade uma conduta que deve ser louvada.

11) O que se pune, inclusive criminalmente (tipo penal da calúnia), é a *falsa* imputação de crime, e não propriamente a mera alegação feita pelo agente no sentido de que alguém cometeu determinado crime. Vejamos:

(*omissis*)

12) Podemos notar analisando-se a sentença de fls. 147 a 150 dos autos da ação de mandado de segurança que o Querelado determinou ilegalmente a instauração de três inquéritos criminais alegando que o Advogado Dr. Marcos Alves Pintar havia cometido o crime de calúnia em desfavor de uma Médica Perita do INSS (fl. 150, item 1, da ação de mandado de segurança); desacatado servidora pública federal (item 2); e desacatado o próprio Magistrado (item 3).

13) Não é necessário descermos a minúcias para verificarmos o desacerto da decisão, bem como a grave ofensa à ordem jurídica que o ato representa, nos termos do alegado pelo Querelante nas razões do recurso de apelação interposto.

14) Sabemos que nos crimes contra a honra, mesmo quando a vítima é funcionário público, o inquérito policial e a ação penal *não podem*, sob nenhuma hipótese, serem instaurados sem a representação da vítima. Não se exige maiores formalidades para a representação, mas deve transparecer de forma inequívoca a vontade da vítima no sentido de que seja instaurado o

inquérito para a apurar a conduta, e que o agente seja processado criminalmente. Não há exceções, e sequer decisão jurisdicional pode ser prolatada visando suprir a falta da devida manifestação de vontade da vítima.

15) Nesse sentido, a nós não parece crível que o Juiz Federal Dasser Lettière Júnior, pelo cargo que ocupa, desconhecesse esse postulado. De fato, qualquer noviço sabe que inquéritos por crime contra a honra não podem ser instaurados sem representação da suposta vítima, sendo que a autoridade que desrespeita essa regra básica pode responder pelos crimes de abuso de autoridade, prevaricação, e outras figuras típicas, dependendo do dolo, quando se constata que foi movido por interesses outros que não os determinados pela administração da justiça.

16) Por outro lado, sabemos todos nós que o crime de desacato só pode ser cometido quando há identidade presencial entre agressor e agredido. Em outras palavras, ambos devem estar no mesmo ambiente, não podendo sequer se cogitar da prática do crime de desacato através de cartas, escritos ou petições, ou ainda quando a ofensa é irrogada via telefone, e-mail, e outros meios de comunicação análogos. No máximo, cabe ao agente responder por crime contra a honra nesses casos.

17) Considerando que nenhuma servidora ou perita do INSS representou requerendo a instauração de inquérito, e também que o Advogado não teve qualquer contato como Juiz Federal ou servidores do INSS durante o trâmite da ação de mandado de segurança, verificamos a ostensividade do direito evocado pelo Querelante nas razões de apelação lançadas nos autos da ação de mandado de segurança processo 2005.61.06.009838-6. A conduta do Juiz Federal ao prolatar sentença nos autos da referida demanda, determinando de forma ilegal a instauração de três inquéritos criminais em desfavor do Advogado, extrapola em muito o que pode ser entendido como “legítimo exercício de jurisdição”, como já está sendo demonstrado na esfera própria, sendo evidente mesmo em exame perfunctório a ilegalidade da decisão e a hipótese de cometimento de vários crimes pelo Magistrado, nos termos do delineado nas razões de apelação, sendo razoável o mecanismo utilizado pelo Querelado visando se voltar contra a decisão tida por arbitrária ao ingressar com o recurso de apelação e expor os fatos daquela forma.

18) Na verdade, na condição de hipotética vítima de vários crimes em tese praticados pelo Juiz Federal em questão, podemos notar que o Querelado agiu na verdade com absoluta serenidade ao tecer as razões de apelação na ação de mandado de segurança, preparando uma peça recursal bastante comedida apesar da grave lesão que sofreu e vem sofrendo. Como sabemos, a figura do advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo “inviolável por atos e manifestações” nos termos do que determina a Carta Magna, não podendo o Advogado se conformar com tamanho ataque a sua pessoa.

19) É certo que a imunidade profissional dos advogados, comporta certos temperamentos, não sendo absoluta conforme já decidido inúmeras vezes pelos Tribunais Superior. Mas o caráter da imunidade não pode implicar em sua total derrogação, como se não existisse. Em outras palavras, o afastamento da imunidade só pode ser considerada mediante criteriosa análise do caso concreto, na qual resta evidente a existência de abuso inaceitável.

20) O caráter relativo da imunidade profissional dos advogados também não implica na possibilidade de, ao bel prazer dos magistrados ou outras autoridades, serem também “relativizadas” as figuras típicas dos crimes e afastados requisitos legais indispensáveis ao início da persecução penal, visando-se atacar o advogado. Pela vontade do legislador, a atividade da advocacia deve ser compreendida em seu contexto de indispensabilidade, não podendo os advogados serem vítimas a todo momento de ataques daqueles que se sentem incomodados com a atuação profissional, com a instauração ilegal de inquéritos criminais, por exemplo, e outras práticas ilegais.

21) Ainda sim, mesmo se dispensássemos completamente a questão da imunidade profissional ou judiciária, vemos que o Querelado nunca poderia determinar a instauração dos três inquéritos criminais, como fez na sentença, vez que resta evidenciado de plano qualquer espécie

de conduta delitiva por parte do Advogado.

22) Nem se diga que cabe ao Advogado tão somente se defender nos inquéritos e eventuais ações penais, já que o Magistrado é agente estatal e nessa condição adotou uma decisão jurisdicional, não podendo sofrer qualquer espécie de sanção. Por mandamento legal o advogado desfruta da mesma posição hierárquica do magistrado, não lhe estando subordinado. Deve receber tratamento condigno com a dignidade da advocacia e exercer com liberdade as prerrogativas que a lei instituiu.

23) São conhecidos e amplamente explanados na doutrina e jurisprudência os efeitos nocivos que a instauração de um inquérito criminal em desfavor de inocente gera. Tanto, que a dar causa à instauração de inquéritos policiais sabendo a inocência do agente é considerado crime pelo ordenamento jurídico pátrio (denúnciação caluniosa), sujeitando o agente à pena de até oito anos de reclusão.

24) Assim, quando o Advogado preparou as razões recursais na ação de mandado de segurança, indicando no contexto da narrativa que o Juiz Federal Dasser Lettière Júnior incorreu em tese em condutas delitivas, visando à modificação da decisão e esclarecendo inclusive que estava adotando as providências necessárias ao início da responsabilização penal, civil e administrativa, não agiu tão somente como advogado. Atuou também como hipotética vítima de alguns crimes praticados em tese por magistrado, cumprindo ao mesmo tempo um dever e exercendo de forma tranquila e serena um direito constitucionalmente assegurado nesta Nação, e em todos os demais estados constitucionais contemporâneos.

25) Lembremos que a figura do magistrado representa no contexto atual fundamental importância para a vida em sociedade, tendo em vista seu papel na resolução dos conflitos. Deve receber tratamento condizente com a sua função, de modo a não ser vítima de perseguições e retaliações daqueles que se sentem incomodados com sua atuação.

26) Justamente pela importância que o exercício da magistratura representa é que, embora não se possa dar margem a perseguições e retaliações, o cidadão deve encontrar campo propício quando denuncia de forma legítima e fundamentada eventual irregularidade levada adiante por algum juiz. Isso porque essas irregularidades podem se repercutir na própria administração da Justiça, causando prejuízos incalculáveis à supremacia do interesse público e à coletividade dos jurisdicionados.

27) Como agente público o magistrado deve ser mostrar aberto às críticas eventualmente levantadas contra seu trabalho, devendo se abster de utilizar seus poderes jurisdicionais como instrumento de intimidação, impedindo que as irregularidades existentes cheguem ao conhecimento dos órgãos de controle e repressão vez que o poder que lhe foi outorgado, fundamentalmente, pertence originalmente aos cidadãos.

28) Veja-se que todo o alegado pelo Querelante nas razões de apelação foi embasado em prova documental, esclarecendo-se ainda que resumidamente por qual motivo a conduta do Magistrado se amoldaria, supostamente, a tipos penais, o que afasta por derradeiro qualquer indício de dolo no sentido de se imputar falsamente a prática de algum crime ao Juiz Federal.

29) Portanto, não restam dúvidas de que o Querelado em tese imputou falsamente ao Advogado a prática desonrosa de ser sujeito ativo do crime de calúnia, ofendendo-lhe a honra e reputação como pessoa e profissional do direito, incurso assim nas penas previstas nos artigos 138 e 139 do Código Penal.

30) Esclareça-se finalmente que o Querelante tomou conhecimento das ofensas no dia 24.07.2009, quando a decisão foi publicada no Diário Oficial Eletrônico, tendo transcorrido até o momento menos de quinze dias desde a data em que o Ofendido tomou conhecimento da conduta em tese delituosa.

Isto posto, pede-se:

a) a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita tendo em vista que o Querelante, no momento, não está em condições de suportar custas ou despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, conforme declaração em anexo, esclarecendo

entretanto no presente momento que essa situação pode se alterar com o transcurso do tempo;

- b) a notificação do acusado para apresentar resposta no prazo de cinco dias, nos termos do previsto no art. 4º da Lei 8.038/90;
- c) a manifestação do Ministério Público Federal;
- d) o recebimento da presente queixa;
- e) o regular processamento, nos termos do procedimento previsto na Lei 8.038/90;
- f) ao final, seja o Querelado condenado como incurso nas penas dos artigos 138 e 139 do Código Penal.

A queixa-crime veio acompanhada de: a) cópia da carteira da OAB do querelante (fls. 49); b) Declaração de Pobreza (fls. 50); c) cópias do mandado de segurança nº 2005.61.06.009838-6 (fls. 51/207) e d) cópia dos comprovantes de transmissão de fax (fls. 208/209).

Distribuído o feito em 12/08/2009 (fls. 34) à relatoria do Desembargador Federal Nery Júnior, S. Exa. determinou, em 10/05/2010, a notificação do acusado para oferecimento de resposta.

Devidamente intimado, por carta de ordem, em 25/05/2010 (fls. 217), o querelado apresentou informações ao então Relator, por email, encaminhado em 11/06/2010 e juntado aos autos nessa mesma data.

Aberta vista ao MPF em 16/12/2010 (fls. 223), o Parquet Federal manifestou-se no sentido de que nova intimação fosse feita ao querelado, para que este “regularize sua situação processual, constituindo advogado nos autos, e, então, seja reaberto o prazo para que apresente sua resposta escrita, nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.038/90, c.c. artigos 24 e seguintes do Código de Processo Penal” (fls. 225vº).

Em 21/01/2011, o requerimento do MPF foi deferido, sendo o querelado novamente notificado em 1º/02/2011 (fls. 233).

A fls. 234/243, sobreveio aos autos a resposta do querelado, pugnando pela rejeição da queixa. Invocou a imunidade funcional dos magistrados prevista no art. 41, da LOMAN e 142, inc. III, do CP c/c o art. 327, do CP.

Afirma que, no exercício da função jurisdicional, apenas tomou providências legais em relação às falsas acusações do advogado; que não se encontra caracterizado o *animus diffamandi vel injuriandi* e que os termos utilizados não são ofensivos.

Aberta vista ao MPF, a I. Procuradora Regional da República, Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen opinou pela rejeição da queixa-crime, ante a atipicidade da conduta do querelado (fls. 258/260).

Em 14/03/2011, o então Relator, Des. Federal Nery Jr. rejeitou, monocraticamente, a queixa-crime, com fundamento no art. 395, inc. III, do CPP (fls. 262/264). O referido *decisum* foi disponibilizado no DJe de 28/03/2011 (fls. 265).

Em 04/04/2011, o querelante apresentou exceção de suspeição (fls. 269/277) e agravo (fls. 281/289) contra a decisão monocrática acima referida.

A fls. 292, assim despachou o Sr. Relator:

Fls. 269/277: Não reconheço a suspeição arguida pelo requerente.

Determino a suspensão do julgamento do feito até a solução do incidente.

Autue-se em apartado o incidente de suspeição, com designação de Relator, nos termos do parágrafo único do artigo 284 do Regimento Interno desta Corte. SP, 26/4/2011

O Parquet Federal, em 24/05/2011, a fls. 297/299vº, também apresentou agravo regi-

mental contra a decisão de fls. 262/264.

Conclusos os autos ao Relator em 26/05/2011, S. Exa., em 05/08/2015, declarou-se suspeito por motivo de foro íntimo, determinando a redistribuição automática dos autos.

Em 10/08/2015, vieram-me conclusos os autos por redistribuição.

Em 13/08/2015, determinei nova vista ao MPF, em razão do longo lapso temporal decorrido entre a interposição do recurso e a redistribuição do feito à minha relatoria (fls. 301).

A fls. 303/303vº, o *Parquet* requereu o prosseguimento do feito.

A fls. 305/306, reconsiderei, em 03/09/2015, a decisão de fls. 260/262, não só em razão da jurisprudência uníssona deste C. Órgão Especial no sentido de que compete ao colegiado - e não ao Relator - decidir sobre recebimento ou rejeição de queixa-crime, como também pela clara dicção do art. 6º, da Lei nº 8.038/90. Determinei, ainda, a juntada do extrato do Sistema de Acompanhamento Processual deste Tribunal relativo à exceção de suspeição apresentada em 05/04/2011 (fls. 307/309).

Intimadas as partes (fls. 311 e 312), o MPF requereu o julgamento do feito e o querelante protocolou petição, juntada em 30/09/2015, requerendo “*seja levantado o sigilo na presente ação penal, conferindo acesso irrestrito aos autos a qualquer pessoa*”, juntando decisão do E. Min. Celso de Melo na Pet nº 4.848/DF (fls. 315/321)

A fls. 323/323vº, assim decidi:

I - Fls. 315/316: Nenhum requerimento para que o presente feito fosse processado sob sigilo existe nos autos. Nenhuma determinação, nesse sentido, foi dada até o presente momento, devendo-se observar, ainda, a inexistência de alguma especificidade que recomende restringir a sua publicidade. Cabe à UFOR, apenas, retificar a autuação, certificando-se.

II - O exame dos autos revela que o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não foi apreciado até a presente data.

Relativamente à concessão dos benefícios previstos na Lei nº 1.060/50 - a permitir o acesso de todos ao Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal -, entendo que a afirmação da parte de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado - sem prejuízo próprio ou de sua família -, faz presunção relativa da insuficiência de recursos.

Relativa - frise-se - pois havendo incerteza quando à presunção legal, não há empeco para que o magistrado solicite ao requerente a demonstração do seu estado de hipossuficiência.

Nesse sentido, destaco excerto do voto proferido pelo E. Min. Benedito Gonçalves, ao apreciar o REsp nº 1.196.941/SP, *in verbis*: “Como se pode observar, a Lei de Assistência Judiciária, ao substituir a menção, na petição inicial, do rendimento ou vencimento, percebido pelo requerente, como dos encargos próprios e os da família por simples declaração na exordial de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, não afastou a possibilidade de que seja comprovada em Juízo tal situação. Nessa esteira, o artigo 5º da referida lei permite que o magistrado, ao analisar o pedido de gratuidade de justiça, perquirir sobre as reais condições econômicas-financeiras do requerente, podendo solicitar que comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência.” (Primeira Turma, j. 15/03/2011, v.u., DJe 23/03/2011).

Pelo exposto, e havendo necessidade de se perquirir, *in concreto*, sobre a necessidade de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, intime-se o querelante para que traga aos autos elementos concretos que revelem seu real estado de hipossuficiência, no prazo de cinco dias.

Em seguida, voltem conclusos.

Inconformado, o querelante interpôs, em 04/12/2015, o agravo de fls. 325/336, sustentando, em síntese, que a decisão agravada é viciada, por falta de fundamentação. Alega que “O Judiciário brasileiro, tal como o Estado de uma forma geral, vive atualmente uma grave crise de ineficiência, com elevados gastos e serviços públicos de péssima qualidade. Com a Justiça não vem sendo diferente, sendo certo que o Judiciário não se mostra capaz de atender de forma adequada às pretensões mais singelas veiculadas em juízo” (fls. 327). Aduz que “o novo Código de Processo Civil aprovado há alguns meses detalha ainda mais o dever legal e constitucional de fundamentar as decisões, conforme se infere pelo redação do art. 489, § 1º, do novo Código” (fls. 327). Afirma que o dispositivo se aplica ao processo penal (fls. 332) e que não há que se argumentar que o novo Código de Processo Civil estaria em *vacatio*, de modo que, “À mingua de norma legal regulamentadora, as normas do NCPC são aplicáveis desde já ao processo penal nas partes nas quais a legislação processual penal é omissa” (fls. 334). E prossegue: “alega o douto Relator que a declaração no sentido de que o litigante não está em condições de recolher as custas possui presunção relativa, mas o próprio Relator não esclarece qual seria o motivo pelo qual haveria dúvida em relação às alegações do Jurisdicionado” (fls. 335). Expõe que em outras ações penais idênticas, que ajuizou perante o C. STJ em desfavor de outros membros da magistratura, houve o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita (fls. 335). Enfatiza que a decisão agravada é nula, por aplicação analógica do art. 489, § 1º, e seus incisos do Código de Processo Civil de 2015. Requer a “modificação da decisão do Relator, para conceder a gratuidade processual sem qualquer outra exigência, na exata linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça.” (fls. 336)

O agravo veio acompanhado de cópias das ações penais nºs 735/DF, 713/SP e 740/DF promovidas pelo ora querelante no STJ em face dos magistrados Ivan Sartori, Nelson Bernardes e Tânia Marangoni, respectivamente, onde, liminarmente, foram-lhe deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 351, 359 e 384).

É o relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Passarei, primeiramente, à análise do agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 323/323vº, que determinou a apresentação de *provas concretas do estado de hipossuficiência* do querelante, em razão do pedido de *assistência judiciária gratuita* formulado na inicial acusatória.

A hipótese é de não conhecimento do recurso.

Consoante orientação pacífica deste Órgão Especial, a interposição de agravo regimental contra decisão monocrática de Relator proferida em *ação penal originária* - salvo raras exceções - só é cabível nas hipóteses previstas no rol do art. 207, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

O tema foi objeto da APN nº 0002731-90.2009.4.03.6124 (Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., j. 11/12/13, DJe 23/12/13), consolidando-se o entendimento segundo o qual, em regra, são *irrecorríveis* as decisões proferidas pelo Relator de ação penal originária, sem jamais se impedir, porém, “a possibilidade de reexame pelo órgão competente quando as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as conseqüências óbvias

da interlocutória proferida, impeçam que o colegiado, *a posteriori* ou em momento ainda útil, aproprie-se de determinada questão no curso do feito criminal”.

Transcrevo a ementa do relevante precedente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL EM PROCESSO-CRIME REMETIDO AO TRIBUNAL COM INSTRUÇÃO EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE DESAFIA RECURSO PARA O ÓRGÃO COLEGIADO COM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO DA INVALIDADE ATINENTES AOS CRIMES PRÓPRIOS DE PREFEITO, E NÃO QUANTO À REJEIÇÃO DA PRETENSÃO DE ANULAÇÃO REFERENTE AOS DELITOS PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO NA PARTE RECORRÍVEL.

- *A admissão, nas ações penais originárias, em que a instrução criminal corre sob o crivo do relator, de decisões monocráticas irrecorríveis, objetivando-se a racionalização do procedimento e agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação (artigos 1º a 12 da Lei 8.038/90, Lei 8.658/93 e parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno desta Corte Regional), não exclui a possibilidade de reexame pelo órgão competente quando as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as conseqüências óbvias da interlocutória proferida, impeçam que o colegiado, a posteriori ou em momento ainda útil, aproprie-se de determinada questão no curso do feito criminal.*

- *Aceitação do agravo regimental em excepcionais situações, espelhadas em hipóteses resguardadas no regime geral de impugnação estipulado pelo artigo 581 do Código de Processo Penal - reconhecimento da incompetência do juízo, decretação de prescrição, pronúncia de extinção da punibilidade, declaração de nulidade do processo (caso dos autos) -, como única forma viável de submeter a controle o exercício jurisdicional inerente ao desempenho das atribuições conferidas ao relator no processo penal de instância exclusiva no Tribunal.*

- *Cabimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, sem sucesso, contudo, no mérito propriamente dito: nulidade da decisão de recebimento de denúncia, especificamente com relação ao alegado cometimento de aplicação indevida de verbas públicas federais (“Fato 2” e “Fato 4” na peça acusatória), à vista da inobservância da previsão contida no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, de notificação para apresentação de defesa previamente à instauração do processo-crime - vício de natureza absoluta, segundo a orientação prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça -, e conseqüente decretação da extinção da punibilidade dos réus no tocante a essas imputações que versam sobre crimes próprios de prefeito, ante a ocorrência da prescrição.*

- *Juízo de admissibilidade negativo quanto à insurgência dos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa contra o afastamento da nulidade relativamente às acusações remanescentes, consubstanciadas na prática de delitos tipificados nos artigos 89 e 92 da Lei 8.666/93 (“Fato 1” e “Fato 3”), almejando-se a extensão da aludida proclamação de invalidade a toda a decisão de recebimento da denúncia.*

- *Pretensão que esbarra não apenas na limitação imposta pela dicção do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno, mas de igual modo na sistemática retratada no inciso XIII do artigo 581 do Código de Processo Penal, cujo rol para o recurso em sentido estrito não contempla modelo de impugnação próprio à espécie, aceitando-se tão-somente o habeas corpus como remédio cabível.*

(APN nº 0002731-90.2009.4.03.6124, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., j. 11/12/13, DJe 23/12/13, grifos meus)

Naquela ocasião, registrou a E. Desembargadora Federal Relatora Therezinha Cazerta:

Na esteira dos precedentes firmados no Órgão Especial, a partir das premissas adotadas e da evolução do entendimento acerca do cabimento do agravo, em que pese a singularidade

do comando disposto no artigo 207, parágrafo único, do Regimento Interno (ainda mais reduzido agora, após a supressão da alínea “a” do dispositivo em questão - “receber ou rejeitar a denúncia” -, implementada nos termos da Emenda Regimental nº 14, publicada no Diário Eletrônico de 17 de setembro próximo passado), *parece possível concluir, ao passo que não se pretende mitigar os poderes conferidos ao relator no curso da instrução criminal - cuja atuação, remarque-se, dá-se sempre em nome do colegiado, com o intuito de racionalizar o procedimento -, que determinadas decisões desafiam mesmo recurso ao órgão competente para o julgamento verdadeiramente dito, detentor do domínio de toda a atividade específica do processo penal de instância exclusiva no Tribunal.*

Notadamente naquelas situações, ainda circunstanciadas pela excepcionalidade, em que as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as consequências óbvias da natureza da decisão proferida, acabam por obstar a possibilidade de o colegiado, a posteriori ou em momento ainda útil, apropriar-se de determinada questão, de resto espelhadas em hipóteses resguardadas no regime geral de impugnação das interlocutórias estipulado pelo artigo 581 do Código de Processo Penal, consoante se verifica nos casos de reconhecimento da incompetência do juízo (Ação Penal 0082007-54.2005.4.03.0000/SP, rel. Des. Cecília Marcondes, 20.5.2013; Ação Penal 0083366-68.2007.4.03.0000/SP, rel. Des. Peixoto Júnior, 4.2.2013; Ação Penal 0006971-81.2006.4.03.6107/SP, rel. Des. Marli Ferreira, 9.1.2013), decretação de prescrição (Ação Penal 0018319-31.1999.4.03.0000/SP, rel. Des. Márcio Moraes, 18.10.2010), pronúncia de extinção da punibilidade (Ação Penal 0008409-19.2004.4.03.6106/SP, rel. Des. Carlos Muta, 25.5.2012; Ação Penal 0077851-91.2003.4.03.0000/SP, rel. Des. Therezinha Cazerta, 11.9.2007) e, tal como aqui verificado, declaração de nulidade do processo (Ação Penal 0006870-51.2009.4.03.6103/SP, rel. Desembargadora Federal Salette Nascimento, 19.11.2013; Ação Penal 0002730-08.2009.4.03.6124/SP, rel. Desembargador Federal Carlos Muta, 11.9.2013), impõe-se de rigor a aceitação do agravo regimental como única forma viável de submeter a controle o exercício jurisdicional inerente ao desempenho das atribuições conferidas ao Relator na ação penal originária. (grifos meus)

Registro que, em ocasião anterior, este E. Órgão Especial já havia se pronunciado no sentido de que são *irrecorríveis* as decisões do Relator em sede de ação penal originária, excluídas as hipóteses do art. 207 do Regimento Interno:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA RECEBIDA. DECISÕES MONOCRÁTICAS DO RELATOR DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA IRRECORRÍVEIS. ROL TAXATIVO DO ART. 207 DO REGIMENTO INTERNO. CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL.

I. A jurisprudência do Órgão Especial consolidou-se no sentido de o rol disposto no art. 207 do Regimento Interno ser taxativo, não se admitindo sua ampliação por analogia.

II. A irrecorribilidade das decisões monocráticas do Relator de ação penal originária tem como escopo a celeridade na tramitação do processo, evitando-se a perpetuação de recursos em casos não previstos pelo Regimento Interno, obstando a adequada prestação jurisdicional.

III. Agravo regimental não conhecido.

(IP nº 0002070-22.2006.4.03.6123, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Alda Basto, por maioria, j. 14/08/13, DJe 22/08/13, grifos meus)

Assim, nos termos da jurisprudência deste Órgão Especial, *não estão sujeitas a agravo regimental* as decisões unipessoais proferidas por Relator em *ação penal originária*, sistemática esta que visa imprimir maior celeridade ao procedimento criminal. Cabível, contudo, a interposição do *agravo regimental* sempre que a decisão monocrática tiver por objeto *matéria criminal ou processual penal de significativa relevância*, a tornar necessário que o ato do

Relator possa ser submetido a revisão e controle pelo Órgão Colegiado, especialmente quando houver pronunciamento sobre algum dos temas do art. 581 do CPP.

A meu ver, a matéria tratada na decisão recorrida - que se limita a determinar a comprovação do *estado de hipossuficiência* do requerente da *assistência judiciária gratuita* - distancia-se das hipóteses do art. 581 do CPP, pois, fora possuir *parco conteúdo decisório*, não soluciona questão *criminal ou processual penal* de maior envergadura.

É importante consignar que a solução adotada na decisão agravada não se confunde com a hipótese de *rejeição da queixa* (art. 581, I, CPP), nos quais a peça acusatória deixa de ser recebida, por exemplo, por *inépcia, falta de condição da ação, ausência de justa causa* ou outro motivo. O *decisum* recorrido não rejeitou a *peça acusatória inicial*, mas apenas determinou que o interessado fizesse *prova concreta* de seu estado de pobreza, para que pudesse obter a *assistência judiciária gratuita* postulada. Logo, bastaria ao querelante fazer prova de sua *insuficiência de recursos* ou *promover o recolhimento das custas* devidas para que o processo tivesse prosseguimento.

De outra parte, é seguro dizer que o tema ora debatido - relacionado à *necessidade de comprovação do estado de pobreza no caso concreto* - não se equipara, quanto à sua *profundidade e grau de relevância*, a outras matérias que, por sua seriedade e magnitude, são atribuídas à competência deste E. Órgão Especial por disposição regimental ou legal.

Penso que ao declarar que a *irrecorribilidade* das decisões do Relator em ação penal originária tem por finalidade “a racionalização do procedimento e agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação” (APN nº 0002731-90.2009.4.03.6124, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., j. 11/12/13, DJe 23/12/13), o objetivo deste E. Órgão Especial foi exatamente o de evitar que *questões processuais de menor complexidade técnica e de insuficiente relevância axiológica* - como a presente - fossem submetidas ao Colegiado.

Logo, considerando-se que a decisão agravada aborda tema de relevância *ordinária*, que não guarda similitude - nem mesmo remotamente -- com o elevado grau de importância das matérias do art. 207, parágrafo único do Regimento Interno e do art. 581 do CPP, é de rigor o não conhecimento do agravo, cuja interposição mostra-se manifestamente incabível na hipótese.

De outro lado, cumpre observar que o *agravo regimental* constitui recurso sem *efeito suspensivo* - salvo se excepcionalmente concedido. Sua interposição, portanto, não impede que a *decisão recorrida* venha a produzir *plenos efeitos*, de modo que as determinações veiculadas no *decisum* agravado continuam *eficazes* e devem ser cumpridas.

Sobre o tema, já se pronunciaram as Cortes Superiores:

Como se sabe, a interposição de agravo regimental não tem efeito suspensivo. Justamente por isso, o cabimento de ação cautelar com a finalidade de conferir efeito suspensivo a recurso daquela espécie é excepcionalíssimo.

(AC nº 3.348/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 09/04/13, DJe 12/04/13, grifos meus)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DAS ENTIDADES PRIVADAS DE SERVIÇO SOCIAL E DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGADA IRRISORIEDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE.

(...)

3. *Inviável o acolhimento de pedido de concessão de efeito suspensivo ao agravo regimental, seja porque o referido recurso não possui o efeito perseguido, seja porque o recurso especial em que interposto o agravo interno sequer ultrapassou a barreira de admissibilidade recursal, não sendo cabível, pois, a medida excepcional.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1.274.862/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, v.u., j. 07/10/14, DJe 15/10/14, grifos meus)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO QUANTO ÀS ALEGAÇÕES DE INTEMPESTIVIDADE E INTERPRETAÇÃO DO ART. 224 DO CP, CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EVIDENCIADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

(...)

IV. *Os arts. 258 e 259 do RI/STJ não conferem efeito suspensivo ao agravo regimental, e, no Supremo Tribunal Federal, está expresso que o agravo regimental não tem efeito suspensivo (art. 317, § 4º RI/STF).*

(...)

VIII. Embargos de declarações acolhidos com efeitos modificativos, para não conhecer dos embargos de divergências, por intempestivos.

(EDcl nos EREsp nº 1.021.634/SP, Terceira Seção, Rel. p/ Acórdão Min. Gilson Dipp, por maioria, j. 08/08/12, DJe 04/09/12, grifos meus)

Registro que a atual redação do art. 207, parágrafo único, do Regimento Interno desta E. Corte, prevê expressamente que *não possui efeito suspensivo* o agravo regimental interposto contra decisão proferida no curso de ação penal originária, *in verbis*:

Art. 207 - O Relator, como Desembargador Federal de instrução do processo, terá as atribuições que a legislação processual confere aos Juízes singulares.

Parágrafo único - Caberá agravo regimental sem efeito suspensivo e na forma do Regimento, da decisão do Relator que:

a) decretar ou denegar fiança ou a arbitrar;

b) decretar prisão preventiva;

c) recusar produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência. (grifei)

Destaco, ademais, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça no qual se entendeu que a interposição de agravo regimental desprovido de efeito suspensivo não tem o condão de impedir que a decisão agravada produza efeitos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACORDO. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO. ÂMBITO NACIONAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MOTIVO DO ATO ADMINISTRATIVO. PARALISAÇÃO DO SERVIÇO. PARTICIPAÇÃO NA GREVE. LIMITES COGNITIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

(...)

Prazo para cumprimento da ordem

20. O art. 645 do CPC é bastante claro ao consignar que, na Execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

21. *O Agravo Regimental não possui efeito suspensivo, tampouco a agravante procurou adotar providência processual adequada para suspender os efeitos do decisum agravado.*

22. *O prazo estipulado de 60 (sessenta) dias foi bastante razoável, de modo que não se coaduna com a efetividade da jurisdição admitir sua prorrogação.*

Conclusão

23. Agravo Regimental não provido.

(AgRg na Pet nº 10.274/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 27/08/14, DJe 23/09/14, grifos meus)

Desta forma, tendo em vista que o agravo interposto não dispõe de *efeito suspensivo*, forçoso reconhecer que a decisão agravada de fls. 323/323vº *não deixou de produzir efeitos*, mantendo-se plenamente *eficaz*, desde a publicação do *decisum*, a determinação para que o querelante fizesse prova de seu estado de hipossuficiência no prazo de 5 (cinco) dias.

Contudo, mesmo ciente da determinação, o querelante deixou de apresentar *prova concreta* de sua condição de insuficiência econômica, interpondo apenas o presente recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

É de se destacar, ainda, que o presente agravo não contém *impugnação específica* contra a determinação de comprovação do *estado de hipossuficiência*, insurgindo-se o agravante exclusivamente contra *aspectos formais* do *decisum* recorrido, relacionados à ausência de fundamentação.

Considerando-se, portanto, que a decisão recorrida permanece *eficaz* -- e que não foi cumprida até a presente data --, entendo que se impõe a *rejeição da queixa-crime*, na forma do art. 395, II c/c 806, *caput*, do CPP, pela falta de recolhimento das custas iniciais e de comprovação do preenchimento dos requisitos necessários para a obtenção da *gratuidade de justiça*.

Anoto que, conforme prescreve o art. 806, *caput*, do CPP, “*Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.*”

Desta forma, desatendida exigência processual imprescindível para o processamento da ação penal privada, há de ser rejeitada a queixa-crime, em razão da ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 395, inc. II, do CPP. A respeito das custas iniciais como requisito processual para a ação penal privada: STF, Inq nº 3.690/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/08/13, DJe 19/08/13.

Por fim, assinalo que no julgamento dos Embargos de Declaração na PET nº 0031451-67.2013.4.03.0000 (Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, por maioria, j. 29/04/15, DJe 08/05/15) este E. Órgão Especial consolidou o entendimento no sentido de que a rejeição da queixa-crime após a apresentação de defesa técnica torna impositiva a condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência:

PENAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO QUERELADO E QUERELANTE. OMISSÃO APENAS QUANTO À CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. ACOLHIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO QUERELANTE REJEITADOS.

I - A apresentação de queixa-crime, rejeitada após o oferecimento de defesa-prévia pelo querelado, ensejou a necessidade de apresentação de defesa pelo querelado, acarretando-lhe, inevitavelmente, o ônus que deve ser suportado pelo querelante, parte vencida na lide.

II - Possibilidade de aplicação do princípio da sucumbência nos casos de ação penal privada. Precedentes dos tribunais superiores.

III - Integração do julgado para, à luz da jurisprudência predominante nos tribunais pátrios, aplicar, por analogia, conforme autorizado pelo art. 3º, do CPP, o disposto no art. 20, § 4º,

do CPC, para o fim de condenar o querelante no pagamento de honorários advocatícios em favor do querelado, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

IV - Embargos de declaração do querelante que visam a rediscussão de sua pretensão, sem apontar quaisquer dos vícios no julgado, divorciando-se da essência deste recurso. Se é a reforma do julgado que busca o recorrente, para isto não se prestam os embargos, pena de se aviltar a sua “ratio essendi”.

V - Embargos de declaração do querelado acolhidos para integração do julgado, fazendo constar a condenação do querelante no pagamento de honorários advocatícios. Rejeitados os embargos declaratórios opostos pelo querelante.

(ED na PET nº 0031451-67.2013.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, por maioria, j. 29/04/15, DJe 08/05/15)

No mesmo sentido seguem os precedentes abaixo, do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. TURMA RECURSAL. NECESSIDADE DE EVIDENTE CONFRONTO DA DECISÃO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PROCESSO PENAL. VIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme entendimento desta Corte (Resolução nº 12/2009 do STJ), somente se admite o ajuizamento de reclamação contra deliberações de Turmas Recursais estaduais quando estiver em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil.

2. *No caso, ao contrário disso, o decisor atacado espelhou idêntico posicionamento deste Tribunal Superior quanto à viabilidade de honorários de sucumbência no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg na Rcl nº 19.451/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, v.u., j. 27/05/15, DJe 02/06/15, grifos meus)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS IMPOSTOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 20, §3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. VALOR. EXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. *Consoante a jurisprudência sedimentada do STJ, o princípio geral da sucumbência é aplicável no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada. Precedentes. (...)*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1.206.311/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. 05/06/14, DJe 11/06/14, grifos meus)

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental e rejeito a queixa-crime, com fulcro no art. 6º, da Lei nº 8.038/90 c/c os arts. 395, inc. II e 806, *caput*, do CPP. Condene o querelante ao pagamento de honorários de sucumbência, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em razão da relativa complexidade da causa.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

REVISÃO CRIMINAL
0008923-73.2012.4.03.0000
(2012.03.00.008923-0)

Requerente: JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: RvC 869
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2016

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM RAZÃO DA PRÁTICA DE TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ERRO QUANTO À IDENTIFICAÇÃO CIVIL DA ACUSADA, VERDADEIRA AUTORA DO CRIME, QUE APRESENTOU DOCUMENTO DA REVISIONANDA NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR EVENTUAIS DANOS MORAIS. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DA REVISIONANDA DO ROL DOS CULPADOS.

1- No caso, conforme se verifica das cópias dos autos originários trasladada ao presente pedido revisional, uma pessoa apresentando como seu o passaporte (verdadeiro) da Requerente foi presa em flagrante em maio de 2006, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/São Paulo, tentando embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, portando consigo 931,4 gramas de cocaína.

2- Após denúncia e devido processamento da ação penal, a ré naqueles autos (pessoa diversa da Revisionanda) foi condenada nas penas do art. 33, *caput*, §4º c/c art. 40, inc. I, ambos da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, bem como pagamento de 518 dias-multa, calculados à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime. Após julgamento do recurso de apelação, este C. Tribunal deu parcial provimento ao recurso da ré apenas para reduzir a pena de multa e, finalmente, por meio de *Habeas Corpus* impetrado perante do Superior Tribunal de Justiça, a pena foi reduzida para 3 anos, 7 meses e 16 dias.

3- O trânsito em julgado da condenação ocorreu em 13.08.2008, tendo a autora do delito cumprido a pena, conforme se verifica do Alvará de Soltura Clausulado expedido em setembro/2009 (fl. 156), após reconhecida a extinção da pena privativa de liberdade face seu cumprimento, bem como o pagamento da pena de multa (fl. 158).

4- Na hipótese, mostra-se incontroverso que a Requerente não foi a pessoa que, fisicamente, figurou como ré na Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4, muito embora tenha tido sua identidade civil, constante do passaporte furtado/roubado, utilizada pela efetiva ré do processo.

5- Não se confundem a identidade física de uma pessoa com sua identidade civil, de modo que eventual erro que recaia sobre essa última (a identidade civil) não tem o condão de ensejar a nulidade da relação processual penal e, de quebra, de eventual condenação, mormente quando esta incide, como no caso, sobre o verdadeiro autor

do delito, haja vista que a retificação da qualificação civil (em que, obviamente, se inclui o nome do condenado) pode ser feita a qualquer tempo, nos termos do art. 259, do Código de Processo Penal, sem a necessidade de se decretar a nulidade da relação jurídica processual subjacente. Precedentes da doutrina e da jurisprudência.

6- Considerando que a Requerente da presente revisão criminal não participou da relação jurídica processual na ação penal de base, tendo apenas seu nome utilizado (falsamente e de forma criminosa) pela verdadeira ré, não há como reconhecer-lhe legitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 623, do Código de Processo Penal.

7- Ainda que fosse reconhecido à Requerente legitimidade para o ajuizamento da presente revisão criminal, seu pleito não teria mínima chance de prosperar, eis que o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 621 e incisos, da Lei Processual Penal, máxime quando o passaporte da Requerente, indevidamente utilizado pela ré que sofreu a condenação revisanda, não se trata de documento falso ou de nova prova, como bem salientado pela União em sua manifestação de fls. 263/281.

8- Sendo o pedido de eventual indenização corolário da revisão criminal julgada procedente, torna-se patente que, sendo a Requerente parte ilegítima para ajuizar a presente revisão criminal, merece ser afastada qualquer indenização deduzida no presente feito, mesmo porque, na hipótese vertente, o alegado erro judiciário decorreria de uma suposta conduta omissiva da Polícia Federal/Judiciário em averiguar a real identidade da autora do delito; a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, conforme magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, albergado pela jurisprudência das Cortes Superiores, não é objetiva da mesma maneira que a conduta comissiva, ensejando a análise da culpa da Administração, ainda que na forma publicizada da “faute du service” - o serviço não age, age mal ou a destempo, aspectos que não foram debatidos no processo.

9- Extinta a ação revisional sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*. Concedida de ofício ordem de *habeas corpus* para determinar a exclusão do nome da Revisionanda do rol dos culpados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, extinguir a ação revisional sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*, bem como conceder ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar a exclusão do nome da Revisionanda do rol dos culpados, nos termos do relatório e voto vista que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de março de 2016.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por JANINE ANN MARIE FINGAL-ROCK, com fundamento no art. 621, incisos II e III do Código de Processo Penal, objetivando o reexame

do acórdão proferido pela Colenda Segunda Turma desta Corte.

Informa a revisionanda que, nos autos da Ação Criminal nº 2006.61.19.002822-4, foi apurado o crime de tráfico internacional de entorpecentes e seu nome figurou como ré.

Aduz, no entanto, que não é autora do delito. Narra que a verdadeira autora do delito, presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos, apresentou-se com o seu nome e seu passaporte. Por essa razão, a revisionanda foi denunciada como incurso nas penas dos artigos 12, c.c. 18, I, ambos da Lei 6.368/76 em 11/05/2006.

Esclarece que foi instaurado inquérito policial que concluiu pela sua expulsão do país. Bem assim, seu nome foi lançado no rol dos culpados e vem sofrendo todos os efeitos secundários da pena.

Sustenta que o erro judiciário instaurado autoriza a propositura da presente Revisão Criminal que deve ser julgada procedente para que seja desconstituída a condenação penal proferida nos autos da ação penal originária. Aduz que, tendo figurado como ré no processo principal, é parte legítima para a propositura da Revisão Criminal.

Acrescenta que nunca esteve no Brasil e tomou conhecimento da sentença penal condenatória e do decreto que determinou sua expulsão através de sites de busca pela internet. Historia que teve seu passaporte furtado no ano de 2005. Afirma que realizou exame datiloscópico que concluiu que não é ela a pessoa presa em flagrante no processo nº 2006.61.19.002822-4. Aduz que, tendo comprovado que não foi ela quem foi presa em flagrante e participou de todos os atos do processo principal, a sentença condenatória fundou-se em documentos falsos, nos termos do art. 621, II do Código de Processo Penal.

Por fim, pleiteia seja fixada indenização pecuniária em razão do erro judiciário cometido.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da revisão criminal e pela expedição, de ofício, de ordem de *habeas corpus* para que, “antes do término do inquérito que apura o fato, qual seja, o uso de documento falso, possa, hipoteticamente, em face da provisória retirada do nome da requerente do rol de culpados, a fim de que a mesma não incorra no crime de reingresso de estrangeiro expulso (artigo 338, do CPP) e, ao final, havendo conclusão de inquérito policial e ajuizamento de denúncia contra a estrangeira autora do tráfico ilícito de entorpecentes (...) expedição de ordem definitiva para que sejam retirados os apontamentos desabonadores à sua pessoa, no caso, a condenação pelo crime previsto nos artigos 33 e 40, ambos da Lei 11.343/2006”.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Nos autos do processo criminal nº 2006.61.19.002822-4, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Guarulhos (SP) foi proferida sentença condenatória em face de JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK, ora revisionanda.

Ocorre que o crime apurado naquela demanda não foi praticado pela revisionanda. O erro quanto à identificação da agente do crime ocorreu porque a pessoa presa em flagrante apresentou-se com os documentos da revisionanda (fls. 26/27).

Assim, por erro quanto à identificação, o nome da revisionanda foi atrelado à denúncia pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, apurado na Ação Criminal nº 2006.61.19.002822-4. Também, o nome da revisionanda figurou no Processo de Expulsão nº 08018.017675/2009-57 (fl. 163).

No entanto, a Polícia Federal assegurou no Ofício 2539/11:

Outrossim, informamos que as impressões digitais constantes no Processo de Expulsão em nome de Janine Ann Marie FIngal Rock e as impressões digitais coletadas no consulado do Brasil em Londres, apostas pela escocesa Janine Ann Marie Fingal Rock não foram produzidas pela mesma pessoa. (fl. 20)

Assim, por meio do mencionado ofício, verifica-se a ocorrência de erro na identificação criminal da verdadeira autora do delito apurado na Ação Principal, que se identificou falsamente, fazendo-se passar pela demandante.

Em razão do equívoco apontado e do evidente *periculum in mora*, antecipo os efeitos da tutela para determinar a exclusão do nome da revisionanda JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK, do rol dos culpados.

Tendo em vista o pedido de indenização formulado pela revisionanda com espeque nos arts. 5º, LXXV da Constituição Federal e 626 do Código de Processo Penal, converto o julgamento em diligência para determinar a citação da União.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais e o Ministério da Justiça.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por JANINE ANN MARIE FINGAL-ROCK, com fundamento no art. 621, incisos II e III do Código de Processo Penal, objetivando o reexame do acórdão proferido pela Colenda Segunda Turma desta Corte.

Informa a revisionanda que, nos autos da Ação Criminal nº 2006.61.19.002822-4, foi apurado o crime de tráfico internacional de entorpecentes e seu nome figurou como ré.

Aduz, no entanto, que não é autora do delito. Narra que a verdadeira autora do delito, presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos, apresentou-se com o seu nome e seu passaporte. Por essa razão, a revisionanda foi denunciada como incurso nas penas dos artigos 12, c.c. 18, I, ambos da Lei 6.368/76 em 11/05/2006.

Esclarece que foi instaurado inquérito policial que concluiu pela sua expulsão do país. Bem assim, seu nome foi lançado no rol dos culpados e vem sofrendo todos os efeitos secundários da pena.

Sustenta que o erro judiciário instaurado autoriza a propositura da presente Revisão Criminal que deve ser julgada procedente para que seja desconstituída a condenação penal proferida nos autos da ação penal originária. Aduz que, tendo figurado como ré no processo principal, é parte legítima para a propositura da Revisão Criminal.

Acrescenta que nunca esteve no Brasil e tomou conhecimento da sentença penal condena-

tória e do decreto que determinou sua expulsão através de sites de busca pela internet. História que teve seu passaporte furtado no ano de 2005. Afirma que realizou exame datiloscópico que concluiu que não é ela a pessoa presa em flagrante no processo nº 2006.61.19.002822-4. Aduz que, tendo comprovado que não foi ela quem foi presa em flagrante e participou de todos os atos do processo principal, a sentença condenatória fundou-se em documentos falsos, nos termos do art. 621, II do Código de Processo Penal.

Por fim, pleiteia seja fixada indenização pecuniária em razão do erro judiciário cometido.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da revisão criminal e pela expedição, de ofício, de ordem de *habeas corpus* para que, “antes do término do inquérito que apura o fato, qual seja, o uso de documento falso, possa, hipoteticamente, em face da provisória retirada do nome da requerente do rol de culpados, a fim de que a mesma não incorra no crime de reingresso de estrangeiro expulso (artigo 338, do CPP) e, ao final, havendo conclusão de inquérito policial e ajuizamento de denúncia contra a estrangeira autora do tráfico ilícito de entorpecentes (...) expedição de ordem definitiva para que sejam retirados os apontamentos desabonadores à sua pessoa, no caso, a condenação pelo crime previsto nos artigos 33 e 40, ambos da Lei 11.343/2006”.

No dia 18/12/2014, o feito foi levado a julgamento e a Quarta Seção desta E. Corte, por unanimidade, antecipou os efeitos da tutela, para determinar a exclusão do nome da revisionanda JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK, do rol dos culpados e, em razão do pedido de indenização formulado pela revisionanda, converteu o julgamento em diligência, para determinar a citação da União (fls. 243 e 246).

Citada, a União apresentou sua defesa (fls. 263/281), na qual suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade da parte para propor a presente revisão criminal. Alegou, em suma, que a revisionanda não foi ré no processo penal nº 2006.61.19.002822-4 já que não foi efetivamente processada, julgada ou cumpriu a pena. Bem assim, sustentou o não cabimento da presente Revisão Criminal, uma vez que não há subsunção a qualquer dos casos taxativamente previstos na lei.

No que toca ao pedido de indenização, a União alegou que a circunstância dos autos não enseja direito à indenização por entender que a própria revisionanda deu causa ao erro (art. 630, §2º, *a* do Código de Processo Penal), na medida em que não comprovou que notificou os órgãos competentes acerca do furto/roubo do seu documento. Por fim, defendeu a inexistência de erro judiciário, uma vez que as autoridades atestaram a validade do documento de identificação apresentado, e a ausência de qualquer prejuízo apto a ensejar indenização.

Por indicação deste relator, o feito foi retirado de pauta na sessão do dia 16/04/2015 (fls. 286/287).

Vista dos autos à Defensoria Pública da União (fl. 299) e ao Ministério Público Federal (fl. 302).

O Ministério Público Federal reiterou o parecer anterior e opinou pela improcedência da Revisão Criminal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, consigne-se que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, *prospettazione*), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor, e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.

(Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, afirmado pela requerente o cabimento da revisão criminal com fulcro no artigo 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional, taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de reexame do acervo probatório que ensejou a prolação da sentença condenatória, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à deconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Da Legitimidade da Requerente

A União, em sua defesa, alega que a requerente não possui legitimidade para propor a presente Revisão Criminal porquanto não foi a pessoa efetivamente processada, julgada ou cumpriu a pena no processo penal nº 2006.61.19.002822-4.

A despeito dos argumentos da União, observo que a requerente JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK é a pessoa que figura como ré no processo penal nº 2006.61.19.002822-4 (fls. 52/54). Bem assim, foi seu o nome lançado no rol dos culpados em decorrência da condenação naquele processo. E ainda, foi em seu desfavor que foi determinada a expulsão do Brasil, em decorrência da instauração do Inquérito Policial de Expulsão nº 08018.017675/2009-57 (fl. 163).

Desse modo, a requerente é parte legítima para ajuizar a presente Revisão Criminal a fim de rever a sentença que a condenou e pleitear a retirada do seu nome do rol dos culpados (g.n.).

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR FURTO. RÉU QUE USOU FALSA IDENTIDADE. REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA PELO VERDADEIRO DONO DA IDENTIDADE. ERRO JUDICIÁRIO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL REVISOR QUE, ENTRETANTO,

NÃO CONHECE DO PEDIDO REVISIONAL SOB O ARGUMENTO DE “ILEGITIMIDADE ATIVA”. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE. 1. É cabível a via da Revisão Criminal para rever sentença proferida contra pessoa que, em um segundo momento, se sabe não ter cometido o crime objeto da condenação, *sendo evidentemente legítima para ajuizá-la a parte que tem seu nome lançado como réu na sentença condenatória proferida com erro na identificação do agente do delito*. Inteligência do art. 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal. 2. Recurso Especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, conhecer da Revisão Criminal ajuizada e julgar procedente o pedido revisional, a fim de absolver o ora Recorrente da condenação que lhe foi indevidamente imposta. ..EMEN: (RESP 200400413368, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 06/11/2006 PG:00361 REVJMG VOL.: 00178 PG: 00444)

Superadas, portanto, as preliminares.

Do Mérito da Revisão Criminal

A revisão criminal, instituto previsto nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal, é o meio hábil para a desconstituição de decisão condenatória transitada em julgado na seara criminal, quando verificado um erro judiciário. Tem como pressupostos a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria e o trânsito em julgado da sentença.

O artigo 621 do Código Processual Penal, por sua vez, traz hipóteses taxativas de cabimento da revisão criminal. Tais hipóteses devem ser criteriosamente observadas, uma vez que o objetivo da revisão criminal é a desconstituição da coisa julgada da qual se reveste a sentença ou acórdão prolatados.

De fato, “como a coisa julgada desempenha também um papel de certa relevância para as decisões judiciais condenatórias, compreende-se que a via aberta à ação de revisão criminal não seja assim tão alargada, como se se tratasse de uma nova ação penal invertida, isto é, promovida pelo acusado. Por isso, há requisitos mínimos para o ajuizamento de tais ações, a impor que tenham elas fundamentação vinculada” (in Curso de Processo Penal. Eugênio Pacelli, 17ª ed., 2013, p. 959).

Os requisitos para a Revisão Criminal são definidos, expressa e taxativamente, no artigo 621 do Código de Processo Penal, que enuncia:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Com essas considerações, passo à análise do caso concreto, reiterando, por oportuno, excerto da decisão proferida quando da apreciação do pedido de antecipação da tutela:

Nos autos do processo criminal nº 2006.61.19.002822-4, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Guarulhos (SP) foi proferida sentença condenatória em face de JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK, ora revisionanda.

Ocorre que o crime apurado naquela demanda não foi praticado pela revisionanda. O erro quanto à identificação da agente do crime ocorreu porque a pessoa presa em flagrante apresentou-se com os documentos da revisionanda (fls. 26/27).

Assim, por erro quanto à identificação da pessoa, o nome da revisionanda foi atrelado à denúncia pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, apurado na Ação Criminal nº 2006.61.19.002822-4. Também, o nome da revisionanda figurou no Processo de Expulsão nº 08018.017675/2009-57 (fl. 163).

No entanto, que a Polícia Federal assegurou no Ofício 2539/11:

“Outrossim, informamos que as impressões digitais constantes no Processo de Expulsão em nome de Janine Ann Marie Fingal Rock e as impressões digitais coletadas no consulado do Brasil em Londres, apostas pela escocesa Janine Ann Marie Fingal Rock não foram produzidas pela mesma pessoa.” (fl. 20)

Assim, por meio do mencionado ofício, verifica-se a ocorrência de erro na identificação criminal da verdadeira autora do delito apurado na Ação Principal, que se identificou falsamente, fazendo-se passar pela demandante.

Diante do evidente erro quanto à identificação da ré Ação Criminal nº 2006.61.19.002822-4, deve ser julgada procedente a presente Revisão Criminal, para rever a sentença proferida contra pessoa que se sabe não ter cometido o crime objeto da condenação.

Nesse sentido, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR FURTO. RÉU QUE USOU FALSA IDENTIDADE. REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA PELO VERDADEIRO DONO DA IDENTIDADE. ERRO JUDICIÁRIO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL REVISOR QUE, ENTRETANTO, NÃO CONHECE DO PEDIDO REVISIONAL SOB O ARGUMENTO DE “ILEGITIMIDADE ATIVA”. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE.

1. É cabível a via da Revisão Criminal para rever sentença proferida contra pessoa que, em um segundo momento, se sabe não ter cometido o crime objeto da condenação, sendo evidentemente legítima para ajuizá-la a parte que tem seu nome lançado como réu na sentença condenatória proferida com erro na identificação do agente do delito. Inteligência do art. 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

2. Recurso Especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, conhecer da Revisão Criminal ajuizada e julgar procedente o pedido revisional, a fim de absolver o ora Recorrente da condenação que lhe foi indevidamente imposta. (REsp 645582 / PR, Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 06/11/2006 p. 361)

Tendo a prova coligida aos autos demonstrado, de forma satisfatória, não ter sido o postulante autor da conduta criminosa - praticado por outrem, provavelmente utilizando documentos furtados - merece procedência o pedido revisional, determinando-se sua exclusão do pólo passivo da demanda, por ilegitimidade de parte. (RVCR 200004010074508, ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, TRF4 - QUARTA SEÇÃO, DJ 03/10/2001 PÁGINA: 587.)

Do pedido de Indenização por erro judiciário

A Constituição Federal, em seu art. 5º LXXV, garante ao condenado por erro judiciário o direito à indenização, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado em sentença.

Nesse contexto, o art. 630 do Código de Processo Penal possibilita o reconhecimento do direito à justa indenização pelos prejuízos sofridos, no bojo da revisão criminal, desde que haja requerimento do interessado.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ERRO JUDICIÁRIO. DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS.

É devida indenização uma vez demonstrado erro judiciário *ex vi* art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e art. 630 do CPP. *In casu*, restaram devidamente comprovados os prejuízos sofridos pelo recorrente, razão pela qual não há óbice a uma justa indenização. Recurso provido.

(STJ, RESP nº 253674, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 04.03.04)

In casu, a requerente formula pedido de fixação de justa indenização pelos prejuízos decorrentes do erro judiciário em sua inicial.

Diante da situação exposta nos autos, não há dúvida de que o Estado deve responder pelos danos suportados pela requerente, que foi equivocadamente condenada pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Houve evidente falha na identificação da verdadeira autora do crime apurado na Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4. Falha esta atribuível ao Estado, que não agiu com a cautela necessária na verificação da real identificação da pessoa apontada como autora do delito, o que resultou na errônea condenação da revisionanda, no lançamento de seu nome do rol dos culpados e no seu decreto de expulsão do país.

Não há que se falar em ato ou falta imputável à requerente, como quer fazer crer a União.

Era dever do Estado suspeitar do documento apresentado pela verdadeira criminoso, ante a incongruência entre sua fisionomia e a foto constante no documento, e realizar a identificação criminal.

Isso porque, conforme se depreende do documento enviado pelo Consulado Geral Britânico, datado de 18 de maio de 2006 (fls. 66), foi esclarecido que a foto constante do passaporte era verdadeira.

É inaceitável que um criminoso apresente documento com foto de outra pessoa, ainda que verdadeiro, sem que isso desperte qualquer suspeita nas autoridades especialmente treinadas para realizar sua identificação.

O dano moral, neste caso, é perfeitamente presumível e decorre da própria situação suportada pela revisionanda.

Inconteste o sofrimento daquele que experimenta ver seu nome constar no rol dos culpados em razão de condenação penal pelo grave crime de tráfico internacional de entorpecentes.

No mesmo sentido, colaciono alguns julgados (g.n.):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONDENAÇÃO INJUSTA. ACUSAÇÃO EQUIVOCADA. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE PRISÃO DESARRAZOADA. CONFUSÃO. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. OMISSÃO. CULPA. SÚMULA Nº 07 DO STJ. 1. É inadmissível o Recurso Especial quando implica a análise de matéria fática ou quando o aresto recorrido funda-se em tema constitucional (art. 37, § 6º da CF/88). 2. *In casu*, trata-se de Ação Ordinária de Indenização interposta por autor que sofreu danos morais em decorrência de condenação injusta por força de erro cometido pela Polícia que o confundiu com criminoso, que se utilizava da sua documentação furtada em assalto, da qual foi vítima, inobstante devidamente comunicado à autoridade policial à época do evento. 3. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da responsabilidade estatal - restou examinada pelo Tribunal *a quo* à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos. 4. *A Corte de origem confirmou integralmente a sentença a quo, condenando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Objetiva do Estado, calcado na seguinte fundamentação, in litteris: A tese lançada pelo Estado de que estaria caracterizada a excludente "fato de terceiro", em vista*

de que o equívoco fora decorrente de ato do meliante que havia roubado os documentos do autor, não merece prosperar. Ressalto que o equívoco nunca foi negado pelo Estado, que se restringe a imputar a terceiro a responsabilidade. Ora, não lhe assiste razão, fundamentalmente, porque vulnera todo o sistema e segurança jurídica da atividade policial, pretender eximir-se da indispensável precisão e segurança na identificação de todo e qualquer suspeito por prática delituosa, para ulterior impulso da competente ação penal. Não seria crível admitir que cidadãos estariam em constante iminência de responderem a processo criminal e congêneres, em decorrência de eventual falsidade de identidade de falsários, assaltantes etc. O Estado tem o dever de primar pela segurança e eficiência de sua atuação. Não o fazendo, responderá, objetivamente, nos termos do § 6º, do art. 37, da Carta Constitucional. Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade do ente público, tornando-o responsável pela reparação do dano, a teor do contido no § 6º, do art. 37 da CF/88, que somente pode ser excluída ou atenuada mediante culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiros, excludentes não configuradas no caso concreto. 5. É inadmissível o recurso especial quando “não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios” (Súmulas 282/STF e 356/STF). 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, bem como escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. É que a causa retrata Responsabilidade Objetiva porquanto o Estado, que registrou o roubo de documentos, ainda assim foi capaz de, ciente do fato, impor ao autor os constrangimentos da persecução penal, como se fora o próprio criminoso, que, usando documento falso, perpetrou outro delito. 8. A causa retrata negligência do Estado que registrou a subtração dos documentos e mesmo assim identificou o delinquente como se fosse o próprio recorrente. 9. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional. 10. Recurso especial não conhecido. ..EMEN: (RESP 200602003237, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 03/04/2008 ..DTPB:.)

DANOS MORAIS Indenização - Condenação criminal de terceiro que se identificou com os dados pessoais do autor - Problema apenas sanado mediante revisão criminal. Ação ajuizada menos de três e de cinco anos depois. Prescrição não verificada. Comunicado o roubo dos documentos pessoais do autor, juntamente com um veículo, anos antes. *Responsabilidade objetiva do Estado por processar e condenar pessoa diversa daquela que motivou a persecução criminal. Estabelecido o nexo de causalidade dos danos com a atividade estatal, incide o dever de indenizar.* Valor de vinte mil reais, que não é exagerado para os males que um processo criminal causa para a honorabilidade e a vida civil do cidadão, ainda mais com condenação transitada em julgado e com mandado de prisão expedido, por isso sem motivo de redução. Embora menor que o valor sugerido na petição inicial, de cinquenta mil reais, sem repercussão sobre a distribuição dos ônus da sucumbência, segundo orientação da Súmula 326 do STJ. Igualmente sem motivo de redução os honorários advocatícios, fixados em quinze por cento do valor atualizado da condenação, porque em consonância com os parâmetros do artigo 20, § 4º, do CPC, além de remunerar o trabalho profissional de forma compatível com a expressão econômica da demanda. Recurso não provido. (Apelação nº 0156518-04.2012.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Edson Ferreira, julg. 05/09/2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral utilização de documento por terceiro - Pessoa processada criminalmente que, em verdade, não praticou o ato criminoso - Falta de diligência da autoridade policial para apurar a real identidade do criminoso. Falha no serviço

Danos morais reduzidos para R\$ 50.000,00, considerando o nível sócio econômico do autor e a vedação do enriquecimento sem causa. Improcedência do dano material. Juntada de documento nas contra razões que deveria acompanhar a petição inicial - Inadmissibilidade - Recursos parcialmente providos. (Apelação nº 9078042-08.2003.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Rubens Rihl, julg. 30/11/2009).

Dessa forma, reconheço o direito à indenização, devendo a liquidação ocorrer no Juízo cível, a teor do § 1º do art. 630 do Código de Processo Penal, sendo a esfera adequada para determinação da extensão do dano.

Dispositivo

Posto isso, dou provimento à Revisão Criminal para julgar procedente o pedido revisional a fim de absolver JANINE ANN MARIE FINGAL ROCK da condenação que lhe foi imposta nos autos da Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4, originária da 1ª Vara Criminal Federal de Guarulhos (SP) e reconhecer o direito à indenização pelo erro judiciário, a ser liquidada no Juízo cível.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais e o Ministério da Justiça.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES:

Trata-se de revisão criminal ajuizada por JANINE ANN MARIE FINGAL-ROCK (a seguir referida como “Requerente” ou “Revisionanda”), com fundamento no art. 621, incisos II e III do Código de Processo Penal, objetivando a cassação da condenação proferida nos autos da Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4 em virtude da prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, confirmada por este E. Corte no julgamento da apelação interposta em face da sentença condenatória.

Fundamentando o pleito revisional, a Requerente, cidadã inglesa, aduz que, após realizada pesquisa em *sites* de busca pela *internet*, verificou que havia em seu nome uma sentença criminal condenatória e decreto de expulsão do Brasil, país que nunca visitou.

Destaca que teve seu passaporte furtado/roubado em Barcelona/Espanha no ano de 2005 e que, em contato com o Consulado Brasileiro em Londres, teria sido confirmada a existência de sentença criminal condenatória com trânsito em julgado e decreto de expulsão em seu nome, tendo sido publicada a portaria de expulsão em agosto de 2010, conforme se verifica de fls. 200.

Desse modo, concluindo que o seu passaporte furtado/roubado foi utilizado pela real agente delitiva processada e julgada nos autos originários, pretende seja desconstituída a decisão criminal condenatória em seu nome, a fim de que seja absolvida, bem como tenha seu nome excluído do polo passivo do processo.

Pleiteia, ainda, diante do patente erro judiciário, indenização por danos morais.

Por meio da decisão de fls. 246, o Ilustre Relator, Des. Fed. José Lunardelli, em análise às informações prestadas pela Polícia Federal de que as impressões digitais da Requerente não foram produzidas pela mesma pessoa que figurou no processo de expulsão, antecipou os efeitos da tutela para determinar a exclusão do nome da revisionanda do rol dos culpados.

Após regular processamento, o feito foi levado a julgamento no dia 19.11.2015, ocasião em que Em. Relator julgou procedente o pedido revisional a fim de absolver a Requerente da condenação que lhe foi imposta nos autos da Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4 e reconhecer o direito à indenização pelo erro judiciário, a ser liquidada no Juízo cível, no que foi acompanhado pela Ilustre Des. Fed. Cecília Mello em antecipação de voto.

Pedi vista para melhor analisar a questão posta em debate nestes autos.

Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

No caso, conforme se verifica das cópias dos autos originários trasladada ao presente pedido revisional, uma pessoa apresentando como seu o passaporte (verdadeiro) da Requerente foi presa em flagrante em maio de 2006, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/São Paulo, tentando embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, portando consigo 931,4 gramas de cocaína.

Após denúncia e devido processamento da ação penal, a ré naqueles autos (pessoa diversa da Revisionanda) foi condenada nas penas do art. 33, *caput*, §4º c/c art. 40, inc. I, ambos da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de de 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, bem como pagamento de 518 dias-multa, calculados à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime. Após julgamento do recurso de apelação, este C. Tribunal deu parcial provimento ao recurso da ré apenas para reduzir a pena de multa e, finalmente, por meio de *Habeas Corpus* impetrado perante do Superior Tribunal de Justiça, a pena foi reduzida para 3 anos, 7 meses e 16 dias.

O trânsito em julgado da condenação ocorreu em 13.08.2008, tendo a autora do delito cumprido a pena, conforme se verifica do Alvará de Soltura Clausulado expedido em setembro/2009 (fl. 156), após reconhecida a extinção da pena privativa de liberdade face seu cumprimento, bem como o pagamento da pena de multa (fl. 158).

Como já salientado, o Em. Relator, em seu voto, julgou procedente o pedido revisional a fim de absolver a Requerente da condenação proferida nos autos originários, reconhecendo-lhe, ainda, o direito ao recebimento de indenização pelo erro judiciário, a ser liquidada no Juízo cível.

Entretanto, com a devida vênia, reputo que o caso comporta solução diversa.

No caso em tela, mostra-se incontroverso que a Requerente não foi a pessoa que, fisicamente, figurou como ré na Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4, muito embora tenha tido sua identidade civil, constante do passaporte furtado/roubado, utilizada pela efetiva ré do processo.

Ora, como sabido, não se confundem a identidade física de uma pessoa com sua identidade civil, de modo que eventual erro que recaia sobre essa última (a identidade civil) não tem o condão de ensejar a nulidade da relação processual penal e, de quebra, de eventual condenação, mormente quando esta incide, como no caso, sobre o verdadeiro autor do delito, haja vista que a retificação da qualificação civil (em que, obviamente, se inclui o nome do condenado) pode ser feita a qualquer tempo, nos termos do art. 259, do Código de Processo Penal, sem a necessidade de se decretar a nulidade da relação jurídica processual subjacente.

Outro não é o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Mgalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes em *As Nulidades no Processo Penal* (São Paulo: RT, 6ª ed., 1998, p. 206). O mesmo entendimento dos citados autores é partilhado por Guilherme de Souza Nucci em seu *Código de Processo Penal Comentado* (destaquei):

4. Correção da qualificação do acusado a qualquer tempo: se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos os seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento

processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. *Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não é suficiente para anular a instrução ou a condenação*, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos autos e no distribuidor, comunicando-se ao Instituto de Identificação (12^a ed., São Paulo, 2012, pp. 596-597).

Indo ao encontro da lição doutrinária acima transcrita, colaciono o seguinte precedente do E. Tribunal Regional Federal da 5^o Região (destaquei):

PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL REQUERIDA POR ADVOGADO EM BENEFÍCIO DE INDIVÍDUO ALHEIO AO PROCESSO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ACUSADO PROCESADO SOB NOME FALSO. AUSÊNCIA DE ERRO SOBRE A PESSOA DO RÉU. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO EM FAVOR DE PESSOA, CUJO NOME FOI USADO. - Condenação do verdadeiro autor do crime, ainda não civilmente identificado, que participou de todos os atos processuais, utilizando indevidamente o nome de outrem. - O equívoco quanto ao nome do acusado em face do uso indevido do nome alheio pelo réu não acarreta a nulidade da condenação quando esta incide sobre o verdadeiro autor do crime, podendo a retificação quanto ao nome ser feita a qualquer tempo - art. 259 do CPP. - *Pedido de revisão criminal formulada pelo defensor dativo do verdadeiro autor do crime em favor daquele que tem o seu nome indevidamente utilizado pelo criminoso. Ilegitimidade ativa. Inteligência do art. 623 do CPP.* - Concessão de habeas corpus de ofício para determinar a expedição de salvo-conduto em favor da pessoa que provou ser civilmente identificada como Elizeu Pereira Duda, sob o fundamento de não ser ele quem se apresentou com o mesmo nome durante toda a ação penal (RVCR 200305000160304, Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Pleno, DJ de 13.09.2005, p. 456).

Desse modo, considerando que a Requerente da presente revisão criminal não participou da relação jurídica processual na ação penal de base, tendo apenas seu nome utilizado (falsamente e de forma criminosa) pela verdadeira ré, não há como reconhecer-lhe legitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 623, do Código de Processo Penal.

Ademais, somente para argumentar, ainda que fosse reconhecido a Requerente legitimidade para o ajuizamento da presente revisão criminal, seu pleito não teria mínima chance de prosperar, eis que o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 621 e incisos, da Lei Processual Penal, máxime quando o passaporte da Requerente, indevidamente utilizado pela ré que sofreu a condenação revisanda, não se trata de documento falso ou de nova prova, como bem salientado pela União em sua manifestação de fls. 263/281.

Consequentemente, sendo o pedido de eventual indenização corolário da revisão criminal julgada procedente, torna-se patente que, sendo a Requerente parte ilegítima para ajuizar a presente revisão criminal, merece ser afastada qualquer indenização deduzida no presente feito, mesmo porque, na hipótese vertente, o alegado erro judiciário decorreria de uma suposta conduta omissiva da Polícia Federal/Judiciário em averiguar a real identidade da autora do delito; a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, conforme magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, albergado pela jurisprudência das Cortes Superiores, não é objetiva da mesma maneira que a conduta comissiva, ensejando a análise da culpa da Administração, ainda que na forma publicizada da “faute du service” - o serviço não age, age mal ou a des-tempo, aspectos que não foram debatidos no processo.

De modo que, por essas razões, divirjo do ilustre Relator e voto no sentido de EXTIN-

GUIR A AÇÃO REVISIONAL SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. Porém, e a fim de que a Requerente não sofra, injustamente, os efeitos de uma condenação criminal proferida num processo do qual sequer participou, *CONCEDO, EX OFFICIO, ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DA REVISIONANDA DO ROL DOS CULPADOS*, nos termos da decisão de fls. 246 e de quaisquer registros ou bancos de dados criminais.

Deve-se ainda oficiar ao Juízo responsável pelo processo originário, remetendo-se-lhe cópias das decisões exaradas neste feito, a fim de que se busque a correta qualificação da ré.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW:

Inicialmente, cumpre registrar o respeito e admiração que nutro pelo Eminentíssimo Desembargador Federal José Lunardelli, salientando que o meu pedido de vista se assentou na necessidade de uma análise mais detida dos autos para formação de minha convicção.

Trata-se de revisão criminal proposta por Janine Ann Marie Fingal-Rock, com fundamento no art. 621, II e III, do Código de Processo Penal, pretendendo “o julgamento de procedência da revisão criminal, nos termos do art. 626, do Código de Processo Penal, com a absolvição da revisionanda e com a consequente exclusão de seu nome do polo passivo do processo criminal originário nº 2006.61.19.002822-4. Requer, ainda, que seja reconhecido seu direito à indenização em virtude do erro judiciário, nos termos dos artigos 5º, LXXV, da Constituição Federal e 626 do Código de Processo Penal” (cfr. fl. 12).

Na sessão de 19.11.15, o Eminentíssimo Relator julgou procedente o pedido revisional a fim de absolver Janine Ann Marie Fingal-Rock da condenação imposta nos autos da Ação Penal nº 2006.61.19.002822-4, originária da 1ª Vara Criminal Federal de Guarulhos (SP) e reconhecer o direito à indenização pelo erro judiciário, a ser liquidada no Juízo cível (fls. 312/316), acompanhado pela Eminentíssima Desembargadora Federal Cecília Mello em antecipação de voto, suspendendo-se o julgamento em razão de pedido de vista do Eminentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes (cfr. fl. 311).

Em 18.02.16, o Eminentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes apresentou voto-vista, divergindo do Relator, para extinguir a ação revisional sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*; porém, para que a requerente não sofra, injustamente, os efeitos de uma condenação criminal proferida num processo do qual sequer participou, concedeu, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para determinar a exclusão do nome da revisionanda do rol dos culpados, nos termos da decisão de fl. 246/246v. e de quaisquer registros ou bancos de dados criminais, determinando, ainda, a remessa de cópias das decisões destes autos, para que se busque a correta qualificação da ré (fls. 321/323).

Pedi vista dos autos e apresento meu voto, nesta oportunidade.

A requerente alega o seguinte:

a) não é a autora do crime tratado nos Autos do Processo nº 2006.61.19.002822-4, com condenação transitada em julgado pelo delito do art. 33, *caput*, § 4º, c. c. o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão;

b) a verdadeira agente do delito, ao ser presa em flagrante, apresentou passaporte em nome da requerente, o qual foi furtado em julho de 2005 na Cidade de Barcelona, Espanha;

c) o uso falso da identidade da requerente somente foi descoberto após o trânsito em julgado, ensejando a presente revisão criminal, com base no art. 621, II e III, do Código de Processo Penal;

d) embora a real agente do delito tenha cumprido a pena, foi utilizada impropriamente a identidade da requerente, acarretando o indevido lançamento de seu nome no rol dos culpados e os efeitos secundários da pena, além de expedição de decreto de expulsão do País;

e) ante o enorme prejuízo sofrido e do patente erro judiciário, pretende, com a presente revisão criminal, a desconstituição da condenação penal proferida nos autos originários;

f) é parte legítima e tem interesse, pois o nome da revisionanda figurou no polo passivo da demanda originária;

g) após pesquisar seu nome na internet, verificou que havia condenação criminal e decreto de expulsão do Brasil, local que nunca visitou;

h) preocupada, contatou o Consulado brasileiro em Londres, que confirmou a existência da sentença e o decreto expulsório;

i) o engano foi esclarecido após a realização de exame datiloscópico, em que se cotejaram as impressões digitais da requerente com as da verdadeira autora do delito da ação originária, concluindo serem de pessoas diferentes;

j) os únicos elementos identificadores da real autora da infração penal foram colhidos no inquérito policial, por ocasião da prisão em flagrante, quando a verdadeira agente delitiva apresentou como seu documento da requerente, utilizando indevidamente identidade diversa da sua, situação que perdurou em todos os atos processuais subsequentes;

k) o decreto condenatório baseou-se essencialmente na falsa identidade apresentada, configurando documentos comprovadamente falsos, nos termos do art. 621, II, do Código de Processo Penal;

l) em nenhum momento foram comparadas as características físicas da real agente delitiva com as da fotografia do documento apresentado, não surgindo a desconfiança de que a autora da conduta delitiva poderia estar usando identidade falsa, entretanto, somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, percebeu-se o equívoco, concluindo-se que a verdadeira autora do delito não foi civilmente identificada e o nome que consta como ré não é seu;

m) o surgimento das provas novas comprova a inocência da requerente, consoante o art. 621, III, do Código de Processo Penal, que, por evidente erro judiciário, teve decreto condenatório expedido em seu nome;

n) não se trata de homônimas, pois os demais dados qualificativos da acusada são idênticos aos da requerente;

o) dado o patente erro judiciário, a revisionanda merece indenização do Estado por danos morais, “pois a condenação criminal injusta é ato potencialmente lesivo, que ocasiona dor e desonra moralmente ao nome e a respeitabilidade social do cidadão” (fl. 11) (fls. 2/13).

Convém registrar inicialmente que a real autora do delito identificou-se como sendo a requerente antes mesmo da prisão em flagrante (fls. 24/47), ao adquirir as passagens aéreas de São Paulo a Lisboa e de Lisboa a Barcelona (cfr. fl. 55), até o cumprimento da pena (cfr. fl. 157).

Importante mencionar, ainda, que o Consulado Geral Britânico em São Paulo declarou, em 18.05.06, que o Passaporte nº 401871539 apresentado pela pessoa que cometeu o delito é

genuíno e que a foto que consta no passaporte é verdadeira, não sendo mencionando o furto/roubo apontado pela requerente (cfr. fl. 66) e que o mesmo consulado requereu em 01.08.07 a devolução do referido passaporte e que se não fosse devolvido, seria cancelado e um novo emitido (cfr. fl. 132).

Merece destaque, por fim, que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo noticiou em 18.01.10 que a falsária compareceu ao plantão para, ao que parece (a cópia está incompleta), tentar obter a devolução do passaporte (cfr. fl. 159).

De todo modo, restou demonstrado que a requerente não é a pessoa falsamente identificada que cometeu o delito tratado nos Autos originários nº 2006.61.19.002822-4 (fl. 20), não obstante seu nome esteja indicado como ré, dado o uso indevido de seu passaporte pela real autora delitiva, de qualificação atualmente ignorada. Igualmente não se controverte quanto ao cometimento do crime referido nos autos originários pela pessoa que se apresentou como sendo a requerente.

Como bem ressaltado no voto do Eminentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes (fls. 321/323), a eventual divergência da identidade física com a identidade civil não enseja a nulidade da relação processual e da condenação, mormente quando recai sobre o verdadeiro autor do delito, dado que a qualificação civil pode ser retificada a qualquer tempo, sem prejuízo dos atos precedentes (CPP, art. 259).

Tendo em vista que a requerente comprovadamente não é a pessoa participante da relação jurídico processual da ação originária, tendo somente seu nome utilizado ilicitamente pela verdadeira ré, inviável o reconhecimento de sua legitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 623 do Código de Processo Penal.

Ainda que reconhecida a legitimidade ativa da requerente para a presente revisão criminal, a pretensão não prosperaria, pois não se verifica nenhuma das hipóteses descritas nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal, pois o passaporte da requerente não é documento falso nem prova nova muito menos fundamentou a sentença condenatória.

Pertinente a manifestação do Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Osvaldo Capelari Junior, ao discorrer sobre o uso do documento falso noticiado somente nos presentes autos, vulnerando os limites objetivos da coisa julgada e o princípio da correlação ou congruência do pedido com a sentença:

O uso de documento falso foi posteriormente, segundo a revisão criminal, descoberto e, como se vê, tal se deu fortuitamente, ou seja, acidentalmente, pois a requerente só soube do ocorrido haja vista que em consulta ao site de busca pela internet e, ocasionalmente, informou-se que consta contra si condenação criminal no Brasil e decreto de expulsão, devendo-se anotar que jamais ingressou no país.

Há notícia, nos autos, de que “O documento datiloscópico realizado concluiu que as impressões digitais submetidas à análise de ambas cidadãs eram diferentes. Comprovou-se, por meio de investigação, que a agente presa em flagrante e condenada no processo penal nº 2006.61.19.002822-4 não é da requerente, ou seja, Janinie Ann Marie Fingal-Rock (doc. 2)” (cf. a págs. 06).

Portanto, a revisão só poderia prosperar se os fatos abarcados na ação penal tivessem relação de pertinência com o pedido, em que pese o erro judiciário (art. 37, § 6º, da CF/88) que deverá ser vindicado em via própria, pois incompatível com a revisão criminal.

Repito, o uso de documento falso não foi objeto da ação penal, o que impede o julgamento da questão, pois vulnera os limites objetivos da coisa julgada e o princípio da correlação ou congruência do pedido com a sentença. (fls. 231/232)

Portanto, a revisionanda não foi vítima de erro judiciário, isto é, não foi erroneamente condenada. Quem foi condenada foi aquela que, efetivamente, perpetrrou o delito, posto que tenha usado falsamente a identificação da requerente. Não há razão para desconstituir a coisa julgada, sob pena de tornar destituída de título jurídico a prisão da ré no feito originário. A concessão de *habeas corpus* de ofício satisfaz a pretensão da requerente, a qual não assiste o direito, ademais, de uma indenização por injusta condenação.

Ante o exposto, acompanho integralmente a divergência inaugurada pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Paulo Fontes.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

0027102-50.2015.4.03.0000

(2015.03.00.027102-1)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Partes Autoras: JUSTIÇA PÚBLICA E JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Partes Rés: VALDECI SATURNINO LEITE E JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: CJ 20211

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. VIDEOCONFERÊNCIA. CARTA PRECATÓRIA. FACULDADE.

1. É firme o entendimento da 4ª Seção desta Corte no sentido de que a realização de atos por meio de videoconferência constitui mera faculdade, e não obrigação, do Juízo em que tramita o feito, nos termos do art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, de modo que a recusa ao cumprimento de cartas precatórias só é admissível quando, por aplicação analógica, estiverem ausentes os requisitos do art. 209 do Código de Processo Civil (TRF da 3ª Região, CJ nº 2014.03.00.022987-5, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 20.08.15).

2. Conflito negativo de jurisdição julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito de jurisdição para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP), Juízo suscitado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de março de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Botucatu (SP) em face do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP), nos autos da Carta Precatória nº 0003804-32.2015.4.03.6110, expedida pelo Juízo suscitante com pedido de realização de interrogatório do acusado Valdeci Saturnino Leite.

O Juízo suscitante determinou a expedição de cartas precatórias para que fossem

realizados os interrogatórios dos réus, na forma convencional, uma vez que se tratava de réus soltos e domiciliados em outros municípios, bem como em razão da sobrecarga de audiências por videoconferência (fl. 4).

O Juízo suscitado proferiu a decisão de fls. 7/8v., na qual aduziu que o interrogatório do réu haveria de ser realizado pela forma presencial, sendo sua realização pelo sistema de videoconferência restrita para hipóteses excepcionais e, entendendo o Juízo suscitante que se tratava de uma de tais hipóteses, haveria de efetivar o interrogatório por videoconferência, não sendo admissível a expedição de carta precatória para oitiva por outro Juízo, o que somente seria cabível se comprovada a ausência de condição técnica para realização da videoconferência. Em razão da ausência de prova da impossibilidade técnica para realização de videoconferência, recusou a prática do ato deprecado para que o Juízo deprecante sugerisse data para realização da videoconferência no prazo de 20 (vinte dias).

O Juízo suscitante ratificou a decisão anteriormente proferida, rogando ao Juízo deprecado que determinasse o cumprimento da carta ou que suscitasse o conflito negativo de competência (fls. 9/14).

O Juízo suscitado, contudo, entendendo que a negativa do Juízo deprecante fere, em tese, o disposto no art. 6º da Resolução nº 105 do CNJ, de 10.04.10, decidiu não se tratar de hipótese de suscitação de conflito de competência perante esta Corte, mas sim de apresentação de “Reclamação para Garantia de Cumprimento de Ato Normativo” perante o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (fls. 16/18).

O Juízo suscitante, por seu turno, por entender configurada a objeção à realização do ato, suscitou o presente conflito de competência (fl. 2).

Distribuído a este Relator, foi designado o Juízo suscitante para resolver as medidas urgentes, bem como intimado o Juízo suscitado a informar sobre o andamento da reclamação ao Conselho Nacional de Justiça, noticiado na decisão supramencionada (fl. 20). O Juízo suscitado informou que, em razão de dificuldades técnicas causadas pelo sistema do CNJ, a reclamação não havia sido protocolada (fls. 22/23v.)

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Álvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pela improcedência do conflito negativo de jurisdição, fixando-se a competência do Juízo suscitante (Juízo Federal da 1ª Vara de Botucatu - SP) para realização do interrogatório na forma presencial ou mediante videoconferência (fls. 250/251).

O Juízo suscitado informou que foi protocolada em 23.02.16, perante o Conselho Nacional de Justiça, a mencionada reclamação (fl. 89/89v.).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Conflito de jurisdição. Videoconferência. Carta precatória. Faculdade. É firme o entendimento da 4ª Seção desta Corte no sentido de que a realização de atos por meio de videoconferência constitui mera faculdade, e não obrigação, do Juízo em que tramita o feito, nos termos do art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, de modo que a recusa ao cumprimento de cartas precatórias só é admissível quando, por aplicação analógica, estiverem ausentes os requisitos do art. 209 do Código de Processo Civil:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. RECUSA FUNDADA NO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E NA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ATO POR VIDEOCONFERÊNCIA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CONFLITO PROCEDENTE

1. O princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º), incluído no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei nº 11.719/2008, não configura impedimento à expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas.
2. O *caput* do art. 222 do CPP continua em vigor, não tendo sido revogado pela previsão relativa ao princípio da identidade física do juiz. Aliás, a Lei nº 11.719/2008, ao alterar a redação dos arts. 400 e 531 do CPP e regular a ordem de oitiva na audiência de instrução, fez expressa menção ao art. 222 deste mesmo Código, o que demonstra que sua utilização continua válida.
3. O fato de a Resolução nº 105/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e do Provimento nº 13/2013, do Conselho da Justiça Federal, preverem a realização de videoconferência para atos como aquele objeto deste conflito em nada altera a situação, haja vista a existência de expressa disposição legal em contrário, consistente no art. 222, § 3º, do CPP. Assim, a previsão da realização de atos instrutórios por videoconferência constitui faculdade, e não obrigação, do juízo em que tramita o feito.
4. A recusa ao cumprimento de cartas precatórias só pode ocorrer quando ausentes os requisitos do art. 209 do Código de Processo Civil - aplicável aos processos criminais por analogia, nos termos do art. 3º do CPP -, o que não é o caso dos autos. Precedentes.
5. Conflito de jurisdição procedente.
(TRF da 3ª Região, CJ nº 2014.03.00.022987-5, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 20.08.15)

Do caso dos autos. Tratando-se de faculdade do Magistrado a realização de atos por meio de videoconferência, uma vez expedida carta precatória para oitiva das partes não é admissível a recusa ao seu cumprimento, à exceção da hipótese em que ausentes os requisitos do art. 209 do Código de Processo Civil, o que não é o caso.

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE* o conflito de jurisdição para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP), Juízo suscitado.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

“HABEAS CORPUS”
0000632-45.2016.4.03.0000
(2016.03.00.000632-9)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: ANDRII KACHALIN (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: HC 65788
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2016

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PEDIDO PREJUDICADO. ILEGALIDADE DA PRISÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS PRESENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 33, c.c art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, por estar guardando cocaína escondida no interior de uma mala, quando abordado no interior de um quarto de hotel.

II - Os autos do flagrante foram encaminhados à autoridade coatora, que relaxou a prisão imposta, dada a inobservância do artigo 306, §1º, do CPP. No entanto, entendeu por bem fosse decretada a prisão preventiva em desfavor do paciente, por estarem presentes seus requisitos e fundamentos.

III - Restou decido nesta instância que o *decisum* de primeiro grau encontra-se devidamente amparado pelos fatos e fundamentos jurídicos sustentados em primeiro grau, havendo indícios suficientes da participação do paciente nos fatos imputados, assim como prova da materialidade e a necessidade da segregação cautelar por garantia da ordem pública, para evitar a continuidade da empreitada criminosa, porquanto, como frisado na r. decisão combatida, por ora, a forma de acondicionamento da droga, somada à presença do voucher de viagem internacional denotam “(...) *fundado potencial de vinculação do averiguado com a narcotraficância transnacional, de sorte que sua liberdade poderá colocar em risco a ordem pública*”.

IV - Além disso, restou deliberado que, naquele momento, a prisão do paciente revelava-se necessária como medida à garantia da ordem pública, visando o resguardo do meio social, e eventual alegação de nulidade da prisão em flagrante decorrente das hipóteses do artigo 302, do CPP ou de outro vício formal restava superada pela decretação da prisão preventiva.

V - Considerando que o vigente sistema constitucional que ordena as medidas cautelares pessoais criminais tem especial fundamento no princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), nesse momento, deve-se examinar a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou, em não sendo possível, da aplicação de medidas cautelares pessoais alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

VI - Todavia, nenhum documento foi juntado pela impetrante ao pedido atravessado no presente *writ* de modo a laborar em favor de suas teses, desde histórico criminal, prova de ocupação lícita ou domicílio fixo do paciente.

VII - Têm-se, assim, com as informações constantes nos autos da comunicação de prisão em flagrante que, analisando-se os dados existentes, não estão presentes dados concretos que autorizem o paciente aguardar o regular processamento do feito em liberdade ou, sequer, aplicar-lhe os institutos de medidas cautelares diversas da prisão.

VIII - O direito de responder ao processo em liberdade deve ser analisado tendo-se em vista não só o fato praticado, mas também levando-se em consideração a personalidade e antecedentes do agente, uma vez que o verdadeiro requisito da prisão é a existência de motivos que autorizem o encarceramento cautelar.

IX - Relativamente às eventuais condições favoráveis, se aqui demonstradas, isoladamente, não constituiriam óbice à prisão, uma vez demonstrados os requisitos previstos no artigo 312 do CPP.

X - Eventual alegação de nulidade da prisão em flagrante decorrente das hipóteses do artigo 302 do CPP ou de outro vício formal resta superada pela decretação da prisão preventiva.

XI - Conforme informações complementares prestadas pela autoridade impetrada, o pedido de realização de audiência de custódia ora resta prejudicado, visto que foi expedida carta precatória para tal finalidade, embora sem notícias, até o momento, de seu retorno já devidamente cumprida ao juízo deprecante.

IX - Prejudicado o pedido de realização da audiência de custódia, ordem denegada.

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, denegar a ordem, comunicando-se o juízo impetrado no sentido de diligenciar para efetivo cumprimento da carta precatória expedida para fins de realização da audiência de custódia, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANDRII KACHALIN, contra ato do Juízo Federal da 8ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo/SP, praticado nos autos de nº 0000477-26.2016.403.6181.

Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 33, c.c art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, por estar guardando cocaína escondida no interior de uma mala, quando abordado no interior de um quarto de hotel.

Os autos do flagrante foram encaminhados à autoridade coatora, que relaxou a prisão imposta, dada a inobservância do artigo 306, §1º, do CPP. No entanto, entendeu por bem fosse decretada a prisão preventiva em desfavor do paciente, por estarem presentes seus requisitos e fundamentos.

Alega a impetrante que a prisão em flagrante deve ser comunicada à Defensoria Pública, no prazo de 24h, sempre que o preso não indicar advogado, nos termos do citado artigo. A

autoridade coatora, então, relaxou a prisão em flagrante, decretando, todavia, a prisão preventiva, por entender presentes os requisitos do art. 312, do CPP.

A impetração afirma, ainda, que a decisão que decretou a preventiva foi realizada sem qualquer fundamentação, inexistindo, na prática, qualquer dado concreto que recomende a segregação, razão pela qual pede o relaxamento da prisão preventiva.

Requer, em síntese, a concessão da medida liminar a fim de relaxar a prisão imposta, e a imediata expedição do alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, requer a confirmação da liminar concedida ou a decretação de nulidade da decisão que ensejou a prisão preventiva.

A liminar foi indeferida aos 21/01/2016 (fls. 62/63V).

Vieram informações pela autoridade impetrada às fls. 67/84.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 87/91): pela concessão parcial da ordem exclusivamente para fins de realização de audiência de custódia pelo Juízo impetrado, para que decida, na oportunidade, pela manutenção ou não da prisão preventiva do paciente.

Foram solicitadas novas informações ao juízo impetrado (fl.94), que vieram aos autos (fls.98/101v) informando da expedição de Carta Precatória no dia 07/03/2016 para a realização da audiência de custódia no local onde o paciente encontra-se preso.

É o breve relatório.

Dispensada a revisão.

Em mesa.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): de início, esclareço da manifestação do Ministério Público Federal nesta instância, extrai-se que seu parecer foi favorável à concessão parcial da ordem somente para que fosse determinada a realização de audiência de custódia.

Ocorre que, tal pedido, conforme informações complementares prestadas pela autoridade impetrada, ora resta prejudicado, visto que foi expedida carta precatória para tal finalidade, embora sem notícias, até o momento, de seu retorno já devidamente cumprida ao juízo deprecante, o que deverá ser por este diligenciado.

Postas tais colocações, superado tal ponto, volvo-me para as demais questões colocadas na impetração.

A decisão que relaxou a prisão em flagrante de decretou a prisão preventiva está assim vazada, *verbis*:

(...) Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de ANDRII KACHALIN pela prática, em tese, do delito previsto nos artigos 33, *caput* c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. É a síntese necessária. Decido. Ao perscrutar os autos, verifico que a autoridade policial que lavrou o presente auto de prisão em flagrante não observou o disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, deixando de encaminhar, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, cópia integral à Defensoria Pública, uma vez que o acusado não possuía defensor constituído. Assim sendo, em se tratando de prisão ilegal, RELAXO O FLAGRANTE. Conquanto relaxada a prisão em flagrante, constato estarem presentes os requisitos e pressupostos exigidos pelos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal, que autorizam a decretação da prisão cautelar,

haja vista a existência nos autos de prova da materialidade de crime doloso apenas com reclusão, a saber, tráfico internacional de entorpecentes, previsto no artigo 33, combinado com o artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006 e de indícios suficientes de autoria, conforme auto de prisão em flagrante às fls. 07 a 30 e laudo de constatação preliminar de fls. 28/.De fato, ao perscrutar os autos, verifico que, em diligências pela região central da cidade São Paulo, os policiais civis obtiveram informações de que um indivíduo de origem ucraniana estaria hospedado há alguns dias no Hotel Gasômetro, não apresentando comportamento típico de um turista e pouco saindo do hotel. Assim, na data de hoje, os policiais civis abordaram o averiguado ANDRII KACHALIN, o qual franqueou a entrada destes em seu quarto, sendo encontradas 1210,5 gramas de cocaína escondidas no fundo falso de uma mala e um bilhete aéreo da companhia aérea Eithad para o dia 13.01, às 23h30. Nesse contexto, a forma em que a droga estava acondicionada (cocaína encontrada dentro de um fundo falso de uma mala), somado ao voucher da companhia aérea Eithad, autorizam a ilação de que a remessa de drogas ao exterior não consubstancia fato isolado, havendo fundado potencial de vinculação do averiguado com a narcotraficância transnacional, de sorte que a sua liberdade poderá colocar em risco a ordem pública. Ademais, em razão das circunstâncias acima expostas, a prisão mostra-se indispensável para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, considerando a ausência de vínculo do averiguado ANDRII KACHALIN com o país, além da falta de prova de ocupação lícita. Posto isso, DETERMINO O RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA do averiguado ANDRII KACHALIN, com fundamento nos artigos 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se o competente mandado de prisão. (fls. 29/30).

Consta dos autos da Prisão em Flagrante, que policiais civis em diligências pela região central da cidade de São Paulo receberam a informação de que uma pessoa de origem ucraniana estava hospedada em um hotel na Rua do Gasômetro apresentando comportamento atípico de turista. Em diligências no local, mais precisamente no quarto no qual o paciente estava hospedado, ao procederem busca em seus pertencentes, encontraram pouco mais de um quilo de cocaína (Laudo de constatação de fls. 59/60) oculta em sua mala, porque, mesmo “vazia”, apresentava peso acima do normal.

Além disso, foi encontrado em seu poder um *voucher* de um itinerário de viagem internacional com partida de São Paulo-SP com destino à Viena (fls. 52/53).

Restou decido nesta instância que o *decisum* de primeiro grau encontra-se devidamente amparado pelos fatos e fundamentos jurídicos sustentados em primeiro grau, havendo indícios suficientes da participação do paciente nos fatos imputados, assim como prova da materialidade e a necessidade da segregação cautelar por garantia da ordem pública, para evitar a continuidade da empreitada criminosa, porquanto, como frisado na r. decisão combatida, por ora, a forma de acondicionamento da droga, somada à presença do *voucher* de viagem internacional denotam “(...) fundado potencial de vinculação do averiguado com a narcotraficância transnacional, de sorte que sua liberdade poderá colocar em risco a ordem pública” (fl. 30).

Além disso, restou deliberado que, naquele momento, a prisão do paciente revelava-se necessária como medida à garantia da ordem pública, visando o resguardo do meio social, e eventual alegação de nulidade da prisão em flagrante decorrente das hipóteses do artigo 302 do CPP ou de outro vício formal restava superada pela decretação da prisão preventiva.

Considerando que o vigente sistema constitucional que ordena as medidas cautelares pessoais criminais tem especial fundamento no princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), nesse momento, deve-se examinar a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou, em não sendo possível, da aplicação de medidas cautelares pessoais

alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Todavia, nenhum documento foi juntado pela impetrante ao pedido atravessado no presente *writ* de modo a laborar em favor de suas teses, desde histórico criminal, prova de ocupação lícita ou domicílio fixo do paciente.

Têm-se, assim, com as informações constantes nos autos da comunicação de prisão em flagrante que, analisando-se os dados existentes, não estão presentes dados concretos que autorizem o paciente aguardar o regular processamento do feito em liberdade ou, sequer, aplicar-lhe os institutos de medidas cautelares diversas da prisão.

Isso porque o direito de responder ao processo em liberdade deve ser analisado tendo-se em vista não só o fato praticado, mas também levando-se em consideração a personalidade e antecedentes do agente, uma vez que o verdadeiro requisito da prisão é a existência de motivos que autorizem o encarceramento cautelar.

Em continuidade, o *decisum* encontra-se devidamente amparado pelos fatos e fundamentos jurídicos sustentados em primeiro grau, havendo indícios suficientes da participação do paciente nos fatos imputados, assim como prova da materialidade e a necessidade da segregação cautelar por garantia da ordem pública, para evitar a continuidade da empreitada criminoso, porquanto, como frisado na r. decisão combatida, por ora, a forma de acondicionamento da droga, somada à presença do voucher de viagem internacional denotam “(...) fundado potencial de vinculação do averiguado com a narcotraficância transnacional, de sorte que sua liberdade poderá colocar em risco a ordem pública” (fl. 30).

Demais disso, como bem sinalado pelo impetrado: “(...) a prisão mostra-se indispensável para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, considerando a ausência de vínculo do averiguado ANDRII KACHALIN com o país além da falta de prova de ocupação lícita.” (fl. 30)

Ademais, a pena máxima cominada ao delito ultrapassa o previsto no artigo 313 do CPP e o paciente sequer comprovou documentalmente sua residência, não se tendo sequer notícias de sua vida pretérita aos fatos aqui tratados.

Enfim, por ora, a prisão do paciente revela-se necessária como medida à garantia da ordem pública, visando o resguardo do meio social, como acertadamente proclamado no *decisum* ora impugnado.

Relativamente às eventuais condições favoráveis, se aqui demonstradas, isoladamente, não constituiriam óbice à prisão, uma vez demonstrados os requisitos previstos no artigo 312 do CPP.

Insta dizer, por oportuno, que eventual alegação de nulidade da prisão em flagrante decorrente das hipóteses do artigo 302 do CPP ou de outro vício formal resta superada pela decretação da prisão preventiva.

Não configurado constrangimento ilegal, prejudicado o pedido de realização da audiência de custódia, a denegação da ordem é de rigor.

Comunique-se o juízo impetrado no sentido de diligenciar o efetivo cumprimento da carta precatória expedida para fins de realização da audiência de custódia.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

“HABEAS CORPUS”

0003813-54.2016.4.03.0000

(2016.03.00.003813-6)

Impetrante: DANIEL GOMES BELANGA

Paciente: MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS (ré presa)

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: HC 66131

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2016

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1- No dia 17 de janeiro de 2016, a paciente e outros indivíduos foram presos em flagrante por transportar cigarros de procedência paraguaia, bem como outros produtos de origem estrangeira. Especificamente em relação à paciente, foram apreendidos 57 pacotes de cigarros da marca Eight e 75 pacotes de cigarros da marca San Marino.

2- Revela-se mais adequada ao caso em tela, como primeira providência, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A quantidade de cigarros apreendidos e o *modus operandi* empregado não são indicativos de maior periculosidade, capaz de justificar a decretação da medida extrema.

3- A aplicação de medidas cautelares, como a proibição de acesso aos municípios fronteiriços e proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial, revela-se suficiente para evitar a prática de novas infrações penais e, ainda, adequada à gravidade do delito e às características pessoais da paciente, nos termos do que estabelece o art. 282 do Código de Processo Penal.

4- Ordem de *habeas corpus* concedida para revogar a prisão preventiva e substituí-la por medidas cautelares, no que a autoridade impetrada deverá adotar as providências necessárias à expedição de alvará de soltura clausulado em favor da paciente, mediante a assinatura de termo de compromisso: a) de comparecimento a todos os atos do processo; b) de comparecimento bimestral ao Juízo para comprovação da residência e para justificar as atividades; c) proibição de ir ao Paraguai e aos municípios fronteiriços deste país; e d) proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial.

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, conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva da paciente, e substituí-la por medidas cautelares, no que a autoridade impetrada deverá adotar as providências necessárias à expedição de alvará de soltura clausulado em favor da paciente, mediante a assinatura de termo de compromisso: a) de comparecimento a todos os atos do processo; b) de comparecimento

bimestral ao Juízo para comprovação da residência e para justificar as atividades; c) proibição de ir ao Paraguai e aos municípios fronteiriços deste país; e d) proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2016.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS, contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, objetivando a revogação da prisão preventiva.

Consta da impetração que a paciente foi presa em flagrante no dia 17 de janeiro de 2016 por transportar 132 pacotes de cigarros adquiridos no Paraguai.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Neste *writ*, o impetrante alega que os apontamentos utilizados pela autoridade coatora para justificar o risco de reiteração delitiva não se prestam para demonstrar a reincidência da paciente.

Sustenta que não se encontram presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais autorizam a decretação da prisão preventiva.

Aduz que o crime imputado à paciente não foi cometido com violência ou grave ameaça e não causou clamor público; ademais, assevera que a paciente não traz risco à ordem pública.

Segundo o impetrante, a decisão proferida no *habeas corpus* nº 0002710-12.2016.4.03.0000, em favor do coinvestigado José Maria de Souza, deve ser estendida à paciente por força do princípio da isonomia.

Requer, liminarmente, a concessão de liberdade provisória, mediante a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, expedindo-se o competente alvará de soltura. No mérito, requer a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi deferida (fls. 25/27) para revogar a prisão preventiva e substituí-la por medidas cautelares, no que a autoridade impetrada deverá adotar as providências necessárias à expedição de alvará de soltura clausulado em favor da paciente, mediante a assinatura de termo de compromisso:

- a) de comparecimento a todos os atos do processo;
- b) de comparecimento bimestral ao Juízo para comprovação da residência e para justificar as atividades;
- c) proibição de ir ao Paraguai e aos municípios fronteiriços deste país;
- d) proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 30/34.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da decisão que deferiu o pedido liminar (fls. 36/39).

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Extrai-se dos autos que no dia 17 de janeiro de 2016, Maria do Carmo Conceição dos Santos (ora paciente), José Maria de Souza, Celia Massako Maru e Maria Delfina Freire foram presos em flagrante por transportar cigarros de procedência paraguaia, bem como outros produtos de origem estrangeira. Especificamente em relação à paciente, foram apreendidos 57 pacotes de cigarros da marca Eight e 75 pacotes de cigarros da marca San Marino.

A prisão em flagrante foi homologada e convertida em preventiva.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido nos seguintes termos (fls. 15/19):

JOSÉ MARIA DE SOUZA, CELIA MASSAKO MARU, MARIA DELFINA FREIRE, MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS foram presos, em flagrante, no dia 17 de janeiro de 2016, no km 74 da Rodovia Castello Branco, no município de Itu/SP, porque transportavam, em suas bagagens, divididos de várias formas, um total de quatrocentos e vinte e sete (427) pacotes de cigarros paraguaios, de marcas variadas, bem como vários outros produtos de origem estrangeira, conforme descritos nos autos de apresentação e apreensão de fls. 22/27, tudo de acordo com o que consta no Auto de Prisão em Flagrante de fls. 02 a 13 dos autos do IPL (nº 0000128-42.2016.403.6110).

Segundo a apreensão realizada:- JOSÉ MARIA DE SOUZA transportava cem (100) pacotes de cigarros da marca EIGHT e dez (10) pacotes de meias (fl. 22); - CELIA MASSAKO MARU transportava cinquenta e cinco (55) pacotes de cigarros da marca EIGHT e outras mercadorias (repetidores e roteadores “wireless”, lanterna, rádio veicular, mega box, gps e perfumes e produtos de beleza) (fls. 23-4); - MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS transportava cinquenta e sete (57) pacotes de cigarros da marca EIGHT e setenta e cinco (75) pacotes de cigarros da marca SAN MARINO (fl. 27); e - MARIA DELFINA FREIRE transportava cento e quarenta (140) pacotes de cigarros das marcas SAN MARINO (120) e EIGHT (20), perfumes e artigos de vestuário (fls. 25-6).

Os investigados JOSÉ MARIA DE SOUZA, CELIA MASSAKO MARU e MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS formularam pedidos de liberdade provisória, que receberam, respectivamente, os números 0000164-84.2016.403.6110, 0000130-12.2016.403.6110 e 0000129-27.2016.403.6110. O MPF manifestou-se, em cada um dos Pedidos de Liberdade Provisória, contrariamente ao pleito dos presos.

É o breve relato. Passo a decidir.2. O flagrante, consoante decidido em plantão (fl. 77 do IPL), encontra-se em consonância com os ditames constitucionais e legais. Passo à análise dos fatos que me levam à conclusão da necessidade de que a prisão em flagrante dos investigados seja convertida em preventiva.

Nada obstante os pedidos de liberdade formulados, certo é que não há prova de que os investigados, antes de prisão, executavam trabalho lícito. Dois deles estão aposentados, mas, a partir do momento em que decidem ter outra fonte de renda, a atividade a ser desempenhada deve ser, por certo, lícita e não ilícita, como se verifica no caso em apreço. Eis a situação de cada um deles, acerca da atividade que vêm desenvolvendo, consoante informada por eles próprios, no momento do interrogatório policial: (...)

MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS (fl. 13): declarou-se dona de casa; disse que adquiriu as mercadorias no Paraguai e iria vendê-las nos bares em São Bernardo do Campo/SP; QUE realiza viagens ao Paraguai para compra de mercadorias a cada quinze dias há cerca de vinte anos; QUE alega que já foi fiscalizada na posse de cigarros por três vezes; QUE também foi presa no ano de 2006, por descaminho, em razão da posse de grande quantidade de videogames PLAYSTATIONS; QUE conhece MARIA DELFINA FREIRE e CÉLIA MASSAKO

MARU em razão de viajarem sempre juntas.... No Apenso de Antecedentes, há notícias do seu envolvimento, em 2005 (São Bernardo do Campo/SP), em 2009 (Londrina/PR e Foz do Iguaçu/PR) e em 2014 (Foz do Iguaçu/PR - caso em andamento). Segundo os dados encaminhados pela Receita Federal do Brasil, MARIA DO CARMO já teve mercadorias apreendidas em, pelo menos, QUINZE (15) OUTRAS OCASIÕES (fls. 97-8): no período de 2006 a 2015, nas cidades de Ponta Grossa/PR, Curitiba/PR, Foz do Iguaçu/PR, Londrina/PR e Maringá/PR. Considerando os informes existentes nos autos, conclui-se, com facilidade, que há, aproximadamente, vinte (20) anos MARIA DO CARMO cuida do comércio de mercadorias oriundas do Paraguai, isto é, vem, nesse período, delinquindo, quer seja praticando o crime de descaminho, que seja o de contrabando - observando que com ela foram apreendidos cigarros do Paraguai. No mais, consigno que não há nos autos do pedido de liberdade formulado comprovante de residência da investigada MARIA DO CARMO (neste sentido, aliás, foi lá proferida a decisão de fl. 42 para esclarecimentos, sem qualquer resposta apresentada)

(...) Tudo indica que os indiciados vêm desempenhando, há anos e para alguns deles, há décadas, atividade ilícita, qual seja, a introdução no País, para comércio, de mercadorias adquiridas no Paraguai, dentre estas, cigarros. Isto é, vêm praticando, sem qualquer receio, na medida em que sabem que se cuida de comportamento criminoso (tanto é que já foram admoestados pela RFB ou mesmo pelas Polícia Federal e Justiça Federal - perderam mercadorias e alguns deles já foram presos outras vezes), os crimes de descaminho e contrabando - são contumazes na prática destes delitos. As três presas, ademais, até se conhecem, haja vista as inúmeras viagens que realizaram ao Paraguai (no mesmo ônibus), com tal desiderato ilícito. Assim, tenho por concluir que, livres, continuarão agindo desta maneira, pondo em xeque a garantia da ordem pública, haja vista todos os elementos colhidos até o momento, bem como as declarações prestadas que demonstram ser este o “meio de vida” dos investigados. Soltos, portanto, atuam, pelos motivos antes relatados, em desconformidade com a paz pública, desmerecendo as normas postas, motivo pelo qual o encarceramento provisório é medida de rigor, de modo que seja preservada a ordem pública. 3. Haja vista as circunstâncias supra, mostram-se inviáveis (=insuficientes) as medidas cautelares tratadas no art. 319 do CPP, incluindo liberdade provisória, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011. Ainda, figura-se razoável o cabimento das prisões preventivas, de acordo com os art. 282, Parágrafo 6º, e art. 310, II, do CPP, com nova redação. Oportuna, portanto, a decretação das prisões preventivas dos investigados, nos termos do artigo 313, I, do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, tendo em vista que se cuida, aqui, de crime doloso supostamente por eles cometido (art. 334-A do CP), cuja pena máxima privativa de liberdade supera os 04 anos: (...) Dessarte, baseando-me nos fatos acima relatados e com fundamento nos arts. 282, 6º, 310, II, 312, *caput*, e 313, I, do CPP, CONVERTO AS PRISÕES EM FLAGRANTE DE JOSÉ MARIA DE SOUZA, CELIA MASSAKO MARU, MARIA DELFINA FREIRE e MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS em preventiva, para garantia da ordem pública (destaquei).

Neste *writ*, o impetrante aduz, em síntese, que a soltura da paciente não trará riscos à ordem pública. Alega que Maria do Carmo é primária e possui residência fixa no município de São Bernardo do Campo/SP (fl. 23). Aduz, ainda, que a paciente já teve mercadorias apreendidas pela Receita Federal em outras quinze ocasiões (no período de 2006 a 2015), no entanto, não foi condenada criminalmente em razão desses fatos.

Na hipótese, entendo ser mais adequada ao caso em tela, como primeira providência, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A quantidade de cigarros apreendidos e o *modus operandi* empregado não são indicativos de maior periculosidade, capaz de justificar a decretação da medida extrema.

Especificamente em relação ao fato de já ter adquirido mercadorias no Paraguai em diversas outras ocasiões, entendo que a aplicação de medidas cautelares, como a proibição de acesso aos municípios fronteiriços e proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial, revela-se suficiente para evitar a prática de novas infrações penais e, ainda, adequada à gravidade do delito e às características pessoais da paciente, nos termos do que estabelece o art. 282 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a prisão preventiva só deverá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, em observância aos postulados do princípio da proporcionalidade, a partir da análise de seus subprincípios: adequação e necessidade.

Não é demais consignar que, caso as medidas alternativas não se mostrem suficientes para evitar a reiteração delitiva, ou, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juízo poderá novamente decretar a prisão da paciente, de acordo com o artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva de MARIA DO CARMO CONCEIÇÃO DOS SANTOS, e substituí-la por medidas cautelares, no que a autoridade impetrada deverá adotar as providências necessárias à expedição de alvará de soltura clausulado em favor da paciente, mediante a assinatura de termo de compromisso:

- a) de comparecimento a todos os atos do processo;
- b) de comparecimento bimestral ao Juízo para comprovação da residência e para justificar as atividades;
- c) proibição de ir ao Paraguai e aos municípios fronteiriços deste país;
- d) proibição de ausentar-se da Comarca em que reside sem autorização judicial.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Sentenças



AÇÃO PENAL

0010372-68.2004.4.03.6104

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: CASA GRANDE HOTEL S/A E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP
Juiz Federal: ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 27/11/2015

Vistos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI como incurso nas penas do art. 63 da Lei nº 9.605/1996, c.c. os arts. 29 e 69 do Código Penal, em razão das condutas que foram assim descritas:

(...)

O segundo denunciado é diretor presidente do CASA GRANDE HOTEL S.A., CNPJ nº 61.346.318/0001-13, situada na Av. Miguel Stefano, 1001, Guarujá, SP, CEP 11440-530, conforme extratos, atas de assembleia e demais documentos oriundos da Jucesp a fls. 26/50, 59/85, 185/196.

Consta dos autos que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, sem autorização da autoridade competente.

De acordo com o inquérito policial incluso, em 27/05/2004, o IBAMA efetuou a Lavratura do auto de infração nº 128726 – série “D”, em razão da conduta dos denunciados de “Fazer funcionar estabelecimento comercial (Restaurante Thai), em faixa de areia de praia, sem a licença do órgão competente, IBAMA, contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes (Área = 50,00m²) (...)” (fls. 06/06A – grifo nosso).

Oficiado, em 17/08/2004, o IBAMA informou que: “... Não foi apresentado nenhum documento referente ao licenciamento ambiental... Tal fato ensejou o Auto de infração nº 128726-Série-D” (fls. 12/20).

Ouvido perante a Polícia Federal, em 01/09/2004, o segundo denunciado afirmou: “QUE, com relação aos fatos em apuração esclarece que há mais de trinta anos o hotel possui um quiosque na praia, em frente ao mesmo, para prestar apoios aos hóspedes; (...); QUE, a empresa possui autorização da Prefeitura de Guarujá para funcionar como HOTEL e QUIOSQUE, (...) QUE, no mês de maio último sofreram uma fiscalização do IBAMA, o qual pediu a licença para o funcionamento do RESTAURANTE THAI na faixa da areia da praia, e como não há citada licença, houve a autuação por parte daquele órgão; (...); QUE, o declarante acha engraçado o fato de não poder fornecer um serviço cinco estrelas aos hóspedes do hotel, os quais não podem tomar uma caipirinha no quiosque do hotel na praia (...); QUE, o declarante deseja registrar que em nenhum momento pensava estar agindo contra a lei, até porque como dito anteriormente, tem autorização da Prefeitura local para funcionar o quiosque, acreditando que a mesma era suficiente para a regularização do mesmo (...)” (fls. 24/25).

Oficiada, em 18/06/2008, a GRPU informou que “(...) servimo-nos do presente para informar que o Quiosque – Restaurante Thai, situado em frente ao Casa Grande Hotel, na Av. Miguel Stefano, Praia da Enseada, Guarujá/SP, encontra-se em área da União, sem qualquer autorização outorgada por este ERBS” (fls. 147 – grifo nosso).

De acordo com o inquérito policial incluso, em 25/01/2008, o IBAMA efetuou a lavratura de novo auto de infração de nº 128751-série “D”, em virtude da conduta dos denunciados de “Promover construção em solo não edificável (parte do deck em areia da praia) considerado

em razão do seu valor ecológico, turístico e paisagístico sem autorização da autoridade competente” (fls. 166 – grifo nosso).

Na mesma data, o IBAMA ainda lavrou o Auto de Embargo/Interdição nº 129224 – série “C”, nos seguintes termos: “Parte de *Deck* de Madeira construído em área não edificável compreendendo cerca de 132 m² em faixa de areia de praia. Obs: área total do *deck* em questão é de 250 m²” (fls. 167).

Novamente oficiado, em 02/04/2009, o IBAMA informou:

“(…)

2. Em 2004 o IBAMA autuou o Hotel Casa Grande pela construção do Restaurante Thai em faixa de areia de praia sem licença dos órgãos competentes, gerando o processo IBAMA nº 02027.002444/2004-49. Após indeferimento dos recursos administrativos impetrados, o referido Restaurante foi totalmente demolido, não restando resquícios do mesmo na faixa de areia.

3. Posteriormente o Hotel Casagrande construiu o novo Restaurante Thai sobre o calçadão da orla, em bem da União, porém na parte urbanizada da orla.

4. Este novo restaurante ocupa parte do calçadão e possui um *deck* de madeira externo que adentra a faixa de areia da praia.

5. O IBAMA em 2008 autuou novamente o Hotel pela construção do *deck*, gerando o processo nº 02027.000593/2008-05. Este processo encontra-se em andamento no IBAMA e não temos conhecimento de que o *deck* tenha sido demolido.

“(…)

7. Atualmente existe um pequeno *deck* sob a faixa de areia, anexo ao novo restaurante, o qual, como o anterior, encontra-se em bem da União. (...)” (fls. 201/202 – grifos nossos).

Assim, resta cristalino que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, através da construção do Restaurante Thai e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia, sem autorização da autoridade competente (IBAMA e GRPU), incidindo na conduta descrita no art. 63 da Lei 9605/98. Diante do exposto, denuncio CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI como incurso nas penas do art. 63 da Lei 9.605/98 c/c art. 29 e 69 do CP, requerendo suas citações para interrogatório e demais atos e termos da presente ação penal, até prolação de sentença condenatória. (fls. 211/213 – destaques originais).

Recebida a denúncia aos 04.12.2009 (fls. 267/268), os réus foram regularmente citados e apresentaram defesa prévia no prazo legal (fls. 292/329, 397, 416/437 e 484). Ratificado o recebimento da denúncia aos 14.08.2013 (fls. 491/492), foram inquiridas as testemunhas arroladas pelos acusados (fls. 560/563, 610/612, 644/645, 646/652, 699/700, 737/740, 776/778).

Aos 30.03.2015 LOURIVAL PERETI foi interrogado, como pessoa física e na qualidade de representante da pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A. (fls. 857/859). Superada a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, instadas, as partes apresentaram alegações finais (Ministério Público Federal - fls. 1020/1021; Lourival de Pieri e Casa Grande Hotel S.A. – fls. 1037/1070).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL argumentou a total procedência da denúncia, ao fundamento básico de estarem comprovadas a autoria e a materialidade delitiva. Postulou a condenação dos réus nas sanções previstas no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, com a determinação da suspensão das atividades do Restaurante Thai, fixação de prestação pecuniária, além do estabelecimento de valor para reparação dos danos ambientais.

LOURIVAL DE PIERI e CASA GRANDE HOTEL S.A. suscitaram, em preliminar, a necessidade de intimação da acusação para manifestação sobre o laudo do IBAMA anexado às fls. 1009/1011, ocorrência de afronta aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação

penal, não observância dos disciplinado pelos arts. 27 e 28 da Lei nº 9.605/1998, e ofensa ao princípio *iura novit curia*.

No mérito, sustentaram a atipicidade da conduta descrita na inicial, uma vez que a construção está amparada pela legislação vigente à época, aduziram terem agido de boa fé, e a impossibilidade de responsabilização criminal de LOURIVAL DE PIERI, visto ser mero preposto da pessoa jurídica, não tendo restado comprovada sua participação na ação delituosa.

Após tecerem considerações sobre o laudo do IBAMA juntado às fls. 1009/1010, pleitearam a extinção da punibilidade face ao termo de ajuste de conduta firmado entre a União e o Município de Guarujá em ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção. Caso não acolhido esse pedido, pugnaram pela absolvição, ou a aplicação de reprimendas com as atenuantes do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.605/2008.

É o relatório.

1. Preliminares

Nas razões finais ofertadas às fls. 1037/1070 os réus arguíram, a título de preliminar, a necessidade de abertura de oportunidade para o Ministério Público Federal se manifestar sobre o laudo do IBAMA juntado às fls. 1009/1010 (confira-se fls. 1039/1040). A providência postulada não reúne condições de ser acolhida, visto que às fls. 1009/1010 não foi juntado laudo do IBAMA.

De fato, de acordo com a realidade dos autos, à fl. 1009 foi juntado AR (aviso de recebimento) expedido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos relativo a documento enviado ao Chefe do IBAMA em Santos-SP, enquanto que à fl. 1010 foi proferido despacho determinando a abertura de vista ao Ministério Público Federal para manifestação acerca do pedido deduzido às fls. 979/980 e do ofício de fls. 982/986.

Da análise do processado, é possível imaginar que a providência requerida refere-se ao documento encaminhado pelo IBAMA que foi juntado às fls. 1029/1031, porém, de todo desnecessária a abertura de vista ao Ministério Público Federal em face do disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, vale dizer, em razão da prova destinar-se à formação da convicção do julgador.

Também não reúne condições de ser amparada a prejudicial relacionada à suscitada violação aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação penal. Com efeito, não há notícia nos autos de o *deck* erigido sobre parte da areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP) ter sido construído por pessoas outras que não as indicadas pela acusação para figurar no polo passivo da presente relação processual.

A questão afeta a construção de quiosques em faixa de areia da Praia da Enseada trata-se de fato diverso do narrado na denúncia, que deve ser apurado em vias processuais próprias, não sendo possível cogitar a ocorrência de violação aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação penal, e tampouco admitir que essa situação fática se apresente como óbice ao exame do mérito da presente ação.

Da mesma forma, se apresenta inviabilizado o amparo da preliminar relativa à aventada inobservância das regras postas nos arts. 27 e 28 da Lei nº 9605/1998, tendo em vista que os institutos da transação penal e do *sursis* processual veiculados nos preceitos legais citados pressupõem a prévia composição do dano ambiental ou o compromisso de efetiva reparação do dano ambiental causado.

Na espécie, verifica-se que o IBAMA lavrou o primeiro auto de infração em 27.05.2004. Decorrido período de tempo superior a onze anos, em momento algum os réus se dispuseram a

reparar o dano ambiental, sequer sinalizaram a possibilidade de, por livre iniciativa, retirarem o *deck* em parte erigido sobre bem da União de uso comum do povo.

A propósito, cumpre registrar que, como se extrai do documento de fls. 1030/1031, não obstante as oportunidades concedidas, os denunciados não satisfizeram a sanção pecuniária aplicada pelo IBAMA, encontrando-se o débito em vias de inscrição em Dívida Pública para posterior cobrança judicial.

Com relação à derradeira preliminar, relacionada com a aplicação do princípio do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito), e possível incorreta tipificação dos fatos na denúncia, observo que a questão trata-se de matéria que se confunde com o mérito, e como tal será analisada à luz do disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, se o caso.

2. Mérito

De início, observo que, ao contrário do sustentado pelos réus, o termo de ajustamento de conduta firmado entre o Município de Guarujá-SP e a União nos autos da ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção, não é causa de extinção de punibilidade, posto não arrolado entre as hipóteses elencadas no art. 107 do Código Penal.

Da leitura da denúncia, infere-se de forma clara a ação ilícita imputada aos réus, qual seja, a alteração de aspecto ou estrutura de local especialmente protegido por lei ou ato administrativo, em razão do seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, em razão da construção do RESTAURANTE THAI e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia. Confira-se fl. 213:

(...)

Assim, resta cristalino que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, através da construção do Restaurante Thai e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia, sem autorização da autoridade competente (IBAMA e GRPU), incidindo na conduta descrita no art. 63 da Lei 9605/98. (fl. 213)

Do exame da peça acusatória, bem como dos autos de infração que a embasaram, constata-se, sem sombra de dúvida, que os réus foram denunciados como incursos no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, em razão da edificação de *deck* sobre a areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP), sem o imprescindível licenciamento ambiental, ou seja, sem autorização da autoridade competente.

A denúncia está amoldada aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, e possibilitou o exercício do direito de defesa pelos acusados que, inclusive, dele usufruíram de forma plena. Aperfeiçoada a situação posta nestes autos aos precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim ementados:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚM. 83/STJ. OFENSA AO ART. 180, § 3º DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO E PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚM. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça, tem-se que *não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência de crime em tese, bem*

como descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Súmula 83/STJ.

(...)

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 641.071/SC, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07.04.2015, DJe 13.04.2015 – g.n.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DIFICULDADE EM NARRAR A CONDUTA INDIVIDUAL DOS AGENTES. DENÚNCIA GENÉRICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. *Não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência do crime de forma genérica, bem como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do art. 41 do Código de Processo Penal. Súmula 83/STJ.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 375.587/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07.11.2013, DJe 26.11.2013 – g.n.)

A materialidade delitiva encontra-se comprovada de forma exaustiva nos autos, em específico, nos autos de infração lavrados pelo IBAMA aos 27.05.2004 (auto de infração nº 128726-D – fls. 06/20), aos 25.01.2008 (auto de infração nº 128751-D – fl. 166), bem como o relatório de vistoria nº 023/2013-SETEC/IBAMA (fls. 575/576), e o relatório de fiscalização/vistoria juntado às fls. 1030/1031.

Dos referidos documentos constata-se a efetiva ocorrência de alteração do local especialmente protegido em razão do seu valor paisagístico e turístico, verificada em virtude da construção de parte de *deck* de madeira sobre faixa de areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP), para funcionamento do RESTAURANTE THAI, de propriedade do CASA GRANDE HOTEL S.A., que é administrado por LOURIVAL DE PIERI.

Como acentuado no documento de fl. 575, emitido em 18.12.2013, a construção em tela continua em situação irregular, pois não existe anuência do órgão federal competente (SPU) liberando a utilização desse espaço de domínio da União para tal finalidade. Em outra perspectiva, colhe-se do documento anexado às fls. 1030/1031, expedido aos 17.07.2015:

(...)

Por outro lado, em se tratando de uma praia urbana, portanto um bem público intensamente frequentado, a construção do *deck* avançado sem licença de órgão competente afronta eventualmente ativos turísticos e paisagísticos, que integram a feição socioeconômica da caracterização ambiental daquela unidade.

(...) (fl. 1031)

Os documentos referidos comprovam a materialidade delitiva, deles também sendo possível inferir que a ação se perpetua desde o ano de 2004, configurando-se, portanto, crime permanente¹, pelo que não verificada prescrição. Nesse sentido, é a regra posta no art. 111,

1 Consoante a abalizada lição de Francisco de Assis Toledo: “Crimes instantâneos e crimes permanentes. A distinção entre essas espécies de delito oferece alguma dificuldade. Dentre as definições que têm sido apresentadas, destacamos a de Bettiol, segundo a qual: são instantâneos os crimes que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis; *permanentes, aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo*, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado. Dentro dessa concepção, poder-se-á concluir que, no delito instantâneo (furto, injúria etc.), a consumação ocorre em um momento certo, definido; *no permanente, o momento consumativo é uma situação du-*

inciso III, do Código Penal:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa ocorrer:

(...)

III- nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Convém salientar que a Constituição em seu art. 20, inciso IV, elenca as praias marítimas entre os bens da União, enquanto que o art. 10 da Lei nº 7.661/1988 preconiza que as praias são bem de uso comum do povo. Portanto, para o uso do bem público por particulares, como se verifica na espécie, se apresenta imprescindível a autorização da União.

Tal autorização é regulada pelo art. 6º da Lei nº 7.661/1998. Segundo esse dispositivo, a instalação, funcionamento e ampliação de atividades como a efetuada pelos réus exige licenciamento, e, a falta de ou o descumprimento do licenciamento importarão a interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da aplicação de outras sanções. Confira-se:

Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

§ 1º. A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

Embora não seja objeto da denúncia, releva destacar que a Lei nº 6.513, de 20.12.1997, recepcionada pela Constituição em vigor, criou as áreas e os locais de interesse turístico, definindo que:

Art. 1º - Consideram-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente Lei, assim como os bens de valor cultural e natural, protegidos por legislação específica, e especialmente:

(...)

V- *as paisagens notáveis*;

(...)

Art. 3º - Áreas Especiais de Interesse Turístico são trechos contínuos do território nacional, inclusive suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico.

Art. 4º - Locais de Interesse Turístico são trechos do território nacional, compreendidos ou não em Áreas especiais, destinados por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas, e à realização de projetos específicos, e que compreendam:

(...)

II- *os respectivos entornos de proteção e ambientação*.

§ 1º - *Entorno de proteção* é o espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e à sua conservação, manutenção e valorização.

§ 2º - *Entorno de ambientação* é o espaço físico necessário à harmonização do local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situar. (grifei).

radoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (...)" (apud *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, 5ª edição, p. 146-147 – g.n.).

A teor do disposto no art. 24 da Lei nº 6.531/1977, além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às seguintes penalidades:

- I- multa de valor equivalente a até Cr\$ 782.739,15 (setecentos e oitenta e dois mil, setecentos e trinta e nove cruzeiros e quinze centavos);
- II- interdição de atividade ou de utilização incompatível com os usos permissíveis das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico;
- III- embargo de obra;
- IV- obrigação de reparar os danos que houver causado; restaurar que houver danificado, reconstituir o que houver alterado ou desfigurado;
- V- demolição de construção ou remoção de objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico.

Retomando a análise do objeto da denúncia, observo que de todo o até aqui exposto, de forma cristalina e inconteste, emerge patenteada a materialidade delitiva, uma vez que comprovada a alteração ilegal da Praia da Enseada (bem da União de uso comum do povo). Vale dizer, provada a materialidade em razão da construção do *deck*, e sua manutenção até os dias atuais, não estar autorizada através do necessário licenciamento.

3. Autoria.

Da mesma forma que se verifica no que concerne à materialidade, a autoria se apresenta bem comprovada. Com efeito, funciona no *deck* erigido sobre parte da praia o RESTAURANTE THAI, que pertence à pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., como se infere do documento anexado às fls. 39/40 (projeto de construção de quiosque), e do Parecer Técnico de Vistoria acostado às fls. 45/47.

Com relação ao acusado LOURIVAL PERETI, os documentos juntados às fls. 26/50, 59/85 e 185/196 atestam ser ele o Diretor Presidente da pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., fato esse que foi por ele reconhecido na fase de inquérito e no curso da desta ação. Aperfeiçoada a situação esquadrinhada nestes ao disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/1998, confira-se:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. (g.n.)

Consigno compreender correta a tipificação das condutas feita na inicial, visto que, a conduta do art. 63 da Lei nº 9.605/1998 pressupõe alteração, modificação ou a desfiguração da aparência da estrutura de local especialmente protegido por lei, sem autorização da autoridade competente, enquanto que a conduta do art. 64 do mesmo diploma refere a construção

irregular em solo não edificável ou no seu entorno².

Como bem elucidado no voto condutor do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região na ACR nº 2006.72.00.008837-4, relatado pelo eminente Desembargador Federal Sebastião Ogê Muniz (D.E. 08.05.2012):

(...) a defesa, além de referir que não perpetrou o delito insculpido no art. 63 do diploma em análise, na medida em que não houve qualquer alteração da paisagem, postula, alternativamente, a desclassificação da conduta para o art. 64 daquele mesmo diploma, que conta com a seguinte tipificação:

“Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Tenho, entretanto, que o artigo 63 da Lei nº 9.605/98 amolda-se de forma mais adequada aos elementos descritivos constantes na denúncia, se comparado a esse último tipo penal, encontrando-se o elemento distintivo no fato de que, *naquele ilícito, o efeito da conduta é a alteração do aspecto ou da estrutura de local especialmente protegido, enquanto que, na outra norma incriminadora, o resultado naturalístico é apenas a edificação em si, presumindo-se o dano ao meio ambiente. Ou seja, a caracterização do primeiro ilícito depende que se comprove a efetiva alteração estrutural do lugar, enquanto o segundo só é aplicável quando não há, nos fatos concretos, evidências da presença de tal circunstância, pressupondo-se o dano ambiental pela tão só construção em solo não edificável.*

Assim, consoante leciona Luiz Regis Prado, no primeiro dispositivo retro citado “pune-se a conduta representada pelo verbo ‘alterar’ (modificar, transformar, desfigurar, mudar) aspecto ou estrutura de edificação ou de local especialmente protegido, como tal declarado por lei, ato administrativo ou decisão” (in “Direito Penal do Meio Ambiente”, 2ª ed, 2005, RT, p. 294). Já no art. 64 da Lei nº 9.605/98 “tratam-se a construção de objeto da ação, e o solo de objeto material sobre o qual recai o primeiro (objeto da ação) (...)”, sendo que “o objeto material da ação - o ‘solo’ - deve ter, ainda, uma qualidade especial: ser não-edificável” (idem, p. 306).

Essa, claramente, é a razão de o art. 63 prever sanção muito mais severa (reclusão, de um a três anos, e multa) que o art. 64 (detenção, de seis meses a um ano, e multa). Entendimento contrário implicaria supor que o legislador pátrio cominou pena significativamente mais branda para aqueles casos em que a construção promovida pelo agente produziu *exatamente* os mesmos danos ambientais previstos em outro dispositivo, do qual se diferenciaria apenas pela forma como a lesão foi produzida. Nessa hipótese, seria de perguntar por qual razão lógica o legislador decidiria punir com maior benevolência aquele que agride com idêntica intensidade o bem jurídico tutelado por outra norma penal, apenas pela particularidade de que tal ofensa foi realizada com um *modus operandi* específico (qual seja, por meio de uma construção).

A toda evidência, não há qualquer justificativa razoável para tal distinção, senão o fato de que, na segunda norma, não se exige, para a adequação dos fatos ao tipo, que a conduta efetivamente altere “o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, bastando que o acusador comprove que o agente promoveu “construção em solo não edificável (...) sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. (sublinhei)

Assentadas a materialidade, a autoria e a correta tipificação das condutas feita na inicial, importa ressaltar a ausência de similitude entre a situação retratada e comprovada nestes

2 Nesse sentido, confira-se: FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes Contra a Natureza*. São Paulo: 2006, Editora Revista dos Tribunais, p. 241 e 245.

autos, com o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público Federal e o Município de Guarujá-SP em autos de ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção, relativa a quiosques há anos construídos na mesma praia por moradores locais.

De fato, referidos quiosques há décadas foram construídos por moradores da região, por certo de forma irregular. Contudo, a situação ali verificada se perpetuou no tempo, e a imediata retirada dos quiosques por certo poderia redundar em sério problema social. Na hipótese vertente, o *deck* foi construído por empresa de porte, no ano de 2004, sob a égide da Constituição de 1988 e das Leis nºs 7.661/1988 e 9.605/1988, com o único fim de incrementar lucros.

Certo é que a questão relativa aos quiosques, como de conhecimento público, está sendo solucionada a tempo e modo, com a demolição gradativa dos quiosques que ocupam a faixa de areia com a construção de novas unidades, de acordo com plano de intervenção urbanística elaborado pela Prefeitura do Município de Guarujá-SP, o que deverá ser concluído no ano de 2016.

Na hipótese versada nestes autos, verifica-se que os réus, mesmo sabedores da ilegalidade da construção e manutenção do *deck* na faixa de areia da praia, porquanto levadas a efeito sem a necessária licença ambiental, optaram por permanecer à margem, em total desconformidade com a lei, com o único fim de alcançar aumento de lucratividade na exploração dos serviços que prestam à diminuta parcela da população brasileira que tem condições de se hospedar no hotel.

O legislador brasileiro garantiu a todos as praias como sendo bem de uso comum, se apresentando inequívoco que a apropriação e transformação do espaço público (praia) para o alcance de interesses meramente individuais, não se coaduna com a destinação dada pelo legislador. Nesse sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 014918, Relator Ministro Hamilton Carvalhido (DJE 02.02.2010), e o Colendo TRF da 4ª Região na AC nº 2002.72.07.008762-6, Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, D.E. 28.08.2007).

A ação apurada nestes autos, que se perpetua durante período de tempo superior a onze anos, além de configurar violação a normas administrativa e penal que tutelam o meio ambiente, representam descaso para com a população e as instituições democráticas constituídas, verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito como um todo. De rigor, portanto, a procedência da ação.

Dispositivo.

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido para condenar CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI nas penas do art. 63 da Lei nº 9.605/1998. Passo à dosimetria das penas.*

LOURIVAL DE PIERI é primário. Sua culpabilidade se apresenta acima da média, pois além de ostentar grau de instrução muito acima da média nacional, mesmo sabedor da ilegalidade da construção, permaneceu inerte mantendo a construção irregular com o único fim de garantir maior rentabilidade à pessoa jurídica que administra e representa.

A ação ilícita por ele praticada, que se eterniza no tempo, tem por fim único o aumento de lucro nas atividades da pessoa jurídica, em detrimento do meio ambiente, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações. Diante desses elementos, para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena na primeira fase acima do mínimo legal: 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Na segunda fase, certo que a ação desconforme à lei foi e permanece sendo perpetrada com o fim de obtenção de vantagem pecuniária, incidente ao caso a circunstância agravante inscrita no art. 15, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.605/1998, pelo que aumento em ½ (meta-

de) a pena antes fixada, que torno definitiva à míngua de causas especiais de aumento ou de diminuição, perfazendo o total de 3 (três) anos de reclusão.

Condeno-o, ademais, ao pagamento de multa que, atento aos elementos já analisados, estabeleço em 100 dias-multa, que deverão ser calculados à razão da metade do valor do salário mínimo vigente à data dos fatos, que aumento em 1/2 (metade) em virtude da circunstância agravante estabelecida no art. 15, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.605/1998, perfazendo o total de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Considerando os motivos e as circunstâncias do crime, bem como a culpabilidade do réu, compreendendo insuficiente para a reprovação do crime, forte no disposto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 9.605/1998, deixo de substituir a pena privativa de liberdade imposta a LOURIVAL DE PEIRI por penas restritivas de direitos.

Com relação à pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., constato não haver nos autos registro de antecedentes relativos a crimes ambientais. A ação por ela perpetrada, cujos efeitos permanecem desde o ano de 2004, teve o fim único de assegurar incremento em sua lucratividade, em desrespeito ao meio ambiente, ao povo e ao Estado Democrático de Direito como um todo.

Verifico que, de acordo com o comprovado nos autos, a aplicação de sanção pecuniária na via administrativa não foi satisfeita, portanto, tudo está a indicar que não será suficiente a aplicação de multa nesta seara para reprovação e, sobretudo, para evitar a continuidade da situação ilícita.

Dessa forma, e atento ao disposto nos arts. 21, 22, § 1º, e 23, inciso II, todos da Lei nº 9.605/1998³, estabeleço a interdição do RESTAURANTE THAI, que funciona no *deck* construído de forma ilegal pelo CASA GRANDE HOTEL S.A., bem como a execução de obras necessárias para a cessação da situação irregular e ilegal.

Em face do disposto no art. 303 do Código de Processo Penal, oficie-se à Autoridade Policial a fim de que cumpra os afazeres que a lei lhe comete enquanto não cessar a permanência da ação ilícita apurada nestes cujos efeitos se protraem no tempo.

Deixo de arbitrar o valor prévio da indenização, à míngua da existência de elementos nos autos a possibilitar tal providência.

3 “Art. 21. As penas aplicáveis isolada, *cumulativa* ou alternativamente às *peessoas jurídicas*, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A *suspensão de atividades* será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando *sem a devida autorização*, ou em desacordo com a concedida, ou *com violação de disposição legal ou regulamentar*.

(...)

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

(...)

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

(...)” (g.n.)

Arcarão os réus com as custas processuais.

P.R.I.C.O.

Após o trânsito em julgado, proceda-se ao lançamento do nome dos réus no rol dos culpados, comunicando-se à Justiça Eleitoral (art. 15, inciso III, da Constituição).

Santos-SP, 27 de novembro de 2.015.

Juiz Federal ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO

AÇÃO PENAL**0002139-44.2011.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: NILZA MARIA PEDROSO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/09/2015

Vistos,

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público Federal em desfavor de LORETO ORTEGA e NILZA MARIA PEDROSO, como incurso nas penas do artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, por 25 (vinte e cinco) vezes na forma do art. 71 do Código Penal, porque teria, mediante fraude, obtido vantagem ilícita para si em prejuízo do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). O *parquet* federal denunciou também pela conduta típica descrita no art. 299 do Código Penal, por duas vezes, em concurso material.

Narra a denúncia que a acusada NILZA MARIA PEDROSO, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, obteve indevidamente a concessão do *benefício assistencial do idoso*, entre fevereiro de 2008 e fevereiro de 2010. Havendo um suposto prejuízo de R\$ 11.623,47 (onze mil, seiscentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) aos cofres públicos.

A denúncia foi recebida em 6 de setembro de 2011 (fls. 86/88).

A ré foi citada (fl. 98) e apresentou em seguida resposta à acusação (fls. 101/111).

O denunciado Loreto Ortega foi citado por edital (fl. 120), mesmo assim, não compareceu nem constituiu advogado. Por esse motivo, foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação ao réu (fl. 125).

Instrução do feito realizada com a produção da prova oral às fls. 131/136, no qual foram ouvidas três testemunhas de defesa e realizado o interrogatório da ré.

A acusação apresentou suas alegações finais às fls. 145/147, reiterando as razões da denúncia e o consequente pedido condenatório em relação à parte ré.

A defesa, em razões derradeiras às fls. 150/158, sustentou, a ausência de dolo da parte ré para o cometimento do delito.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO**1 - Do crime de estelionato previdenciário (art. 171 §3º)****1.1 - Da materialidade delitiva**

A existência material do crime previsto nos art. 171, §3º, CP restou certa e determinada com a prova judicial.

Particularmente, se deve ater ao procedimento administrativo do Instituto Nacional da Seguridade Social que às fls. 02/49. À fl. 46, assim concluiu:

Da irregularidade: pelas peças que compõem o processo, principalmente na fase da apuração, concluímos que a concessão do Amparo Social ao Deficiente, especialmente no documento de identificação, está em desacordo com o artigo 8º e 10º do Decreto n. 1.744/1995, atualmente regulado pelo artigo 10 do Decreto n. 6.214/2007, tendo em vista a não confirmação da certidão de nascimento do beneficiário pelo Cartório de Registro Civil respectivo.

Consta dos autos também para comprovar a materialidade delitiva, a certidão de nascimento materialmente falsa (fl. 12) e documento de identidade e CPF ideologicamente falsos (fls. 29 e 63).

Por fim, demonstrativo de fl.40 comprova as várias prestações mensais de um salário mínimo, que totalizando R\$ 11.623,47 (onze mil, seiscentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) com atualização em 30/03/2010.

Sendo assim, concluo que há prova da ocorrência de obtenção para si/outrem, de vantagem ilícita (percepção de benefício assistencial ao idoso), em prejuízo do INSS, por este ter sido induzido mediante uso de documento falso ao erro.

Passo à análise da autoria e da tipicidade.

1.2 - Da autoria e da tipicidade do crime do art. 171 § 3º do CP

Quanto à autoria delitiva, a prova produzida nos autos é extremamente falha quanto à comprovação da participação da ré no esquema criminoso.

O concurso de pessoas necessita além da pluralidade de agentes, também do vínculo subjetivo, ou seja, da capacidade que um agente tem de aderir à conduta alheia. No mais, é importante provar uma relevância causal da conduta do coautor, isto é, depende de uma contribuição prévia ou concomitante à execução. Por fim, se faz importante a prova desse nexo psicológico, na qual há a necessidade de revelar uma vontade homogênea, visando a produção do resultado.

Não há dúvidas que, no caso em espécie, o delito se encontra caracterizado em seu tipo objetivo, uma vez que o estelionato se deu para obtenção, para outrem, de vantagem econômica ilícita, em prejuízo do INSS, mediante artifício, qual seja, a falsificação de certidão de nascimento.

Todavia, se o tipo objetivo é encontrado, o mesmo não se pode afirmar sobre o tipo subjetivo. Este diz respeito à esfera anímica do agente, isto é, ao dolo no caso. Particularmente, o concurso de pessoas também se caracteriza por essa vontade de conjuntamente produzir o resultado ilícito. O tipo subjetivo no caso do estelionato previdenciário é o dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de induzir a autarquia previdenciária em erro com o fim específico de obter vantagem ilícita.

No caso dos autos, defende o *parquet* que a conduta da ré Nilza caracterizaria suposto auxílio material, todavia, em suas próprias alegações finais, o MPF aduz que, “ao que parece, Nilza tinha conhecimentos sobre os trâmites para a obtenção de documentos de aposentadoria”. O principal problema é que o direito penal não pode trabalhar com o “ao que parece” e sim com o provado nos autos. De maneira alguma tais ilações permitem levar a um juízo de certeza, que é a baliza de um correto processamento condenatório penal.

Sendo assim, o processo carece de maior peso probatório no que se refere ao dolo da ré. Perceba-se que as alegações derradeiras do Ministério Público Federal se sustentam quase que exclusivamente nas provas produzidas durante a investigação policial. Não houve testemunhas de acusação, nem foi ouvido – no caso nem encontrado – o codenunciado.

Pelo exposto, não há alternativa no caso dos autos do que a absolvição da ré pela ausência de constatação de um dos elementos que compõe o tipo penal.

2 - Do Crime de falso

O crime do art. 299 do Código Penal tem como verbo nuclear “falsificar”, quer dizer reproduzir, imitar, ou contrafazer. Conjugam-se a conduta com as formas fabricar (manusear, construir, cunhar) e alterar (modificar, transformar), no caso, a declaração que dele deveria constar. Todavia, necessita do dolo específico, qual seja, o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Particularmente, na falsidade ideológica, não há simples rasura, ou emenda, há apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo real.

2.1- Da materialidade delitiva

A existência material do crime previsto nos art. 299 do CP restou certa e determinada com a prova judicial.

Particularmente, se deve ater ao procedimento administrativo do Instituto Nacional da Seguridade Social que às fls. 02/49, concluiu, com respaldo na própria certidão de nascimento materialmente falsa à fl. 12 e no documento de identidade e CPF ideologicamente falsos às fls. 29 e 63, a ocorrência do crime denunciado.

2.2- Da autoria e da tipicidade do crime do art. 299 do CP

Pelos mesmos motivos apontados na análise da tipicidade do art. 171 §3º não há provas nos autos sobre a ocorrência do dolo da ré no cometimento do crime de falso. Particularmente, o concurso de pessoas também se caracteriza por essa vontade de conjuntamente produzir o resultado ilícito. Não se encontram elementos suficientes para a prova de tal autoria.

O simples motivo de a ré ter abrigado por 2 (dois) anos o codenunciado, ou tê-lo acompanhado na requisição dos documentos, não é elemento suficiente para um juízo condenatório.

Ressalta-se novamente que a prova colhida em esfera judicial foi ínfima para a necessária comprovação do crime denunciado.

Por todo o exposto, o juízo absolutório se faz necessário pela ausência de constatação de um dos elementos que compõe o tipo penal.

III - Dispositivo

Posto isso, julgo *IMPROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal e *ABSOLVO* a denunciada *NILZA MARIA PEDROSO*, qualificada nos autos, dos fatos delituosos narrados na denúncia, o que faço com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as cautelas de estilo, anotações e expedições necessárias.

Custas *ex lege*.

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

Ponta Porã, 20 de Agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0003444-33.2012.4.03.6133

Autora: VALTRA DO BRASIL LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL (PFN)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2016

Trata-se de ação judicial na qual, em suma, pede-se o reconhecimento do direito a aplicação do regime jurídico do setor automotivo, ao invés do geral, para o quanto não foi usado e exportado após ter sido importado em regime de *drawback*. Aduz a autora não ser possível negar-lhe o tratamento tributário ao qual faz jus normalmente (benéfico para o setor automotivo) para o caso de uma impossibilidade de realização da exportação de parte do quanto internalizado no país sob o regime de *drawback*, sendo, portanto, injusta a cobrança da tributação pelo regime geral, mormente com multa, juros e sendo recusada a ocorrência de denúncia espontânea na espécie. Cita diversos precedentes judiciais e administrativos em seu favor. Pede a realização de depósito judicial da quantia que entende devida, bem como da que entende não ser devida.

Já a União, em contestação, aduz que não se mostra possível a fruição de regime híbrido, tendo em vista a falta de autorização legal para tanto, bem como ante a necessidade de demonstração do cumprimento de determinados requisitos para admissão no regime diferenciado destinado ao setor automotivo. Aduz, ainda, ser a pretensão contrária à livre concorrência, vez que outros agentes econômicos não fruem igual tratamento o tributário híbrido postulado na presente demanda. Defende a aplicação de juros e multa como retroação dos efeitos financeiros decorrentes da exclusão do regime de *drawback*. Advoga, ainda, não haver denúncia espontânea, pois o fato gerador da importação já era conhecido. Também cita precedentes no sentido do quanto advoga.

Laudo pericial às fls.872/932.

É o breve relatório. Passo a decidir, fundamentando.

Afasto, de ofício, eventual litispendência deste com os autos nº 0001539-22.2014.403.6133 (2ª Vara), eis que tratam de ato de concessão e períodos diversos.

Sem preliminares, impõe-se a cognição imediata do mérito.

Sendo apenas parcialmente bem-sucedido o *drawback*, impõe-se a tributação do excedente sob o regime inerente ao importador, de modo que, se faz jus a benefício fiscal setorial, então cumpre a aplicação do tratamento diferenciado - e não o regime geral. A submissão ao regime geral não pode ter caráter punitivo, tornando-a pena aplicável a quem não conseguiu desenvolver o *drawback* em toda sua extensão.

Sendo o contribuinte destinatário de regime diferenciado em razão do setor da economia ao qual pertence, então é o caso de reconhecer-lhe o tratamento privilegiado ao que faz jus naquela parte que não se subsume ao regime de *drawback*. Não se trata de criar terceiro regime, mas de aplicar subsidiariamente a segunda norma especial que socorre ao contribuinte, não sendo lógica a atuação fazendária no sentido de fazer a autora despençar do regime de *drawback* ao tratamento geral. Não a busca de um *tertium genus*, um misto de tratamentos tributários diversos para criar um mundo apenas de facilidades, mas sim de aceitar que o fracasso de uma operação de *drawback* joga a operação no regime especial no qual está in-

serido o empreendedor, impossibilitando que se desconsidere a função estratégica do agente econômico daquele setor no desenvolvimento do país.

A União sequer apontou qualquer causa que impossibilitasse o enquadramento no regime diferenciado destinado ao setor automotivo, o que já fez com que a verossimilhança da alegação de que seria necessária a demonstração do cumprimento dos requisitos caísse por terra.

Não há frustração da concorrência quando se almeja o reconhecimento da aplicabilidade do regime do setor da economia a quem viu em parte frustrada a operação econômica que estaria, caso bem-sucedida, subsumida a outro tratamento tributário. Nenhum privilégio daí adviria à autora, sendo todo empreendedor do setor automotivo destinado a receber o tratamento benéfico postulado pela autora, conseguindo ou não realizar a bom termo o *drawback*.

Pelas mesmas razões, não há motivo para aplicação de juros ou de multa, pois a pretensão é justa e merece ser reconhecida.

Dispositivo:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a existência do direito ao tratamento tributário destinado ao setor automotivo, declarando a inexistência de juros ou de multa a serem cobrados da autora.

Custas *ex lege*. Condeno a ré ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de honorários advocatícios, dado o valor da causa e a alta qualidade do trabalho desenvolvido pelos causídicos que moveram a demanda.

Converto os honorários periciais provisórios em definitivos, no importe de R\$7.500,00, a serem suportados pela parte ré.

Os honorários periciais e as custas judiciais deverão ser reembolsados integralmente pelo réu ao autor.

Subam o autos em reexame necessário.

Com o trânsito em julgado, libere-se o depósito judicial em favor da autora, expedindo-se o quanto necessário.

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

Mogi das Cruzes/SP, 11 de janeiro de 2016.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0009230-63.2013.4.03.6120

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: ANTONIOSI TECNOLOGIA AGROINDUSTRIAL LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MARCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de Antoniosi Tecnologia Agroindustrial Ltda, objetivando a condenação ao ressarcimento dos valores pagos em benefícios previdenciários relacionados a acidente de trabalho sofrido pelo segurado Wagner de Queiroz (auxílio-doença e auxílio-acidente).

A inicial narra que em 17/08/2010 o segurado Wagner de Queiroz, à época empregado da requerida, sofreu acidente de trabalho que resultou na concessão de dois benefícios de auxílio-doença (NB 5424885531/91, que vigorou de 02/09/2010 a 13/03/2011 e NB 5492207896, concedido entre 08/12/2011 e 31/12/2011). O acidente ocorreu quando a vítima e um colega de trabalho transportavam um chassi de transbordo do setor de solda para o de pintura. A operação era realizada por meio de uma talha, e os dois funcionários envolvidos na tarefa deveriam seguir o seguinte procedimento: um deles deveria engatar a talha ao chassi e o outro deveria retirar as escoras que sustentavam o chassi, naturalmente depois que a peça tivesse sido acoplada à talha. Contudo, as travas foram retiradas antes que a peça tivesse sido acoplada à talha; ato contínuo, o funcionário Wagner subiu no chassi para acoplá-lo à talha. Como as escoras haviam sido retiradas, o chassi se desequilibrou e tombou sobre o pé direito de Wagner, que sofreu os ferimentos que levaram à concessão dos referidos benefícios previdenciários. A inicial informa que o acidentado sofreu fratura no tornozelo, e embora tenha sido submetido a cirurgia, ficou com sequelas que reduzem seu movimento.

Segundo o INSS, o acidente ocorreu da forma que ocorreu por negligência do empregador, que não zelou pela observância das normas de segurança de trabalho por seus funcionários. Se em vez de se dependurar no chassi o segurado Wagner tivesse se valido de uma escada, o acidente não teria ocorrido. Não bastasse a falta de vigilância do empregador quanto à conduta de seus empregados, constatou-se que os funcionários envolvidos na operação não haviam sido treinados para o exercício daquela função, bem como que fiscalizações no local promovidas pelo Ministério do Trabalho constataram que “... o estabelecimento onde ocorreu o acidente é velho e com diversas irregularidades, com iluminação e ventilação deficiente e piso irregular”.

Com base nesse panorama, requereu a condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pelo INSS com o pagamento dos dois benefícios de auxílio-doença concedidos ao segurado Wagner, bem como ao ressarcimento de prestações futuras também relacionadas ao mesmo acidente, neste caso mediante a prestação de garantia real ou fidejussória. Inicial e documentos às fls. 02-411.

A contestação está juntada às fls. 417-450. Preliminarmente o autor sustenta a falta de interesse de agir quanto ao pagamento de prestações futuras. No mérito, argumentou que o seguro acidente de trabalho – SAT destina-se a cobrir os casos em que há culpa exclusiva da empresa ou apenas culpa concorrente, uma vez que esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição. Inobstante isso, não restou comprovada a ocorrência de culpa imputável à empregadora; na verdade, o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que deixou de

observar o procedimento correto para o transbordo do chassi. Argumentou que este foi o primeiro acidente deste tipo nos 14 anos de operação da fábrica, bem como que fornece os EPIs necessário e dá treinamento a seus funcionários. Por fim, argumentou que é incabível a constituição de capital almejada pela parte autora, uma vez que esta somente é possível com dívidas de natureza alimentar, bem como que a SELIC não pode ser utilizada como índice para atualização de débitos de ressarcimento de benefícios previdenciários.

Em réplica (fls. 508-516) o INSS rechaçou a preliminar. No mais, repisou os argumentos expostos na inicial.

As partes foram intimadas para especificar as provas. O réu requereu a produção de prova testemunhal e pericial (fls. 518/520). O INSS requereu a produção de prova testemunhal (fls. 521).

Às fls. 522 foi indeferida a produção de prova pericial e deferida a produção de prova testemunhal. Houve a realização de audiência de instrução e julgamento (fls. 563/570). Não houve manifestação do INSS (fls. 572). O requerido manifestou-se às fls. 573/574, requerendo a reconsideração do despacho que indeferiu a produção de prova pericial, o que foi indeferido às fls. 575.

Vieram os autos conclusos.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida rejeito a preliminar de falta de interesse de agir. Em certa medida assiste razão à ré quando pondera que não pode ser condenada ao pagamento de prestação incerta, no caso de auxílio-acidente que poderia ou não ser concedido no futuro. Todavia, o caso é que no curso da lide o segurado Wagner de Queiroz teve concedido o benefício de auxílio-acidente (NB 166.518.568-3). Esse benefício está diretamente relacionado ao acidente narrado na inicial, pois foi concedido em desdobramento do auxílio-doença nº 549.220.789-6, conforme demonstram o extrato do CNIS que será juntado na sequência desta sentença.

Superado o ponto, passo ao exame da questão de fundo.

O INSS pretende a condenação da ré ao ressarcimento dos valores que a autarquia pagou ao empregado da requerida que foi vítima de acidente de trabalho, do qual restaram ferimentos que ensejou a concessão de auxílio acidente e o ressarcimento de todos os valores que serão despendidos nos pagamento futuros de benefícios.

O artigo 120 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. Ao comentarem essa disposição, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI¹ observam que “(..) surge um novo conceito de responsabilidade pelo acidente de trabalho; o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com os ônus das prestações — aplicando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforme a teoria do risco social para o Estado; mas da responsabilidade subjetiva e integral, para o empregador infrator. Medida justa, pois a solidariedade social não pode abrigar condutas deploráveis como a do empregador que não forneça condições de trabalho indenes de risco de acidentes. Com bem assinalou Daniel Pulino [Revista de Previdência Social. São Paulo. LTr. Nº 182, p. 16.] “o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de

1 Manual de direito previdenciário. 11 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2009, p. 562.

sua responsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável”.

Conforme se depreende do dispositivo há pouco mencionado, não é qualquer acidente de trabalho gerador de despesa ao INSS que autoriza o ressarcimento da autarquia, mas apenas nos casos em que demonstrado que o fato gerador da prestação previdenciária decorreu de negligência do empregador na observância das normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos empregados. Por aí se vê que a responsabilidade do empregador nesses casos é subjetiva, cabendo ao INSS demonstrar o nexo causal entre o acidente e a negligência do empregador no cumprimento da norma-padrão de segurança.

Cumprir observar que o pagamento do Seguro de Acidente do Trabalho — SAT não exclui a responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalhos decorrentes de sua negligência, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. É que nesses casos a conduta do empregador acaba criando riscos excepcionais que vão além daqueles cobertos pelo adicional correspondente ao SAT.

No caso concreto, tem-se que em 17/08/2010 o empregado Wagner de Queiroz sofreu acidente de trabalho, do qual resultou em redução de movimentos em seu pé direito. Em razão do acidente, o empregado teve concedido dois benefícios de auxílio-doença e, após a cessação do último, a concessão de auxílio-acidente.

Início a análise do acidente pelo relatório elaborado pela Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Araraquara a respeito do fato, juntado aos autos às fls. 36-39, de onde extraio os seguintes trechos:

6. Descrição do Local do Acidente

O acidente ocorreu no prédio chamado de “Ata II”. O local é antigo, com iluminação deficiente e com piso irregular.

7. Descrição da Atividade

A atividade consistia em colocar um chassi chamado de “Ata 12000” na talha para transporte. O chassi fica sobre cavaletes que devem ser retirados após a colocação do gancho da talha no chassi. A atividade é realizada em dupla para agilizar o procedimento e facilitar o transporte do chassi para o local de pintura.

8. Descrição do Acidente

No dia 17/08/2010, o acidentado juntamente com o Sr. Roberto Carlos de Oliveira foram transportar um chassi “Ata 12000” para a pintura. O Sr. Roberto era recém contratado. O Sr. Emerson Luiz Vieira, encarregado do setor, não pode acompanhar o procedimento, pois foi requisitado em outro local para receber material. O acidentado ficou com a tarefa de retirar as escoras e o Sr. Roberto de colocar a talha no chassi. Após retirar todas as escoras, o acidentado observou que a talha não estava instalada e subiu no chassi para instalá-la. Ao subir, o chassi desequilibrou e tombou em sua direção, caindo sobre seu pé direito fraturando seu tornozelo. (...)

1º: 202.001-7 (Fracasso na recuperação de incidente.)

Ao perceber o incidente, ou seja, a não colocação do gancho na talha no chassi, o acidentado tentou recuperar subindo sobre o chassi sem escoras. Deveria recolocar as escoras e depois subir para colocar o gancho.

2º: 204.018-2 (Falhas na coordenação entre membros de uma mesma equipe.)

O Sr. Roberto, que estava realizando o procedimento junto com o acidentado, distraiu-se e não colocou o gancho da talha antes da retirada das escoras.

3º: 204.012-3 (Falta ou inadequação de análise de risco da tarefa)

Não havia uma análise de riscos da atividade

4º: 204.022-0 (Procedimento de trabalho inexistente ou inadequado)

Não havia procedimentos de trabalho para a atividade.

5º: 204.026-3 (Falha no transporte de materiais, estruturas ou equipamentos)

O acidente ocorreu durante a atividade preparatória para transportar o chassi.

6º: 206.003-5 (Ausência de treinamento)

Os trabalhadores não foram submetidos a treinamento.

7º: 210.003-7 (Inexperiente por ter pouco tempo na empresa)

O Sr. Roberto estava a poucos dias na empresa.

O acidente também foi discutido nos autos da reclamação trabalhista movida pelo acidentado contra seu empregador (a ora ré), na qual o trabalhador pleiteava o pagamento de indenização. O INSS instruiu a inicial com cópia integral da referida ação, que está juntada às fls. 55-411.

Para esta ação, interessa principalmente a prova oral produzida nos autos da reclamação trabalhista, compilada às fls. 341-344. Naquela audiência se colheram os depoimentos do acidentado, de preposto da reclamada e de três testemunhas, sendo uma do reclamante e duas do reclamado.

Em seu depoimento o reclamante deu sua versão acerca do acidente, que não difere muito do relato do Auditor do Trabalho. O reclamante narrou que o acidente se deu quando foi subir no chassi para prendê-lo à talha, momento em que a peça se deslocou e ambos (o chassi e Wagner) vieram ao chão, tendo a peça caído sobre seu tornozelo, causando os ferimentos que resultaram no comprometimento parcial e permanente do membro inferior esquerdo. Na visão do reclamante, o acidente ocorreu porque o chassi não estava preso na talha, falha que é resultado da deficiência no treinamento oferecido pelo empregador. Havia uma escada móvel no local, mas nunca era utilizada para a operação de prender o chassi na talha. Em sua visão a escada não evitaria o acidente; antes pelo contrário, poderia potencializar os danos em caso de queda do chassi.

Essa mesma opinião a respeito da imprestabilidade da escada para evitar o acidente foi compartilhada pelas duas testemunhas arroladas pelo reclamante. Já a testemunha do reclamado (que não presenciou o acidente) acredita que o empregado colaborou decisivamente para a ocorrência do evento, pois subiu no chassi sem que a peça estivesse sustentada nas escoras de segurança, bem como por não ter utilizado a escada para subir até o nível da talha.

Na presente ação foram arroladas várias testemunhas, mas no fim das contas apenas uma foi ouvida, pois as partes desistiram quanto às demais; a testemunha inquirida neste feito foi o Sr. Angelo Valentim Berestela, funcionário da requerida (fls. 563-568). A testemunha não presenciou o acidente, mas acredita que ele ocorreu porque a vítima não fez uso da escada para a manobra de acoplamento do chassi à talha.

Sopesando todos esses elementos, cheguei à mesma conclusão a que chegou o juiz do trabalho na sentença proferida na reclamação trabalhista (fls. 370-399). O acidente ocorreu da forma que ocorreu por uma conjugação de dois erros na operação para movimentação do chassi de transbordo. O primeiro consistiu na retirada prematura das escoras que sustentavam o chassi, e o segundo foi o funcionário Wagner de Queiroz ter usado o próprio chassi como meio para alcançar a talha, quando o certo teria sido o emprego de uma escada. Nenhuma dessas falhas isoladamente resultaria no acidente, mas a conjugação das duas deu no que deu. Com efeito, se o chassi estivesse preso pelas escoras, não haveria como a peça tombar por conta do peso do funcionário que a escalou; se o Wagner tivesse acessado a talha por meio de uma escada, o chassi permaneceria equilibrado em seu próprio eixo.

As testemunhas e a vítima do acidente foram unânimes quanto à existência de uma escada móvel próxima do local onde ocorreu o acidente, divergindo apenas quanto à necessidade e a frequência de utilização desse equipamento.

Em linhas gerais, os depoimentos de pessoas vinculadas à vítima do acidente (inclusive o próprio Wagner) narraram que a escada não era utilizada na operação de transporte de chassis, não havia orientação nesse sentido por parte da empresa e que o uso da escada não impediria o acidente; — tese que desde logo rechaço, pois o chassi só veio ao chão porque o funcionário nele se apoiou, o que deslocou o centro de gravidade da peça e neutralizou o frágil equilíbrio que a mantinha de pé.

Já a testemunha arrolada pela empresa (ouvida na reclamatória trabalhista e nesta ação) e o preposto da reclamada contaram uma história um pouco diferente. Defenderam que a escada sempre era utilizada para acoplar o chassi à talha, que havia orientação que assim fosse, mas que por razões inexplicáveis o empregado Walter desafiou essa diretriz no dia do acidente.

Confrontando essas duas visões conflitantes a respeito do fato e articulando-as com os demais elementos colhidos, tais como o relatório de investigação do acidente de trabalho produzido pelo Auditor Fiscal do Trabalho (fls. 36-39) e as imagens produzidas pela ré a respeito do que deveria ser o procedimento padrão no transporte de chassis (fls. 492-495), concluo que a verdade parece estar no lugar de costume: em algum ponto no meio do caminho.

É certo que a escada não estava próxima do local onde ocorreu o acidente como item de decoração, como que para compor a paisagem do ambiente fabril. Se lá estava, decerto era para ser usada, muito provavelmente porque havia alguma orientação de que a maneira mais segura de prender o chassi à talha era evitando o contato dos operadores com a peça. Nessas condições, o chassi não teria como tombar, ainda que se lhe tivessem retirado prematuramente as escoras, ou seja, antes do travamento da peça na talha.

Por outro lado, mesmo dando de lambuja a existência de orientação a respeito do uso da escada, parece que os funcionários não levaram isso a sério, e tampouco a empregadora atuava com eficiência na fiscalização do cumprimento das normas de segurança. E conforme muito bem colocado pelo juiz do trabalho Renato da Fonseca Janon, “... não bastava disponibilizar a escada e as escoras. Era imprescindível treinar adequadamente os empregados e fazer com que eles, na prática, manejassem o chassi adequadamente, obrigando-os a usar a escada e a só desacoplar as escoras após a peça estar devidamente presa na talha, sendo que, para tanto, o empregador pode, inclusive, valer-se do poder disciplinar que a lei lhe confere para advertir os renitentes. Trata-se de raciocínio semelhante ao já consagrado para o uso dos EPIs — Súmula 289/TST. Não basta fornecer o equipamento de proteção. O empregador deve também fiscalizar o seu uso efetivo por todos os trabalhadores. No caso concreto, havia escada, mas, na prática, não a usavam”.

Já fui funcionário de chão de fábrica, de modo que posso afirmar com conhecimento de causa o que segue: quando se trata da obediência às normas de segurança, o empregador não pode contar apenas com a boa vontade dos empregados. Se há mais de uma maneira de realizar uma atividade, sendo uma mais segura que a outra, pode-se apostar que o jeito menos seguro de alguma forma se mostra menos penoso, mais leve ou menos complicado para o funcionário, e é justamente nesse aparente ganho de conforto que reside o risco desse trabalhador deixar de lado aquilo que aprendeu nas reuniões promovidas pela CIPA. É muito mais fácil manusear uma lixadeira sem luvas; enxerga-se melhor sem os óculos de proteção; aventais de couro são muito quentes no verão, e, no caso ora em exame, qual o sentido de ficar levando uma escada de um lado para o outro se posso chegar à talha me apoiando no próprio chassi?

Assim sendo, inobstante o empregado tenha contribuído de forma decisiva para o acidente que o vitimou, pois não fez uso de instrumento essencial para a segurança da operação (escada), vejo que o empregador também tem sua parcela de culpa com o ocorrido, na medida em que não atuou de forma eficiente na fiscalização dos procedimentos de segurança. Tal conclusão não se sustenta unicamente na ocorrência do acidente, mas sim nas provas que sinalizam que de forma geral os funcionários não tinham o hábito de utilizar a escada na operação de transbordo de chassi.

O que se tem, portanto, é um quadro de culpa concorrente entre o empregado e o empregador. Cada um a seu modo contribuiu para a ocorrência do acidente; o empregado, por não ter se valido da escada para acessar a talha; o empregado por não fiscalizar a adoção dos procedimentos de segurança por seus funcionários. E no cotejo dessas culpas, chego à mesma conclusão manifestada na sentença que resolveu a reclamatória trabalhista: as responsabilidades pelo evento se equiparam.

Assim, comprovado que o fato gerador da concessão dos benefícios acidentários (auxílios-doença e auxílio-acidente) ocorreu por uma concorrência entre a imperícia do acidentado e negligência da empregadora quanto à observância das normas-padrão de segurança do trabalho indicadas para a proteção de seus empregados, o pedido de condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pelo INSS deve ser acolhido em parte, de modo que a ré deverá arcar com *metade do prejuízo suportado pelo INSS*, tanto em relação às parcelas vencidas quanto em relação às vincendas.

Contudo, não acolho o pedido de constituição de capital para a garantia do pagamento das prestações futuras, uma vez que a indenização não está relacionada à prestação alimentícia. Seguindo essa linha de raciocínio, o precedente que segue:

CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. DEVER DO EMPREGADOR DE RESSARCIR OS VALORES DESPENDIDOS PELO INSS EM VIRTUDE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUANTO À ADOÇÃO E OBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À SEGURANÇA DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. DESCABIMENTO. APELOS DESPROVIDOS. I. Demonstrada a negligência do réu quanto à adoção e fiscalização das medidas de segurança do trabalhador, tem o INSS direito à ação regressiva prevista nos arts. 120, 121 e 19, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.213/91, sendo o meio legal cabível para a autarquia reaver os valores despendidos com a concessão de benefício previdenciário a segurado vítima de acidente de trabalho, bastando, para tanto, a prova do pagamento do benefício e da culpa da ré pelo infortúnio que gerou a concessão do amparo. II. Não se acolhe o pedido do INSS de constituição de capital para o pagamento das parcelas vincendas. Segundo o art. 475-Q do CPC (antigo 602 do CPC revogado pela Lei 11.232/2005), a constituição de capital somente ocorre quando a dívida for de natureza alimentar. A hipótese em tela trata de ressarcimento, isto é, restituição, afastando o caráter alimentar das parcelas. Além disso, o segurado não corre o risco de ficar sem a verba alimentar, cujo pagamento é de responsabilidade da autarquia. III. Apelos Improvidos. (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 0039330-57.1996.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Cotrim Guimarães, j. 03/07/2012).

As prestações vencidas deverão ser atualizadas pelos mesmos índices aplicados para a correção de prestações previdenciárias devidas pelo INSS; — afinal, se para pagar se observa um critério, para receber deve ser aplicado o mesmo, pois o que se tem é uma inversão do sinal. Assim, sobre o montante devido incidirá correção monetária de acordo com a variação do INPC

(MP 316/2006 e Lei 11.430/2006) e juros moratórios correspondentes aos juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09), levando-se em conta as disposições da Lei nº 12.703/2012, a qual alterou a sistemática de juros da caderneta de poupança, estabelecendo o teto de 70% da variação mensal da SELIC, quando esta for igual ou inferior a 8,5% ao ano. O termo inicial dos juros e da correção será o desembolso de cada parcela.

Já as prestações vincendas deverão ser pagas de acordo com o respectivo desembolso pelo INSS, até a extinção do benefício. Salvo ajuste das partes em sentido diverso, o pagamento deverá ser efetuado em até dez dias contados da comprovação, pelo INSS diretamente ao réu, do desembolso com o pagamento do auxílio-acidente. O pagamento deverá ser efetuado por meio de guia de recolhimento, devendo o INSS informar à requerida o respectivo código. Na hipótese de inadimplemento, as parcelas vincendas deverão ser atualizadas pelos mesmos índices aplicáveis às parcelas vencidas.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 269, I do CPC), para o fim de condenar a ré a ressarcir o INSS de *metade* dos valores despendidos para o pagamento dos benefícios NB 542.488.553-1 (auxílio-doença), NB 549.220.789-6 (auxílio-doença) e NB 166.518.568-3 (auxílio-acidente), neste caso até a cessação do benefício.

Sobre o montante devido incidirá juros e correção monetária, de acordo com o critério exposto na fundamentação.

Fixo os honorários de advogado em 10% do valor atribuído à causa, os quais dou por compensados em razão da sucumbência recíproca.

Cada parte arcará com metade das custas, observando-se que o INSS é isento do recolhimento.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

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

Araraquara, 18 de novembro de 2015.

Juiz Federal Substituto MARCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL**0000225-98.2015.4.03.6135**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: JAKA CAMPA, DRAGAN SVJETLANOVIC, JERNEJ CERAR GODEC, SEBASTIJAN PIPENBAHER E DRAGAN BATIC

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

I – RELATÓRIO

O Ministério Público Federal denunciou Jaka Campa, Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher e Dragan Batic, qualificados nos autos, pela prática da conduta descrita no art. 33, combinado com os arts. 35 e 40, incisos I e III, todos da Lei nº 11.343/2006.

Narra a denúncia (fls. 192/199), em síntese, que no dia 12/03/2015 os réus foram presos em flagrante, em associação criminosa, transportando 26,25 Kg (vinte e seis quilogramas e vinte e cinco decagramas) de substância entorpecente cocaína, acondicionada em 27 (vinte e sete) pacotes, droga adquirida na cidade de Ilhabela/SP, proveniente da Bolívia, visando seu encaminhamento à “Europa para lá ser comercializada”, conforme auto de apresentação e apreensão (fls. 18/21), laudo de exame preliminar de constatação (fl. 22), laudo de perícia criminal federal – química forense e informação técnica nº 007/2015 – UTEC/DPF/SJK/SP (fls. 141/143).

Ainda consta da denúncia que os acusados, hóspedes do navio de cruzeiro marítimo MSC Magnifica, desembarcaram no dia dos fatos, às 07:30 horas, na cidade de Ilhabela/SP, retornando à embarcação no mesmo dia, às 09:30 horas.

Quanto do retorno ao navio, Sebastijan e Jernej, ocupantes da cabine nº 12.064, foram abordados por oficial de segurança, Sr. Tal Tesfahun Aniou, que identificou “volumes por debaixo de suas vestes, na região do abdome e das costas” (fl. 195). O mesmo ocorreu com Dragan Svjetlanovic, Dragan Batic e Jaka Campa, ocupantes da cabine nº 9.227, que foram inspecionados pelo oficial de segurança Sr. Oren Ayalon, que “detectou volumes suspeitos debaixo das vestes” (fl. 195).

Tais volumes foram extraídos, sendo contabilizados 27 (vinte e sete) pacotes que continham em seu interior substância identificada como cocaína, após teste preliminar realizado pela segurança da embarcação.

Certidão de movimentos migratórios de Dragan Svjetlanovic (fl. 32), Jernej Cerar Godec (fl. 33), Sebastijan Pipenbaher (fl. 34), Dragan Batic (fls. 35/36) e Jaka Campa (fl. 37).

Prisão em flagrante homologada e convertida em prisão preventiva por decisão de 13 de março de 2015 (fls. 83/88).

Após ouvido o MPF, foi autorizada a destruição da droga apreendida e os materiais por ela impregnados, e determinada a extração de cópia integral dos autos para instauração de procedimento autônomo para prosseguimento das investigações (fl. 211).

Notificados por carta precatória (fls. 265/268), os réus Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Jaka Campa, Dragan Batic e Dragan Svjetlanovic apresentaram defesa preliminar (fls. 231, 233, 235/236, 239/240 e 242/243, respectivamente). Não arrolaram testemunhas.

Auto circunstanciado de incineração juntado às fls. 260/262.

A denúncia foi recebida em 12/06/2015 (fls. 272/273-verso). Na referida decisão foi determinada a intimação do MPF para se manifestar sobre a substituição ou desistência em relação às testemunhas Tal Tesfahun Aniou e Oren Ayalona, estrangeiros residentes no exterior, e nomeada tradutora/intérprete no idioma esloveno.

A profissional nomeada discordou dos termos da Resolução-CJF nº 305/2014 – Tabela III, que trata dos honorários periciais perante a Justiça Federal (fls. 274/275), restando inviabilizada a atuação de intérprete no idioma esloveno. Nomeada tradutora e intérprete no idioma inglês (fls. 305 e verso), que aceitou o encargo, assinou termo de compromisso (fl. 331) e procedeu à tradução do inteiro teor da denúncia e dos mandados de citação e intimação expedidos (fls. 333/341).

Os réus foram devidamente citados (fls.386/400).

Em audiência (fls. 402/413), com a presente de intérprete no idioma inglês foi inquirida a testemunha Carlos André Monteiro Leal, arrolada pela acusação, e os réus interrogados. Em relação às demais testemunhas de acusação Tal Tesfahun Aniou e Oren Ayalona, estrangeiros residentes no exterior, foi formalizada a desistência em suas oitivas em audiência, considerando suas nacionalidades, local de residência (Israel) e suas ocupações (seguranças de embarcação transatlântica de turismo de verão).

Juntada aos autos certidão negativa de antecedentes criminais do réu Dragan Svjetlanovic, enviada pela Embaixada do Estado da Eslovênia no Brasil (fls. 416/417 e 430/432), que deixou de enviar as certidões dos demais réus, ainda que com reiteração de solicitação pela Secretaria do Juízo (fls. 418/419 e 461).

O Ministério Público Federal apresentou alegações finais (fls. 425/428), assim como os réus Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Jaka Campa, Dragan Batic e Dragan Svjetlanovic (fls. 436/448 e 449/460).

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Trata-se de ação penal submetida ao rito especial da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), por meio da qual o Ministério Público Federal denunciou Jaka Campa, Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher e Dragan Batic, qualificados nos autos, pela prática da conduta descrita no art. 33, combinado com os arts. 35 e 40, incisos I e III, todos da Lei nº 11.343/2006, por terem praticado tráfico de entorpecentes, em associação, na modalidade internacional, mediante utilização de transporte público.

De plano, constata-se da análise dos autos que a presente ação penal foi processada com observância da ampla defesa e do contraditório, em garantia ao devido processo legal, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos artigos 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

II.1 – PRELIMINARMENTE

II.1.1 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Preliminarmente, cumpre asseverar que, conforme previsto no art. 109, inciso IX, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios, conforme se verifica ter ocorrido no presente caso, motivo pelo qual se justifica a competência da Justiça Federal.

Ademais, os fatos objeto destes autos envolvem o tráfico internacional de drogas, visto que, no caso em tela, ao que consta teriam sido importadas da Bolívia conforme invólucro com

dizeres “made in Cochabamba” (fls. 18/21), o que demonstra a internacionalidade da origem da droga.

Além disso, os 26,25 Kg de cocaína tinham como destino final a Europa, segundo interrogatórios em sede policial e em Juízo (fls. 08/17 e 402/413), onde seria comercializada, o que também indica o caráter transnacional do delito.

Nesse sentido, decidiu o Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AFASTADA. *TRÁFICO*. AUTORIA. MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVADOS. *INTERNACIONALIDADE*. COMPROVADA. (...). I - *Não há que se falar em incompetência da Justiça Federal para o julgamento da presente ação, pois restou comprovado nos autos que a droga provém da Bolívia*. II - A materialidade do delito de tráfico restou demonstrada pelo laudo de exame químico toxicológico. A autoria e o dolo restaram claros pelo conjunto probatório. (...). IV - Recursos desprovidos. (Apelação Criminal nº 200761020136567, Relator Juiz José Lunardelli, 1ª Turma, DJF3 CJ1 de 06.07.2011, p. 143 – Grifou-se).

Assim sendo, ratifico a competência deste Juízo Federal.

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – ART. 33, “CAPUT”, LEI Nº 11.343/06 – MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS – PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA

A) MATERIALIDADE

Os réus foram presos em flagrante por estarem transportando 26,25 Kg (vinte e seis quilogramas e vinte e cinco decagramas) de substância entorpecente cocaína, acondicionada em 27 (vinte e sete) pacotes, droga adquirida na cidade de Ilhabela/SP, com origem na Bolívia, visando seu direcionamento e comercialização na Europa, utilizando-se de embarcação marítima de transporte de passageiros (navio de cruzeiro) com origem e destino final no estrangeiro (Argentina).

A materialidade delitiva encontra-se suficientemente demonstrada pela documentação juntada aos autos, em especial, o Auto de Prisão em Flagrante (fls. 05/17 e 23/28), o Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 18/21) e o laudo de perícia criminal federal – química forense e informação técnica nº 007/2015 – UTEC/DPF/SJK/SP (fls. 141/143), que confirmou que a substância transportada pelos acusados tratava-se de cocaína, substância proibida em todo o território nacional, de acordo com a Portaria nº 334 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12/05/1998, e suas atualizações.

Registre-se, por oportuno, que no decorrer da instrução criminal não houve qualquer contestação acerca da apreensão da droga cocaína com os réus (acondicionada em cintas presas ao corpo), a origem estrangeira do entorpecente (Bolívia), a intenção de destinação ao estrangeiro (Europa) e a utilização da embarcação (navio de cruzeiro) para seu transporte, restando, desta forma, incontroversa a materialidade do crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

B) AUTORIA: RÉUS DRAGAN SVJETLANOVIC, JERNEJ CERAR GODEC, SEBASTIAN PIPENBAHER, DRAGAN BATIC E JAKA CAMPA

A autoria também está comprovada.

A circunstância de terem sido presos em flagrante cria presunção relativa de autoria.

Presunção esta que não foi afastada por nenhum dos elementos probatórios juntados aos autos.

Em sede policial (fls. 06 e 07), as testemunhas e oficiais de segurança do navio MSC Magnifica, Sr. Tal Tesfahun Aniou e Sr. Oren Ayalon, relataram, com detalhes, como foi realizada a abordagem dos réus, que haviam subido após desembarque na cidade de Ilhabela, e as revistas pessoais, que foram filmadas e gravadas pelas câmeras de segurança do navio, cuja mídia encontra-se encartada à fl. 31, denotando-se não ter havido qualquer resistência por parte dos réus quando de sua abordagem e prisão em flagrante.

Tal Tesfahun Aniou (fl. 06), testemunha em sede policial, declarou que “em razão de quando o navio inicio sua viagem partindo de Buenos Aires/ARG, ter sido alertado pelo chefe de segurança de que aquele grupo de 5 eslovenos com viagem de ida e volta para Buenos Aires era razoavelmente suspeito, o depoente submeteu esses dois eslovenos à rigorosa revista com detector de metais e inspeção por debaixo de suas vestes; QUE quando tocou no abdômen e nas costas dos referidos eslovenos sentiu um volume estranho, mandando então que os mesmos aguardassem em uma sala não utilizada naquele momento, ali mesmo no setor de desembarque; QUE logo em seguida, OREN AYALON, abordou outros três eslovenos e no esmo procedimento de revista notou os mesmos volumes presos aos corpos destes; QUE na revista mais apurada, a qual foi filmada pelas câmeras de segurança do navio, foram encontrados 26 tijolos e meio de substância que após testadas pelo KIT de teste de drogas do navio, deu positivo para cocaína”. (Sic - Grifou-se).

A oitiva de Oren Ayaalon (fl. 07), segunda testemunha em sede policial, corroborou, com segurança, o depoimento de Tal Tesfahun Aniou.

O agente de Polícia Federal condutor dos presos, Carlos André Monteiro Leal, afirmou que “estava no navio MSC MAGNIFICA efetuando o serviço de imigração, juntamente como Escrivão de Polícia Federal VALDEIR, quando foi avisado para ir a uma sala próxima ao gangway (setor de desembarque) porque havia sido pegos cinco cidadãos eslovenos trazendo drogas presas ao corpo para o navio; QUE quando chegou na sala, viu sobre uma mesa 27 (vinte e sete) pacotes de cocaína, conforme resultado do teste que lhe foi apresentado pelos oficiais de segurança do navio; QUE os cinco eslovenos que portavam a droga junto ao corpo já se encontravam separados numa outra sala, custodiados pela equipe de segurança do navio; QUE junto à equipe de segurança do navio e conforme folha de controle de saída e entrada (ASHORE AND ON BOARD TIMES), que ora apresenta para juntada aos autos, apurou que os cinco eslovenos haviam descido na cidade de Ilhabela por volta das 07:30 hs e retornaram por volta das 09:30 hs; QUE ao retornaram, os dois primeiros, que estavam na cabine 12.064, foram abordados pelos oficiais de segurança, que encontraram tijolos de cocaína presas ao corpo desses passageiros; QUE outros três eslovenos que chegaram alguns minutos depois, os quais estavam na cabine 9227, também foram revistados e neles foram encontrados diversos tijolos de cocaína presas ao corpo deles; QUE ante ao narrado e constatado pelo conduto, foi dada a voz de prisão e acionado o reforço de outros policiais da Delegacia para apoio;” (Grifou-se). Depoimento mantido em Juízo.

Ainda, afirmou a testemunha que a DPF teria que sido acionado pela agência marítima que haviam sido encontrados 2 eslovenos com droga, e na sequência mais outros 3 eslovenos teriam sido encontrados com droga. Nas salas internas do navio estariam separados os réus em uma sala e a droga em outra sala. Após teriam os réus sido conduzidos à Delegacia de Polícia Federal para lavratura do flagrante. (mídia digital juntada às fls. 413).

Levados à Delegacia de Polícia Federal, pela Autoridade Policial foi nomeado intérprete no idioma inglês para a realização dos interrogatórios.

O réu DRAGAN SVJETLANOVIC, em sede policial (fls. 08/09), indagado respondeu “que esbarrou numa pessoa e ela tinha para vender” (sobre como adquiriu a droga), “que não, mas como apareceu a oportunidade quis aproveitar” (se a finalidade da viagem era a compra da droga), “que seis” (sobre a quantidade de pacote de cocaína no corpo), “que comprou para uso próprio” (sobre para quem levava), “que pagou U\$ 30.000,00 (sobre quanto pagou)”, “que os três compraram a droga no mesmo lugar e da mesma pessoa” (sobre os três da cabine 9.227).

Em Juízo, relata que possui terceiro grau, profissão “chef” de cozinha, está desempregado há 2 anos, fazia alguns trabalhos e recebia em torno de 800 euros por mês. Não tem antecedentes criminais. Já esteve outra vez no Brasil em outubro de 2013 e por último quando foi preso nesta oportunidade.

Afirmou que conhecia os outros dois acusados que estavam hospedados na mesma cabine que ele, os réus Dragan Batic e Jaka Campa, tendo revelado que teria aceitado uma proposta por uma pessoa de nome “Guido” (italiano), para que viesse ao Brasil transportar pacotes em troca de dinheiro, tendo afirmado que sabia que se tratava de algo ilegal. Aduz que receberia o total de € 5.500,00 (cinco mil e quinhentos euros) para a realização do transporte da droga, tendo recebido € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros) adiantados, ou seja, antes de embarcar para o Brasil. Refere ao homem negro de nome Carlos, de origem latina, com quem teria mantido contato no Brasil para o transporte da droga, bem como à pessoa de nome Simone Maria Oliveira da Silva, contato que teria no Brasil.

Ainda, informa que na Argentina, com os réus Dragan Batic e Jaka Campa, embarcaram juntos para o Brasil, e que teria recebido a orientação de permanecer na cabine do navio após pegar a droga e adentrar na embarcação. (mídia digital juntada às fls. 413).

O réu JERNEJ CERAR GODEC, permaneceu em silêncio em sede policial quando indagado sobre a prática delitiva, exercendo direito constitucional (fl. 10).

Já em Juízo, afirmou que no voo entre Brasil e Argentina se encontrou com o réu Sebastijan Pipenbaher, com quem dividiu a cabine no navio. Relata que veio da Eslovênia para fazer o transporte da droga, em razão da aceitação da proposta de um homem conhecido por “Mazi”, da Alemanha, num bar na Eslovênia. Receberia a importância de € 3.000,00 (três mil euros) pelo transporte da droga, e descreveu todo o itinerário que fez para chegar ao Brasil, onde teria se hospedado no Hotel Ibis: da Eslovênia para a Sérvia, da Sérvia para Istambul (Turquia) e de Istambul para o Brasil. Ainda, informa que ao desembarcar em Ilhabela-SP entrou em um veículo Kombi, juntamente com Sebastijan, para prender a droga ao corpo, sendo que estariam sendo aguardados por um sujeito negro que os esperava para preparar a amarração da droga ao corpo. (mídia digital juntada às fls. 413).

SEBASTIJAN PIPENBAHER, indagado pela Autoridade policial declarou (fls. 12/13) que veio ao Brasil “pela possibilidade de ganhos em um trabalho”, que “não lhe foi especificado o que faria” e que foi uma pessoa na Eslovênia quem lhe fez a promessa de emprego “mas não sabe quem é”. Prosseguiu declarando que trazia em seu corpo “cinco e meio” tijolos de cocaína, não sabendo responder as outras perguntas efetuadas em relação ao valor do “serviço”, o dinheiro utilizado na transação, o local onde esconderia a droga, seu proprietário e o destino final.

Em Juízo, afirma que é metalúrgico, na Alemanha e Áustria, recebia cerca de 1000 euros por mês mas estava desempregado e contava com ajuda do país de 200 euros por mês, já tendo sido processado por briga na Eslovênia. Teria recebido uma proposta de um sujeito de nome Dominique que teria encontrado num bar, para o transporte de maquinário a partir do Brasil, sendo que para tanto receberia € 3.000 (três mil euros) por mês. Afirma que teria encontrado um homem negro juntamente com o réu Jernej, que teria conduzido a Kombi por

Ilhabela-SP para o réu fixar a droga ao corpo. (mídia digital juntada às fls. 413).

DRAGAN BATIC, respondeu as perguntas formuladas pela Autoridade Policial (fls. 14/15), declarando que veio ao Brasil da Eslovênia “para comprar cocaína”, juntamente com seus companheiros de cabine. Informou a data da chegada ao Brasil (07.02.2015) e seu roteiro até o embarque no cruzeiro marítimo, e que “comprou para si, para revendê-la em seu país”, indicando que trazia consigo cinco tijolos de cocaína, adquiridos por US\$ 25.000,00 (vinte cinco mil dólares), estimando o lucro visado em €\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros).

Em Juízo, afirma que teria recebido a droga em um bar para ser transportada, tendo também mantido contato com um indivíduo de nome “Carlos”, quem teria prendido a droga ao seu corpo. Relata que no bar estava com os outros réus Dragan Svjetlanovic e Jaka Campa, sendo que teriam todos prendido a droga ao corpo no interior de um banheiro do bar. Informa que um homem de nome “Fulvio” (italiano) teria feito a proposta para viajar ao Brasil para o transporte da droga, sendo que após ingressar com a droga no navio deveria esperar na cabine por outras orientações. (mídia digital juntada às fls. 413).

Por sua vez, JAKA CAMPA declarou perante a Autoridade Policial (fls. 16/17), que veio ao Brasil “a turismo”, e informou seu roteiro de viagem até o embarque. Reconheceu que trazia consigo 5 (cinco) tijolos de cocaína colados ao corpo, afirmando que estava acompanhado do correú Dragan Svjetlanovic no momento da aquisição da droga. Indagado sobre outros detalhes da prática delitiva, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Em Juízo, refere que teria recebido proposta de um esloveno conhecido por Matko para a realização de um trabalho no Brasil, em razão de uma dívida contraída por dificuldades financeiras, pela qual chegou a receber ameaças. Teria sido lhe oferecido € 8.000,00 (oito mil euros) ao total pelo serviço, sendo que ao chegar ao Brasil um homem lhe orientaria sobre o trabalho a ser realizado, tendo feito referência ao homem de nome Carlos. (mídia digital juntada às fls. 413).

Segundo parecer do MPF sobre a autoria dos réus:

Pois bem. Todos foram unânimes em dizer que não adquiriram o entorpecente que fora flagrado transportado junto aos corpos de cada acusado; disseram que em sede policial informaram que pagaram pelo entorpecente porque estavam nervosos, e que nunca tinham sido presos antes. Foram, dessa forma, cooptados por agentes criminosos que promovem o tráfico internacional de entorpecentes, os quais se aproveitam de pessoas em suposta situação de penúria financeira para propor-lhes esse tipo de atividade ilícita, perfazendo-as em verdadeiras “mulas” do tráfico, assim vulgarmente conhecidas por serem contratadas tão somente para fazer o transporte da droga.

De fato, cientes ou não de que viriam ao Brasil para o transporte de drogas, com o fim de promover o tráfico transnacional de entorpecentes, os acusados admitiram o ilícito praticado, e devem ser punidos por isso, eis que a materialidade e autoria delitivas estão sobejamente comprovadas nos autos, notadamente pelo laudo pericial realizado na substância ilícita e pelos depoimentos dos acusados em Juízo, corroborados pelas declarações da testemunha Carlos André, agente da Polícia Federal responsável pela condução da prisão em flagrante. (Grifou-se - Fl. 428).

Portanto, diante do conjunto probatório acostado aos autos, restou provada a autoria dos réus em relação à prática do crime de tráfico internacional de drogas.

C) - TIPICIDADE

A conduta dos acusados se subsume ao tipo penal previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº

11.343/2006, sob a rubrica de “tráfico de drogas”, assim redigido:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Anote-se que o dolo exigido pelo tipo é genérico, prescindindo-se de um especial fim de agir (STJ, REsp 281.937/RJ e REsp 846.481/MG).

Ademais, as circunstâncias do caso concreto indiciam de modo bastante claro o dolo e a vontade livre e consciente dos réus no sentido de cometerem o delito em questão.

II.2.2 – DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ART. 35 DA LEI Nº 11.343/2006

Prevê o art. 35, da Lei nº 11.343/2006, referente ao crime de associação para o tráfico:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

A partir dos elementos objetivos do tipo penal, para a caracterização do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (crime de associação para o tráfico) não se exige a prática reiterada de crimes (“praticar, reiteradamente OU NÃO”), contanto que haja a associação de duas ou mais pessoas no propósito do cometimento dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 da Lei nº 11.343/2006.

Considerando que os elementos de prova colhidos na fase judicial corroboram aqueles produzidos na fase de inquérito policial, formando, assim, um conjunto coerente e concatenado, apontando para a associação entre os réus para a realização do transporte da droga cocaína através de cruzeiro marítimo, com intuito comum de a partir de Ilhabela-SP levá-la à Europa, tem-se por caracterizada a autoria delitiva dos réus Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batić e Jaka Campa também em relação ao crime de associação para o tráfico internacional de drogas.

Inicialmente, extrai-se o seguinte teor do relatório da Autoridade Policial apresentado ao término da investigação, que conclui:

(...) os eslovenos foram contratados no exterior (possivelmente em seu país de origem) para viajarem ao Brasil, passando-se por turistas, com a finalidade de transportar para o interior do transatlântico a maior quantidade de droga possível, destinada à Europa. Trata-se de uma organização criminosa internacional haja vista o sofisticado esquema utilizado (...) (fl. 152

De fato, as circunstâncias do crime, tais como a ausência de surpresa ou resistência quando da apreensão da droga (mídia digital juntada à fl. 31), a declaração dos corréus em sede policial e em Juízo, em que apresentam versões um tanto em comum sobre o acontecimento dos fatos, com apenas breves disparidades, a respeito nome do contratante na Europa, a forma de contratação, o motivo da aceitação do trabalho ilícito (dificuldades financeiras), o valor a ser pago (€ 3.000,00), orientações de procedimento (estada no Hotel Ibis em São Paulo, viagem

aérea do Brasil até Buenos Aires/Argentina, após ingresso no cruzeiro com a droga aguardar na cabine), pessoa a ser mantido contato para fixação da droga ao corpo (Carlos, negro e latino) etc., evidenciam que todos tinham conhecimento em comum da empreitada criminoso de tráfico internacional de drogas, e que a ela aderiram de livre e espontânea vontade, assumindo os riscos da conduta delitiva de alto risco e elevada reprovabilidade.

O depoimento da testemunha de acusação Carlos André Monteiro Leal (mídia juntada às fl. 413) é seguro no sentido de que os réus teriam recebido a droga na cidade de Ilhabela-SP, não esboçaram qualquer surpresa e se mantiveram todos em silêncio quando da abordagem e prisão em flagrante no navio de cruzeiro, não tendo se debelado uns contra os outros quando os pacotes contendo cocaína foram localizados fixados a seus corpos.

Com efeito, evidencia-se a grande similaridade entre o modus operandi utilizado pelos réus para a consecução da empreitada criminoso, havendo inclusive identidade de origem (Eslovênia) e de destino (Europa) dos réus após eventual sucesso da prática criminoso, o que somente não veio a ocorrer em razão de terem sido frustrados em suas intenções pela ocorrência da prisão em conjunto em flagrante delito.

Assim, identificam-se elementos de conexão entre as práticas criminosas que devem ser consideradas para efeito da configuração do delito de associação para o tráfico de drogas do art. 35, da Lei nº 11.343/2006, visto que há provas concretas acerca de verdadeira sociedade sceleris constituída entre os réus, motivo pelo qual devem responder pela prática do crime de associação para fins de tráfico internacional de drogas.

Segundo interrogatórios em Juízo, teriam sido cooptados de forma muito semelhante na origem, Europa, para fins de se dar início aos atos de execução do tráfico internacional de drogas, ou seja, a partir de uma situação de dificuldade financeira pessoal teria mantido contato com uma pessoa em um bar, que teria oferecido o serviço de se buscar drogas no Brasil, sem maiores informações sobre a identidade da pessoa que teria encomendado o serviço, sua origem, características pessoais e forma como teriam a conhecido ou sobre quem teria a apresentado aos réus.

Os valores que seriam combinados com os réus pela prática criminoso são praticamente idênticos, em torno de € 3.000,00 (três mil euros), receberam as passagens na origem com todos os contatos já realizados no Brasil, e teriam recebido orientação idêntica no sentido de que uma pessoa manteria contato com os réus no Hotel Ibis em São Paulo (Carlos, negro latino), para, a partir de então, partirem para a Buenos Aires/Argentina a partir de Guarulhos-SP para receberem a droga em Ilhabela-SP, procedimento que teria ocorrido com todos os réus.

Ainda, os réus ingressaram no Brasil conjugados nas mesmas datas (Certidão de movimentos migratórios: Dragan Svjetlanovic e Jernej Cerar Godec em 06/03/2015 (fls. 32 e 33) e Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batić e Jaka Campa em 10/03/2015 (fls. 34/37)), teriam se distribuído em cabines no navio de cruzeiro, tendo sido dispostos 2 réus em uma cabine (Cabine 12064: Sebastijan Pipenbaher e Jernej Cerar Godec) e 3 réus em outra cabine (Cabine 9227: Dragan Svjetlanovic, Dragan Batić e Jaka Campa), de maneira que é nítida a circunstância de que tinham conhecimento prévio uns dos outros, inclusive com procedimentos idênticos sobre os procedimentos de deslocamento aéreo e marítimo para a prática do crime de tráfico internacional.

Em comum os réus possuem ainda as versões dos fatos no sentido de que, conforme interrogatórios em Juízo, são uníssomos em afirmar que não se conheciam previamente, teriam sido apresentados entre si ou no Hotel Ibis em SP ou no bar do navio de cruzeiro quando tomavam algo, sendo que, segundo afirmam, em momento algum teriam trocado informações sobre a

finalidade em comum da viagem que estavam realizando, apesar dos diversos elementos em comum (origem, destino, cabines do navio, finalidade, benefício econômico e *modus operandi*).

Faz-se possível ainda identificar o firme entrelaçamento de desígnios entre os réus na medida em que em sede policial praticamente todos os réus apresentaram versão em comum quanto à prática criminosa, no sentido de que teriam desembarcado em Ilhabela-SP com valores em espécie junto ao corpo e teriam adquirido a droga pessoalmente, enquanto em Juízo mudaram para a versão de que quando aceitaram realizar a empreitada criminosa ainda na Europa tudo já teriam sido todos os valores acertados para o recebimento da droga no Brasil, de maneira que não teriam trazido qualquer valor em espécie para a aquisição da droga, fato que inclusive negam em conjunto, afirmando que não compraram qualquer droga, apenas teriam recebido a droga sob encomenda de pessoa na Europa.

Por conseguinte, restou configurada a *societas sceleris* (ânimo associativo), a estabilidade e a permanência da associação mantida entre os réus durante a empreitada criminosa no propósito comum de praticarem o tráfico de drogas internacional com origem no Brasil e destino a Europa, com passagem aérea pela Argentina, impondo-se a tipificação do crime de associação para o tráfico.

Nesse sentido, os relevantes precedentes jurisprudenciais do Eg. Superior Tribunal de Justiça e do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA. ORIGEM DA DROGA: BOLÍVIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. SOCIETAS SCLERIS. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DE ALEXSANDRO E FABIANE DESPROVIDOS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE. MONITORAMENTO TELEFÔNICO. INDÍCIOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DE EDSON PROVIDO. (...) 2. Materialidade e autoria da associação para o tráfico internacional demonstradas. Interceptações telefônicas. Prisões em flagrante a partir dos dados do monitoramento. Confirmação de dados obtidos no monitoramento: identificação das pessoas envolvidas, de veículos, de deslocamentos. 3. Prova testemunhal. Corroboração da prova produzida na fase inquisitorial. 4. Atuação de Alexsandro e Fabiane em unidade de desígnios com Fernando Meira, tio de Fabiane. Relação além do parentesco demonstrada. Hierarquia e divisão de tarefas. Elementos desnecessários para configuração do crime. Esforço conjunto e necessário para garantir o fornecimento de drogas, a qualidade do entorpecente e a não interrupção da distribuição. 5. Acordo prévio, a estabilidade e o objetivo comum de garantir a manutenção do cometimento do tráfico por todos os três envolvidos: Fabiane, Alexsandro e Fernando Meira. Societas sceleris. Crime de associação para o tráfico comprovado. (...) (ACR 00082453720114036000, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/09/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO - TRANSNACIONAL PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO ATIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE INEQUÍVOCAS. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO. REPRIMENDA MINORADA. DIA-MULTA. CONCURSO. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO INDEVIDA (...) Art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (associação para o tráfico de drogas). Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade presentes. Demanda o artigo em análise que os agentes se reúnam para um determinado propósito, a saber: o cometimento, ainda que sem habitualidade, das figuras típicas descritas nos arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/06, com ajuste prévio e duradouro. *In casu*, não só há associação para o tráfico de drogas, mas associação que transborda as fronteiras nacionais, haja vista que os réus foram

flagrados com quase dois quilos de cocaína, grande quantidade de dinheiro e, ainda, em posse dos documentos acostados aos autos. Por óbvio, não se trata de um concurso eventual de agentes. Está claro, pelas provas produzidas nos autos, que os réus agiram com unidade de desígnios, associando-se para transportar a droga e o dinheiro apreendidos, sendo que, lastreando essa ação específica, existe uma estrutura criminosa, voltada ao tráfico, integrada por várias pessoas e com ramificações no exterior. A propósito: STJ, HC 153.316/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013 (ACR 00030407120084036181 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 36755, JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

A configuração do crime de associação para o tráfico exige a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006, sendo necessário que fique demonstrado o ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação de vínculo permanente e estável. (...) (STJ - HC 224.849-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/6/2013 - Informativo nº 0527 - Período: 9 de outubro de 2013)

Com efeito, apesar da pretensão da defesa de que os réus teriam agido como simples “mulas” do tráfico de drogas, deve se considerar que sua atuação é imprescindível para que o desiderato último da organização criminosa seja atingido, qual seja, a captação da droga boliviana no Brasil e seu transporte até a Europa, motivo pelo qual devem ser considerados como importantes integrantes organização criminosa, respondendo pela conduta descrita no art. 35, da Lei nº 11.343/2006, de associação para o tráfico.

Por oportuno, ressalta-se que este Juízo determinou a extração de cópia integral dos autos e instauração de procedimento autônomo para prosseguimento das investigações (fl. 211), em atendimento a requerimento da Autoridade Policial, a fim de identificar outros participantes da organização criminosa internacional e o “sofisticado esquema utilizado”, tendo ainda a autoridade policial referido que o alto volume de dinheiro utilizado (“US\$ 30.000,00 por cinco tablets”) não é transportado pela próprias mulas, “mas sim pago fora do Brasil, uma vez que a droga é procedente da Bolívia e destina-se à Europa”. (fls. 151/152).

II.2.3 – CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

A) – TRANSNACIONALIDADE DO DELITO – ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/2006 – CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Considerando o conjunto probatório construído nos autos, a natureza da substância entorpecente transportada pelos réus originários da Eslovênia/Europa, a comprovada procedência da droga cocaína da Bolívia, inclusive a partir de “selo” de qualidade “Made in Cochabamba” (fl. 142), a origem e o destino do cruzeiro marítimo na cidade de Buenos Aires/Argentina, bem como a grave circunstância de que o objetivo final era o transporte da droga até a Europa, passando-se pela Argentina, restou demonstrado estreme de dúvidas a transnacionalidade do delito a incidir a causa de aumento do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Oportuno destacar que, para a configuração da transnacionalidade, basta que o crime tenha sua execução iniciada ou terminada fora dos limites do nosso território, como no caso em questão, não se fazendo necessária a presença de qualquer outra circunstância para que se aplique ao agente da conduta ilícita a causa de aumento de pena prevista no inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Ao contrário do que pretende a defesa (fls. 436/460), o fato de a droga ter sido entregue aos réus em Ilhabela-SP não desqualifica a transnacionalidade do crime de tráfico de drogas

e associação para o tráfico, sobretudo considerando os sérios e diversos elementos que demonstram o caráter transfronteiriço da prática delitiva: réus eslovenos/europeus em trânsito pelo Brasil com propósito específico de transportar a droga até a Europa; cruzeiro marítimo com origem e destino na Argentina; utilização de transporte aéreo entre Brasil e Argentina para ingresso no cruzeiro marítimo e, tão grave quanto, origem da droga da Bolívia a partir da inscrição “Made in Cochabamba” em tijolos de cocaína.

Desta forma, deve ser reconhecida a transnacionalidade do delito, e aplicada a referida causa de aumento de pena do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

B) UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO - CAUSA DE AUMENTO – ART. 40, INC. III, DA 11.343/2006

Dispõe o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, sobre a causa de aumento por utilização de transporte público:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Os réus foram surpreendidos com droga transportada em seus corpos, pelos oficiais de segurança do navio MSC Magnifica, ao ingressarem no cruzeiro após descida na cidade de Ilhabela/SP, local onde a droga foi adquirida.

Para se chegar a Buenos Aires/Argentina com a droga, com destino final a Europa, tornou-se necessário o trânsito do entorpecente utilizando-se transporte público, no caso um navio de cruzeiro internacional.

Por conseguinte, diante da previsão legal de causa de aumento de pena em razão da utilização de transporte público para o cometimento do crime de tráfico de drogas em associação (“a infração tiver sido cometida... em transportes públicos;”), não tem sentido o julgador inserir termos no tipo penal que nele não foram incluídos pelo legislador, sendo vedado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

Na medida em que a prática do crime de tráfico internacional foi deflagrada em transporte público, ou seja, em navio de cruzeiro embarcado pelos réus, deve incidir a causa de aumento de pena de ter o crime sido cometido em transporte público, ainda que, em tese, a finalidade não fosse comercializar a droga dentro da embarcação, hipótese que, pelos elementos dos autos, também não pode ser de todo afastada.

Com efeito, fundamento mais que relevante para a aplicação da causa de aumento de pena de transporte público reside no fato de que os réus, todos estrangeiros originários da Eslovênia/Europa, ingressaram no Brasil em tempo razoável antes da conduta delitiva em 12/03/2015 (Certidão de movimentos migratórios: Dragan Svjetlanovic e Jernej Cerar Godec em 06/03/2015 (fls. 32 e 33) e Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batić e Jaka Campa em 10/03/2015 (fls. 34/37)), chegaram a ter que se deslocar de São Paulo até Buenos Aires/Argentina por via aérea, justamente para ingressarem no navio de cruzeiro MSC Magnífica que tinha origem e destino na Argentina, com desembarques pelo litoral brasileiro, para a prática do delito de

tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico quando da parada em Ilhabela-SP através do uso da embarcação.

Portanto, na hipótese em tela a utilização do transporte público navio de cruzeiro se deu com o objetivo de os réus se aproveitarem da aglomeração de pessoas e da fragilidade dos meios de fiscalização policial e alfandegário no propósito de se passarem despercebidos, para a garantia do êxito da empreitada criminosa tão combatida e fiscalizada nas fronteiras secas do território nacional.

Sobre a aplicação da causa de aumento transporte público independente da distribuição da droga na embarcação, relevante precedente jurisprudencial do Eg. STJ:

TRÁFICO. DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. MAJORANTE. ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/2006. Na espécie, a paciente foi surpreendida ao transportar seis quilos de maconha dentro de um ônibus intermunicipal. O tribunal a quo fixou a pena-base no mínimo legal e reconheceu a causa de aumento da pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, tornando-a definitiva em seis anos e oito meses de reclusão a ser inicialmente cumprida em regime fechado. A Turma denegou a ordem apoiada em remansosa jurisprudência, afirmando que a causa do aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 incide quando o agente utiliza transporte público com grandes aglomerações de pessoas no intuito de passar despercebido, tornando a traficância mais fácil e ágil. Para a incidência da referida norma, basta o simples uso daquele tipo de transporte, independentemente da distribuição da droga naquele local, sendo irrelevante se o paciente ofereceu ou tentou disponibilizar a substância para outros passageiros. Precedentes citados: HC 116.051-MS, DJe 3/5/2010, e HC 119.635-MS, DJe 15/12/2009. (STJ - HC 199.417-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), julgado em 24/5/2011 - Sexta Turma - Informativo nº 0474 - Período: 23 a 27 de maio de 2011 – Grifou-se).

Por conseguinte, ao contrário do que sustenta a defesa (fls. 444 e 452), impõe-se a aplicação da causa de aumento de pena de prática do crime de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico mediante o uso de transporte público, visto que a utilização da embarcação navio de cruzeiro não se deu de forma aleatória e eventual, mas com propósito específico de se evadir das autoridades policiais e alfandegárias das fronteiras territoriais, exigindo-se reprovação compatível com a ousadia empregada pelos réus, que expuseram todos os demais passageiros e tripulantes a risco à saúde, à integridade física e à vida, sobretudo em caso de comércio e consumo da droga, ou mesmo de emprego de fuga pelos réus.

III – DOSIMETRIA DA PENA

Consagrado no Código Penal o critério trifásico para o cálculo da pena (art. 68), início pela fixação da pena-base (primeira fase), considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, atento ao preceito secundário do tipo penal do crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, que prevê a pena de reclusão de 5 a 15 anos, e multa.

III.1 – RÉU: DRAGAN SVJETLANOVIC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso), bem com a partir da Embaixada da Eslovênia no Brasil (fls. 416/417 e 430/432) demonstram que o acusado Dragan Svjetlanovic nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros

subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (6 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Dragan Svjetlanovic confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitada, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de:) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

III.2 – RÉU: JERNEJ CERAR GODEC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Jernej Cerar Godec nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg aproximadamente) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Jernej Cerar Godec permaneceu em silêncio em sede policial mas confessou em Juízo, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitadas, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de: i) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do

salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

III.3 – RÉU: SEBASTIJAN PIPENBAHER

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Sebastijan Pipenbaher nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5,5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Sebastijan Pipenbaher confirmou em Juízo a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitadas, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3

(um terço) - alcançando o montante de:) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

III.4 – RÉU: DRAGAN BATIC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Dragan Batic nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei

nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Dragan Batic confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitada, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de:) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

III.5 – RÉU: JAKA CAMPA

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Jaka Campa

nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo as penas-base da seguinte forma: i) 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 3 (três) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Jaka Campa confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitadas, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de:) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação

expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

IV - DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido constante da denúncia para:

CONDENAR o réu DRAGAN SVJETLANOVIC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu JERNEJ CERAR GODEC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu SEBASTIJAN PIPENBAHER, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu DRAGAN BATIC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação, e

CONDENAR o réu JAKA CAMPA, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação.

Em virtude das razões expostas na fundamentação, fica afastada a possibilidade de os réus apelarem em liberdade, devendo ser mantidos presos.

Determino à Secretaria a imediata expedição de guia de execução provisória em favor dos réus condenados.

Quando da intimação pessoal acerca do teor da presente sentença, atente-se a Secretaria para que os réus sejam intimados acerca do direito de recorrerem do julgamento..

Custas pelos condenados, observado o teor da decisão de fls. 272/273-verso que deferiu os benefícios da Justiça gratuita.

Transitando em julgado a sentença: a) inscreva-se o nome dos condenados no rol dos culpados; b) oficie-se ao Ministério da Justiça nos termos do artigo 68 da Lei nº 6.815/1980; e c) oficie-se à Justiça Eleitoral, para os fins do art. 15, inciso III, da Constituição da República, e aos órgãos competentes para fins de estatística e antecedentes criminais.

Comunique-se à Embaixada do Estado da Eslovênia no Brasil, com o inteiro teor desta sentença.

Comunique-se ao Ministério da Justiça, com o inteiro teor desta sentença, para os fins do art. 68, do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980).

Comunique-se ao Instituto Caritas, em São Paulo-SP, para que preste informações sobre a expedição de documentos em favor dos réus presos estrangeiros.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 02 de setembro de 2015.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

MANDADO DE SEGURANÇA**0000697-14.2015.4.03.6131**

Impetrante: RENAN LUCAS POLLO

Impetrado: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA - MEC E FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de mandado de segurança impetrado RENAN LUCAS POLLO, estudante do 7º semestre do curso de Direito da FACULDADE MARECHAL RONDON – FMR, em face do MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA – MEC e do FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, visando obter ordem que lhe permita acessar o programa de financiamento estudantil superior do Governo Federal, o FIES. Aduz a vestibular que, após diversas tentativas envidadas nesse sentido, não obteve êxito, já que o procedimento informatizado disponibilizado aos interessados o impede de continuar com o procedimento. Após justificar o cabimento da impetração e a legitimidade dos requeridos para responder aos termos do *mandamus*, pede a concessão da segurança para assegurar ao impetrante o direito de se inscrever no sistema FIES, dada a relevância dos fundamentos fáticos e jurídicos que arrola. Junta documentos às fls. 12/21.

Medida liminar parcialmente deferida pela decisão que consta de fls. 24/26-vº. Tal decisão foi arrostada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, aqui comunicado (art. 526 do CPC) às fls. 53, com cópias às fls. 54/56-vº. Em face da mesma decisão, consta comunicação da interposição de agravo (fls. 106/vº), modalidade instrumento, intentado pela UNIÃO FEDERAL, com cópias às fls. 107/116. Consoante se colhe do expediente juntado aos autos às fls. 160/161, o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, não agregou efeito *suspensivo* a tais recursos.

Às fls. 49/50-vº, com documentos às fls. 51/52-vº constam informações prestadas pelo Presidente do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação – FNDE.

Por meio da manifestação de fls. 60/67, a UNIÃO FEDERAL atravessa petição nos autos, em que, em suma, requer a sua integração ao feito (fls. 67 – item ‘d’), sustenta a incorreção na indicação da autoridade coatora, requerendo se determine ao impetrante que a emende; e, quanto ao mérito, que seja denegada a segurança, ao fundamento, em suma, de que inexistente direito adquirido do impetrante a ser agregado ao Programa FIES. Junta documentos às fls. 68/116.

Capeados pela petição de fls. 120-vº, a UNIÃO FEDERAL oferece documentos às fls. 121/137.

Parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL às fls. 141/145, pela extinção do processo sem apreciação do mérito, ou, quando não, pela denegação da ordem.

Manifestação do FNDE às fls. 148/149, com documentos às fls. 150/153-vº.

Manifestação da UNIÃO FEDERAL às fls. 154/156, com documentos às fls. 157/159.

Cota do impetrante às fls. 164/166 e da União Federal às fls. 167/171.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, manifesto o interesse da pessoa política (União Federal), de ser acatado seu pleito para intervir no presente feito (cf. fls. 67, item 'd'), no que ambas as entidades que aqui figuram como acionadas se vinculam à Administração Federal, quer no que tange à Administração Direta (Ministério da Educação e Cultura – MEC), quer no que respeita à Indireta (FNDE). Por outro lado, os autos versam questão atinente à implementação de políticas públicas de financiamento à educação, evidente o interesse federal a justificar a sua intercessão na lide mandamental (art. 23, V da CF). Daí porque, nos termos do art. 24 da Lei nº 12.016/09 c.c. art. 54 do CPC, *admito* a intervenção da União Federal no feito, na qualidade de *assistente litisconsorcial*. *Anote-se.*

Bem por esta razão, mostra-se totalmente desprovida a manifestação da União Federal de fls. 154/156, em parte repetida pela de fls. 167/vº, em que esta entidade vem postular a sua exclusão do pólo passivo da demanda, em razão de sua ilegitimidade passiva. Observe-se, numa primeira plana, que a União Federal não consta dos autos como parte passiva. O que ocorre é que esta pessoa política engajou-se na lide a partir de requerimento formulado por ela própria (cf. fls. 67, item 'd'), o que se deu na condição de litisconsorte passiva, e não de parte. Por tal razão, em função de manifesta impertinência, indefiro os pedidos de exclusão da União da lide aduzidos nos requerimentos de fls. 154/156 e 167/vº.

Ainda a guisa de preliminar, insta consignar que as especificidades do caso concreto não apenas permitem, bem como recomendam que a impetração da presente ação mandamental seja aceita da forma como proposta na vestibular.

Observe-se, no ponto, que a impetração revolve o direito do estudante de adesão ao Programa de Financiamento Educacional – FIES, programa governamental que, fato notório, é disponibilizado pelas autoridades do Ministério da Educação a todos os interessados do País por meio de uma plataforma digital, acessada através de sistema eletrônico de computadores ligados à *internet*.

O indeferimento, ou pelo menos, a negativa de acesso a esse financiamento, no caso dos autos, também se veiculou dessa forma. A própria leitura dos termos em que vazada a decisão liminar, deixa bem claro – em excerto com o qual, diga-se de passagem, várias autoridades administrativas que intervieram nesse processo se mostraram concordes (cf., em especial, manifestação de fls. 153, item [5]) – que a sequência dos atos de preenchimento dos formulários *on line* disponibilizados pelo sistema informatizado sequer permitiam, àquela época, concluir tivesse mesmo ocorrido um indeferimento da pretensão do ora impetrante. Em outras palavras, não houve, no caso específico aqui em discussão, um ato administrativo claro, particular, devidamente identificado que permitisse, com a acuidade e a precisão que pretende a manifestação da União Federal (fls. 60/67), a exata indicação da autoridade coatora.

O impetrante não sabe, tampouco tem condições de isolar quem é a exata autoridade que praticou o ato de que se lastima na inicial, configurando um excessivo e desarrazoado formalismo, uma superafetação destituída de qualquer conteúdo exigir da parte que vê o seu acesso a um pleito a que acredita ter direito coartado pelo 'travamento' de um programa de computador, a indicação precisa de quem seja a autoridade coatora. Ou, por outra, determinar-lhe que impetre a segurança na Capital Federal, junto ao STJ, em face do Ministro da Educação. Fosse o caso, estar-se-ia a prestigiar formalismos e burocracias irracionais e despidas de qualquer fundamento, que tem endereço certo, único e bem determinado: a frustração da implementa-

ção dos direitos e garantias individuais do cidadão. Novos tempos, novas tecnologias, exigem adaptação inovadora dos intérpretes do Direito, para que situações concretas não se percam ante um cipoal burocrático normativo, do qual o cidadão não tem como se desvencilhar.

Tanto mais quando – como no caso – a indicação do pólo passivo do *mandamus* surtiu efeitos concretos, tangíveis, no que as impetradas aqui indicadas manearam, cada qual no âmbito interno de suas atribuições, levar o caso ao conhecimento dos técnicos encarregados da análise da questão do impetrante, e, bem por isso, tiveram condições de comparecer a juízo de sorte a oferecer as suas razões de impugnação, aperfeiçoando o contraditório pelo mérito da *res in judicio deducta*, de molde a cumprir o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. E tanto esta asserção é verdadeira, que as partes ofereceram recurso da decisão que deferiu parcialmente a medida liminar (agravo), para, em derradeira, comparecer aos autos informando o seu cumprimento (cf. fls. 167/vº). Prova mais do que suficiente, portanto, de que o endereçamento da petição inicial foi eficaz, não apenas porque as impetradas manearam um forma de reverter, mesmo que parcialmente, o ato impugnado, bem como porque, a partir dele, foram capazes de trazer às barras do Poder Judiciário as suas razões de defesa.

Remete a questão, em boa verdade, à conhecida *teoria da encampação*, segundo a qual, contestando a impetração pelo seu mérito, e desde que ausente hipótese de usurpação de atribuição administrativa – do que, *in casu*, não se cogita –, a autoridade encampa a prática do ato inquinado, revelando-se cabível, em face dela, a impetração. Largamente admitida pela jurisprudência, o precedente arrolado na sequência é do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SÚMULA 7/STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SECRETÁRIO DE ESTADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES.

1. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
 2. Se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo argüido a sua ilegitimidade, assumir a coatoria do ato, defendendo-o ao prestar informações, por economia processual, deve se aplicar a Teoria da Encampação, continuando-se no julgamento de mérito do writ. Precedentes desta Corte.
 3. Hipótese dos autos cujas circunstâncias autorizam aplicar a Teoria da Encampação.
 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido” (grifos nossos).
- [RESP 200401820790 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 714586, Rel. Min. ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ DATA:19/12/2005, p. 358]

Por tais razões, é que tenho que deva ser aceita a impetração do *mandamus* exatamente da forma como proposta pelo impetrante. Com tais considerações, *rejeito* as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* dos impetrados.

Entrementes, considere-se que, a despeito de aparentemente cumprida a liminar, entendo que remanesça interesse processual para o prosseguimento desse *writ of mandamus*, na medida em que – segundo conta das informações do impetrante (fls. 164) – embora o procedimento para adesão ao programa tenha se aperfeiçoado sem o impeditivo antes aqui mencionado (aviso 524), não há como asseverar, até o momento, esteja o impetrante efetivamente incluído no financiamento, pelos motivos que ali constam.

Por outro lado, de se mencionar que, na linha, aliás, do que já ponderava por ocasião da apreciação da medida liminar, carece o proponente de interesse de agir para a discussão acerca da conformidade constitucional da Portaria Normativa/ MEC nº 21, de 26/12/2014, no que respeita à instituição (e seu respectivo espectro de vigência) de novos requisitos para a

percepção do financiamento aqui em tela, a saber (art. 19):

* a exigência de pontuação mínima no exame do ENEM igual ou superior a 450 pontos (inciso I);

* nota diferente de zero na redação (inciso II).

E isto pela razão simples, mas suficiente, de que o impetrante demonstra desempenho que os satisfaz, integralmente, na linha do que demonstram os documentos de fls. 17/18 destes autos (média de 454,83 pontos, e 425,00 pontos na redação no ENEM 2010). Ora, por certo que, atendendo aos requisitos dispostos administrativamente, o impetrante não ostenta interesse processual para discutir, em abstrato, a compatibilidade vertical dessas normas administrativas, de vez que, ao que tudo está a indicar, não é esse o empecilho a que a autoridade impetrada lhe reconheça o direito de acesso ao benefício por ele pleiteado.

Com estas considerações preliminares devidamente assentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento.

Neste aspecto, obtempero que o evoluir dos fatos passados no curso da presente impetração, bem assim o simples acompanhamento da situação atual desse programa de financiamento estudantil no País, permite a conclusão, sem sombra de dúvida, de que os fatos lastimados pelo impetrante em sua inicial realmente ocorreram em razão do exaurimento – ainda que momentâneo – dos recursos orçamentários destinados ao financiamento do Programa. Fato que, além de notório, largamente difundido pelos meios de comunicação de massa, está abertamente admitido pelas entidades aqui acionadas, sendo de se colacionar, nesse particular, a substancial manifestação da Douta Advocacia-Geral da União, que, reflete o comprometimento orçamentário da pasta da Educação com o tema (conforme, em especial, o histórico que consta de fls. 64/67).

E, em sendo essa a situação, força é concluir, com a exordial, que há, sim, efetivo coarctamento indevido de direito subjetivo do requerente a aquilatar por meio dessa via, já que a vicissitude decorrente do esgotamento dos recursos previstos para o programa não pode levar à exclusão de candidato que, como tantos outros que o acessaram no mesmo exercício, cumpria os requisitos exigidos para tanto (*isonomia*). A hipótese pede não a exclusão de candidato que tenha demonstrado o adimplemento dos requisitos necessários, mas sim, que as autoridades responsáveis busquem a devida complementação do orçamento, na medida em que, como já acentuei alhures, segundo se deduz das normas de regência do Programa, *não existe um número máximo, prévio e pré-determinado* para as vagas do financiamento.

Neste particular, por sinal, insta salientar que, mui diversamente do que sustenta a União Federal em suas intervenções nestes autos, os limites de crédito a que alude o *art. 3º, § 3º da Lei nº 10.260/01*, se referem aos montantes de operação das entidades financeiras, mas não podem impedir a concessão do empréstimo ao discente, porque os requisitos únicos necessários para a obtenção da benesse são aqueles que já se mencionou: obtenção de nota mínima no ENEM e nota diversa de zero na avaliação de redação.

Evidentemente que a espiral catastrófica de comprometimento orçamentário com as obrigações desse programa é o resultado – previsível, diga-se – da adoção de políticas públicas governamentais convictamente expansionistas nessa área, e que nunca demonstrou qualquer pejo com a eventual contenção de gastos a serem realizados neste mister. Por este motivo mesmo é que não pode a autoridade pública, agora, se homiziar sob o pálio desse argumento

para negar o acesso ao benefício ao cidadão que demonstre cumprir todos os requisitos por ela impostos a tanto. Fosse o argumento válido, v.g., a Previdência Social também poderia, com base no conhecido desencontro de contas que assola o Regime Geral desde tempos imemoriais, simplesmente se negar a implementar benefícios àqueles que demonstrassem haver adquirido o direito, à conta de que inexistem recursos orçamentários atuais disponíveis.

Claramente insubsistente a escusa, sob pena de se infundir uma redução sobre a carga coercitiva que é inerente a qualquer norma jurídica à categoria eficaz de simples admoestação ou à pífia envergadura de um mero conselho moral, que o obrigado cumpre se quiser, se ostentar disponibilidade para tanto. Talvez não seja necessário, para construir essa noção, recorrer à doutrina de HANS KELSEN, a ressaltar que é sobre a característica de *coercibilidade* do arcabouço jurídico, que repousa a ideia central do Direito como *ordem social coativa*, que, diferentemente das demais, ostenta o seu fundamento sobre a imposição de sanções socialmente imanentes e organizadas. O convite a ouvir o Mestre é uma exortação à reflexão:

Neste sentido, as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um acto de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Quer isto dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um acto coactivo como sanção. As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação ou desaprovação – socialmente organizadas.

[Teoria Pura do Direito, 6ª Ed., trad. Dr. João Baptista Machado, Armênio Amado Editora: Coimbra, 1984, p. 60].

Para mais adiante, concluir o Antigo Professor das Universidades de Viena e Colónia:

Como ordem coactiva, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coacção, isto é, a circunstância de que o acto estatuído pela ordem como consequência de uma situação de facto considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.

[Op. cit., pp. 61-62].

Obviamente que não se está, com isso, a advogar a tese de que a Administração Pública não possa, na discriminação dos requisitos para o acesso a programas oficiais, estabelecer critérios mais rígidos e mais estritos, de forma a extrair mais qualidade do investimento público, a partir de uma seleção mais aprimorada dos seus beneficiários. Pelo contrário. A gestão responsável e consequente das contas públicas tende mesmo a apontar nessa direção.

O que, entretanto, se mostra inadmissível, e é esse o sentido da linha de pensamento que orienta essa decisão, é, em face da pré-existência de requisitos, por assim dizer, mais frouxos, ou critérios mais complacentes – o que, à evidência, aumenta muito o número de potenciais beneficiários dos programas públicos – negar a sua execução, ao fundamento de que não mais subsistem recursos orçamentários disponíveis. Porque, por óbvio, esta situação denota erro de planejamento administrativo na gestão dos programas de governo, que deveriam ter sido corretamente estimados para o atendimento da demanda projetada. A falta ou falha no planejamento da execução da ação pública enseja a correção pela via jurisdicional, presente hipótese de violação a direito líquido e certo do proponente.

Em remate, ainda cumpre assinalar que o impetrante perfaz todos os requisitos necessários à percepção do financiamento aqui em testilha, na medida em que demonstra o adimplemento de todas as notas mínimas necessárias a tanto, segundo as normas atualmente vigentes. Por outro lado, no que concerne à instituição educacional de que aqui se cuida, não se demonstra – nem sequer se cogita disso nas defesas das entidades públicas – que esteja impedida de receber os recursos do programa, razão pela qual ao impetrante deve ser assegurado o deferimento do financiamento estudantil por ele pretendido, o que ora se determina.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial contido no writ, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 269, I do CPC. Nessa conformidade, CONCEDO A ORDEM, para a finalidade de determinar às entidades impetradas que incluam o impetrante junto ao Programa de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, implementando, em favor dele, o financiamento correlato.

Custas processuais indevidas, tendo em vista que o feito tramitou sob os auspícios da Assistência Judiciária. Sem honorários, na conformidade das Súmulas nº 512 do STF e n.105 do STJ.

Sujeito a reexame necessário (art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09).

Comunique-se às impetradas, e à litisconsorte passiva, por *ofício*.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Ao SUDP para a complementação da autuação.

Sem prejuízo, oficie-se ao (à) Exmo(a). Sr(a). Desembargador(a) Federal Relator(a) dos agravos aqui mencionados, cientificando-o(a) da presente decisão.

P.R.I.

Botucatu, ____ de setembro de 2015.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0000989-98.2016.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

Vistos etc.

1) *RELATÓRIO*

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO, na qual postula, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, seja determinado à ré:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, diretamente à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao *SCEDV – Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado, que forneça aos policiais federais da DEAIN, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

Estima, por ora, em dezesseis o número de senhas necessárias para atendimento dos pedidos dos itens “A” e “B”.

Requer a cominação de multa diária no valor de mil reais, em prol do Fundo de Direitos Difusos.

À fl. 28 foi determinada a intimação do representante judicial da União para se manifestar, em 72 horas, a respeito dos pedidos liminares, além de esclarecimentos.

Às fls. 33/39, a União juntou manifestação e arguiu em preliminar: falta de interesse de agir decorrente do não esgotamento do prazo concedido pelo MPF em sua recomendação ao MRE, e do fato de ter o MRE sinalizado a possibilidade de atender à recomendação do MPF; impossibilidade jurídica do pedido ante seu nítido caráter administrativo-discrecional. No mérito, sustentou a ausência de *fumus boni iuris* a despeito de o MRE “ter sinalizado que irá adotar as medidas sugeridas e recomendadas pelo MPF(...)”, bem como, a ausência do *periculum in mora* e do *periculum in mora* inverso, uma vez que os sistemas de controle migratório e segurança aeroportuários vêm funcionando satisfatoriamente e as Olimpíadas do RIO2016 caracterizaria o *periculum in mora* inverso a justificar a não concessão da antecipação da tutela porque “a implantação às pressas de qualquer alteração neste momento representaria, isso sim, um risco para os serviços de controle migratório.”

Breve relatório. *DECIDO*.

2) *FUNDAMENTAÇÃO*

2.1) DAS PRELIMINARES

Evidente que a teoria clássica, haurida sob a égide da teorização de Enrico Tullio Liebman, para quem a ação é um direito ao processo e a um julgamento de mérito, foi de fato agasalhada pelo nosso ordenamento jurídico, tendo como expoente Alfredo Buzaid, que, como idealizador do Código de Processo Civil de 1973, trasladou para nosso Código Processual a sistemática criada pelo jurista italiano.

Claro que, até hoje, as condições da ação são levadas em consideração para efeito de, uma vez acolhidas, extinguir o feito sem resolução de mérito. Contudo, adotá-la na sua inteireza pode gerar situações discrepantes. Isso porque “como se pode diferenciar o conhecimento das condições da ação da análise do mérito? Os dois se confundem, ou são categorias processuais que apresentam funções diferentes e técnicas distintas de análise em face de sua pertinência com o direito material? O juiz extinguirá o processo com ou sem análise de mérito” (Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Podivm, 3. ed./2013, p 221). Ou seja, a teoria clássica, adotada pelo CPC, não responde a muitas indagações.

De qualquer sorte, à luz da teoria da asserção ou *prospettazione*, o juiz, diante do caso submetido à sua apreciação, deve indagar: “O tema narrado na exordial, analisado em perspectiva presumivelmente verdadeira, preenche as condições da ação?” Se a resposta for afirmativa, o processo prossegue em seus ulteriores termos, culminando com uma sentença de mérito, nos termos do artigo 269 do CPC, não sendo mais possível acolher eventual preliminar suscitada.

O interesse de agir, segundo lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “é representado pela necessidade/utilidade/adequação do acesso ao Judiciário a fim de tornar efetivo aquele interesse material” (*in Ação Popular*. 5. ed. SP: RT, 2003. p.136.).

Ora, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”, de modo que o acesso à tutela jurisdicional não está condicionado ao esgotamento da via administrativa.

Neste sentido:

JUDICIÁRIO - ACESSO - ALCANCE. A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do artigo 5. da Carta da Republica. (RE 172084, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 03-03-1995 PP-04111 EMENT VOL-01777-03 PP-00468)

Assim, com fulcro nas considerações acima expedidas, rejeito a preliminar sustentada pela União de ausência de interesse de agir, visto que, existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, ressalta-se que essa condição da ação “compreende a verificação de que, no ordenamento jurídico (abstratamente considerado), não há vedação expressa à demanda formulada. Em outras palavras, dizer que uma demanda é possível juridicamente significa analisar e concluir que não há proibição expressa no ordenamento jurídico da solicitação formulada.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. SP: RT, 2008, p. 138.), daí também não prosperar a alegação da ré.

O tema do controle judicial dos atos administrativos será devidamente analisado no tópico 2.3.1.

2.2) MEDIDA LIMINAR

2.2.1) *Dos requisitos da medida de urgência*

Para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é necessária a demonstração da verossimilhança da alegação, com base na prova inequívoca do direito da parte autora, somada à indispensável presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme dicção do art. 273, I, do CPC.

Quanto ao primeiro requisito, é oportuno trazer à colação o ensinamento do Ministro Teori Albino Zavascki:

Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrições a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O “*fumus boni iuris*” deverá estar especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. (Antecipação da Tutela, 2ª ed., SP: Saraiva, 1999, p. 75-76).

A exegese do requisito do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser feita tendo como norte as hipóteses de efetivo dano somado ao conceito de urgência na prestação jurisdicional. Nesse sentido, leciona o eminente Ministro do Pretório Excelso:

(...) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação de tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade antes mencionado. (ZAVASCKI, *Idem*, p. 77).

Com efeito, no caso em tela a concessão da tutela antecipada, além da prova inequívoca do alegado (do que deriva a verossimilhança), exige a comprovação do perigo da demora nos termos acima mencionados.

Não se pode olvidar, a concessão de liminar em ações civis públicas encontra, ainda, respaldo no art. 12 da Lei nº 7.347/85.

2.3) DO CASO CONCRETO

2.3.1) *Prelúdio*

Sobre a Segurança Pública, no paradigma do Estado Democrático de Direito, leciona José Afonso da Silva:

é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que “se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais” e a de que, dada “a amplitude da missão e manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população”, o que requer a adoção de outro princípio ali firmado de acordo com o qual é preciso “adequar

a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência a preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social.” (in Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. SP: Malheiros, 1999. p. 753.)

A Constituição Federal de 1988 trouxe o direito à segurança no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 5º 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, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) **Negritos nossos.**

Enquanto direito fundamental de segunda geração, o direito à segurança exige uma postura positiva e ativa do Estado perante o cidadão.

Sobre os direitos às prestações positivas, basilar a lição de Ferreira Mendes & Gonet Branco:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (in Curso de Direito Constitucional. 6. ed.SP: Saraiva, 2011. p. 676.)

A dicção do texto de outubro, aliada às lições magistrais dos constitucionalistas alhures citados, não deixam dúvidas que a Segurança Pública é direito-dever de cada cidadão brasileiro, bem como, dever constitucional do Estado brasileiro.

Nesta esteira, em razão do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual o ápice do ordenamento jurídico é a Magna Carta, cujas disposições todos se submetem, inclusive o próprio Estado, mister entender a função conferida à Polícia Federal pela Constituição Federal de 1988 no contexto do direito fundamental à segurança.

CAPÍTULO III

DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º *A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - *prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*

III - *exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

(...) **Negritos nossos.**

Por sua vez a Lei nº 9.266/96 dispõe que:

Art. 20-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.047, de 2014)

Destaca-se, para fins de análise do caso em tela, que a Polícia Federal no contexto da segurança pública delineada pelo constituinte de outubro, tem como atribuições institucionais a prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, contrabando, descaminho, bem como o exercício da função de polícia de fronteiras.

Lado outro, releva analisar o sistema de entrada de estrangeiro em território nacional e suas formas de controle, também tendo como norte o direito fundamental à segurança.

Segundo esclarece Yussef Said Cahali:

No sistema do direito brasileiro, a possibilidade de acesso do estrangeiro no território é de direito constitucional, mas com reserva das normas a serem observadas para a sua admissibilidade e permanência no País.

(...)

Mas além de frustrado este vaticínio pessimista depois de duas décadas de restauração do regime democrático, não se pode negar ao Estado legitimidade para, sem interditar a entrada de estrangeiros, estabelecer ressalvas que justifiquem precauções e providências preventivas, “aconselhadas por considerações de ordem pública, de segurança nacional, pontos esses entregues à exclusiva decisão do Estado, que as emprega, sem possibilidade de interferência estranha”.

Este entendimento insere-se na tradição do nosso direito, e a prática internacional dos dias atuais o consagrou definitivamente, pois, conforme assinala Fauchille, um Estado tem o direito de sobreviver, e, como consequência, o direito de defender a vida e honra de seus nacionais, e a segurança de suas instituições, podendo, assim, não admitir o ingresso daqueles que, em

razão de sua conduta pessoal e antecedentes comprometedores, possam causar inquietude social, enfim daqueles que pretendem ou podem introduzir no país doutrinas corruptas ou anárquicas.

E, desde que os “interesses nacionais” se inserem como pressuposto necessário da admissibilidade do estrangeiro pelo Estado contemporâneo, sendo utópica a pretensão de um universo sem fronteiras, o resguardo daqueles interesses haveria de ser observado, mesmo se os arts. 1º e 3º tivessem silenciado a respeito.

A seu turno, o art. 2º cuidou apenas de explicitar, segundo uma escala de valores que terá inspirado o legislador ordinário, os interesses nacionais priorizados que deverão ser observados na aplicação do Estatuto do Estrangeiro: segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, socioeconômicos e culturais brasileiros, e defesa do trabalhador nacional. Trata-se de padrões de vida comunitária, que integram a categoria dos chamados *standards* jurídicos, e que se consubstanciam como os elementos fáticos ministrados pelas circunstâncias e pelo momento histórico de aplicação da norma genérica, sem que seja exigível do legislador minudenciar ou enumerar os requisitos de cada um desses conceitos. (in Estatuto do Estrangeiro. 2. ed. SP: RT, 2010. P.74-75.)

O “visto” é um documento público expedido pelo Estado para o qual um determinado cidadão estrangeiro pretende se dirigir (entrar/permanecer), a emissão e titularidade do mencionado documento não confere o direito à entrada, mas mera expectativa de direito, “podendo a entrada, a estada ou o registro (em caso de transformação) do estrangeiro ser obstada, se inconveniente a sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça (Estatuto, art. 26)” (CAHALI, Idem, p.116.)

Conforme a Lei nº 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro, a concessão de vistos é atribuição do Ministério das Relações Exteriores, por meio de suas repartições consulares, nos seguintes termos:

Art. 9º. O visto de turista poderá ser concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil em caráter recreativo ou de visita, assim considerado aquele que não tenha finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada.

§ 1º. O visto de turista poderá, alternativamente, ser solicitado e emitido por meio eletrônico, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 2º. *As solicitações do visto de que trata o § 1º serão processadas pelo Sistema Consular Integrado do Ministério das Relações Exteriores, na forma disciplinada pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

§ 3º. *Para a obtenção de visto por meio eletrônico, o estrangeiro deverá: (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

I – preencher e enviar formulário eletrônico disponível no Portal Consular do Ministério das Relações Exteriores; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

II – apresentar por meio eletrônico os documentos solicitados para comprovar o que tiver sido declarado no requerimento; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

III – pagar os emolumentos e taxas cobrados para processamento do pedido de visto; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

IV – seguir o rito procedimental previsto nas normas do Manual do Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 4º. *A autoridade consular brasileira poderá solicitar a apresentação dos originais dos documentos para dirimir dúvidas, bem como solicitar documentos adicionais para a instrução do pedido. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

§ 5º. *O Ministério das Relações Exteriores poderá editar normas visando a: (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

I – simplificação de procedimentos, por reciprocidade ou por outros motivos que julgar pertinentes; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

II – sem prejuízo da segurança do sistema e de outras cominações legais cabíveis, inclusão de regras para a obtenção de vistos fisicamente separados da caderneta de passaporte do requerente. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 6º. O estrangeiro que fornecer informações falsas ou descumprir as regras previstas nos §§ 3º e 4º e nas normas legais pertinentes estará sujeito às penalidades previstas nos incisos I, III, IV, XIII, XV e XVI do art. 125 e no art. 126 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

Art. 10 Poderá ser estabelecida a dispensa recíproca do visto de turista e dos vistos temporários a que se referem os incisos II e III do *caput* do art. 13, observados prazos de estada definidos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.968, de 2014)

Parágrafo único. A dispensa de vistos a que se refere o *caput* deste artigo será concedida mediante acordo internacional, salvo, a juízo do Ministério das Relações Exteriores, aos nacionais de país que assegure a reciprocidade de tratamento aos nacionais brasileiros, situação em que a dispensa poderá ser concedida, enquanto durar essa reciprocidade, mediante comunicação diplomática, sem a necessidade de acordo internacional. (Redação dada pela Lei nº 12.968, de 2014)

Art. 11. A empresa transportadora deverá verificar, por ocasião do embarque, no exterior, a documentação exigida, sendo responsável, no caso de irregularidade apurada no momento da entrada, pela saída do estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 125, item VI.

Art. 12. O prazo de validade do visto de turista será de até cinco anos, fixado pelo Ministério das Relações Exteriores, dentro de critérios de reciprocidade, e proporcionará múltiplas entradas no País, com estadas não excedentes a noventa dias, prorrogáveis por igual período, totalizando o máximo de cento e oitenta dias por ano. (Redação dada pela Lei nº 9.076, de 10/07/95)

Art. 19. O Ministério das Relações Exteriores definirá os casos de concessão, prorrogação ou dispensa dos vistos diplomáticos, oficial e de cortesia. (Negrito nosso.)

Urge no caso tratado nos presentes autos uma interpretação sistemático-teleológica, uma vez que, a atribuição legal do Ministério das Relações Exteriores-MRE, órgão da União vinculado à Presidência da República, para concessão e controle de vistos expedidos está umbilicalmente interligada com a atribuição constitucional da Polícia Federal no exercício da função de polícia de fronteiras, que, também, consubstancia-se em órgão da União. Conforme magistral lição de Francesco Ferrara:

O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda plenitude que assegure tal tutela.

(...)Não se pode afirmar a priori como absolutamente certa uma dada interpretação, embora consiga num dado momento o aplauso mais ou menos incontestado da doutrina ou magistratura. A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda a obra científica, a interpretação progride, afina-se. (in FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. SP: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937, p. 23.).

Antes de passar ao exame dos específicos requisitos previstos no art. 273 do CPC, em vista do princípio republicano insculpido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, obrigatório discorrer sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Sobre o tema já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme ressalta-

do pelo Ministério Público Federal, sobre a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, conforme percorrido alhures o direito à segurança e as atribuições da Polícia Federal possuem *status* constitucional e exigem imediata e concreta efetivação.

Lado outro, não se deve confundir discricionariedade administrativa com arbitrariedade administrativa. Sobre o conceito de ato discricionário, basilar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (*in* Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 8ª tiragem. SP: Malherios, 2007. p.48.)

Sobre arbitrariedade administrativa Nicola Tutungi Júnior é esclarecedor:

Deste modo, temos que, apesar de semanticamente próximas, as palavras discricionariedade e arbitrariedade no campo do direito distinguem-se pela utilização ou não de critérios (ou condicionantes) na realização de escolhas e atendimento à legalidade. Ou seja, quando se realiza uma escolha de modo desarrazoado ou sem algum tipo de critério (*rectius*: através do puro exercício de livre-arbítrio), afastando-se das previsões legais balizadoras da atuação do administrador, estaríamos diante de um ato arbitrário. Por outro lado, utilizando-se de critérios como a conveniência e a oportunidade na prática de determinado ato, e observando-se fielmente o princípio da legalidade, estaríamos diante de discricionariedade. (*in* Ação Civil Pública e políticas públicas: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz. UERJ. Dissertação Mestrado, 2010. p. 116. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141095.pdf>. Acesso 01/03/2016.)

Portanto, no caso dos autos não há de se falar em violação ao art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que a inércia estatal ou sua atuação ineficiente em franca inobservância aos ditames legais e constitucionais encontra-se sujeita ao controle judicial.

2.3.2) *Verossimilhança das alegações*

Importa perquirir, no caso em tela, se a própria União tem respeitado e cumprido o mandamento constitucional oferecendo meios efetivos (necessários e adequados) para que a Polícia Federal cumpra sua atribuição constitucional de polícia de fronteiras no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos.

Adiante-se, desde já, que existem elementos comprovando os fatos narrados na inicial, os quais aparentemente ofendem o direito fundamental à segurança, bem como impossibilitam que a Polícia Federal, órgão permanente da União, cumpra seu dever constitucional de polícia de fronteira.

Como bem ressaltou a representante do *Parquet* Federal em sua inicial:

(...) a atenção dispensada pelas autoridades no que tange à fiscalização migratória não é suficiente para o efetivo controle dessa importante fronteira, tornando-a uma verdadeira peneira. Isso porque, além do número insuficiente de policiais federais incumbidos dessa tarefa e da terceirização do controle migratório, a fiscalização tornou-se ainda mais deficiente diante

da fragilidade da conferência manual dos vistos, única maneira atualmente possível de se verificar, em tempo real, a autenticidade do documento.

A afirmação ministerial acima transcrita é comprovada pelos documentos de fls. 26/27, 32/40.

Segundo informações dos autos, no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos transitaram mais de 13 milhões de pessoas somente em voos internacionais, sendo no mínimo embaraçosa, se não aterrorizante, a informação que o controle de polícia de fronteira no maior aeroporto do país, o 30º (trigésimo) mais movimentado do mundo segundo dados da Revista Embarque¹, não tenha um mecanismo de acesso em tempo real ao Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem – SCEDV do Ministério das Relações Exteriores.

Em meio a atual sociedade da informação, é absolutamente contraproducente e violador do princípio da eficiência administrativa, a Polícia Federal da DEAIN do Aeroporto Internacional de Guarulhos em São Paulo solicitar a informação de um passageiro estrangeiro ao MRE e este responder em até dois dias após a solicitação, havendo um Sistema informatizado que traz informações, em tempo real, sobre os vistos concedidos do próprio MRE.

Verifica-se, também, neste exame perfunctório, violação ao princípio da legalidade constitucional, pois a Administração Pública, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento, mais ainda as normas de hierarquia constitucional como o direito à segurança e a atribuição de polícia de fronteira a ser efetivamente exercida pela Polícia Federal.

É necessário destacar, mais uma vez, que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em conta a conveniência e a oportunidade do interesse público. O ato discricionário é praticado nos limites da lei; o ato arbitrário é contrário à lei, conforme alhures exposto.

Todavia, quanto aos atos discricionários não se poderia alegar que tais são imunes ao controle jurisdicional. Como bem alertou Hely Lopes Meirelles:

(...) erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração (*in* Curso de Direito Administrativo, 12. ed., SP: Malheiros, 2000, p. 104-105.).

Com já pontuado alhures, neste estudo perfunctório, averigua-se violação por parte da União do princípio constitucional da eficiência administrativa.

Acerca da eficiência, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. (...) De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. (*in* BANDEIRA DE MELLO. Curso de Direito Administrativo, 17. ed. SP: Malheiros, 2004. p. 112-113).

1 Disponível em <http://revistaembarque.com/aeroportos/conheca-os-aeroportos-mais-movimentados-do-mundo/>. Acesso em 01/03/2016.

Com efeito, não procede, por ser contrário à legalidade e eficiências administrativas, o argumento de fl. 33 do Inquérito Civil nº 134006000399/2015-20 de que é necessário o desenvolvimento de uma funcionalidade para que a PF procedesse a uma consulta informatizada ao SCEDV, bem como em breve o Sistema Consular Integrado-SCI-NG substituirá o SCEDV. Vale frisar que conforme fls. 41-v do mesmo caderno apurativo consta a informação de que o prazo de implantação do Sistema Consular Integrado-SCI-NG “dependerá de avanços técnicos específicos para o cumprimento de diversos requisitos: a implantação do SCI.ng nos postos do MRE, a criação de um sistema integrado de diálogo entre as bases de dados do MRE e do DPF, e a modernização do controle migratório, a cargo do DPF.”

A União alega que o controle migratório e a segurança aeroportuária são realizados de forma satisfatória. Todavia, as informações colhidas pelo MPF e da própria leitura dos documentos juntados pela União demonstram o contrário. Não se pode deixar de observar que às fls. 26/27 o MPF foi informado que o SCI.ING começaria a ser implantado no início de novembro de 2015, sendo que após sua implantação seria elaborado o módulo de consulta de vistos.

Entretanto à fl. 43 consta a informação que “a integração das bases de dados MRE-DPF poderá ser realizada até dezembro de 2016, sempre quando assegurados os recursos orçamentários necessários”.

Neste ponto, importa novamente cotejar a missão constitucional da Polícia Federal com os fatos narrados na inicial e com as informações juntadas pela União. Ora, se a Polícia Federal tem atribuições relativas ao controle de fronteiras, é ululante o prejuízo à eficiência do serviço policial não ter acesso ao SCEDV, bem como a qualquer sistema informatizado de informações de vistos concedidos pelo próprio Estado brasileiro, fazendo o controle manual e visual de vistos.

Lado outro, tem-se como injustificável da perspectiva da legalidade e eficiência administrativas, bem como, da perspectiva do direito fundamental à segurança, a alegação da União (fls. 42-v) de que “um dos principais desafios para política externa brasileira em 2016 será a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Rio 2016 e não seria conveniente a implantação do novo sistema de concessão de vistos de forma imediata, que poderia colocar em risco o fluxo de turistas interessados em visitar o país.”

Ora, para não colocar em risco o fluxo de turistas estrangeiros interessados em visitar o Brasil à época dos Jogos do Rio 2016 é necessária e adequada a não implementação de um Sistema mais moderno e integrado de controle de vistos?

O direito fundamental à segurança de cada cidadão brasileiro não pode ser colocado em segundo plano em razão de interesses de “política externa brasileira”, para usar o termo trazido pela União.

Ressalta-se, conforme informações trazidas pela União, que o Brasil dispõe de acordos de isenção de vistos com mais de 80 países com fulcro no princípio da reciprocidade, o que demonstra que a exigência de vistos se justifica para países ditos “sensíveis” ou os quais não possuem reciprocidade, o que não ameaçaria o fluxo de turistas interessados em visitar o nosso país durante o Rio 2016.

Se não bastasse, a Portaria Interministerial Conjunta nº 216, de 24/12/2015 (DOU de 30/12/2015), no período de 01/06/2016 a 18/09/2016, dispensou, unilateralmente, da exigência de visto os nacionais da Comunidade Austrália, Canadá, Estados Unidos da América e Japão.

2.3.3) *Periculum in mora*

O *periculum in mora* é evidente, na medida em que, os procedimentos inquinados pela

inobservância aos princípios constitucionais estão em curso, colocando em risco diuturno o controle de fronteiras, a prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho. Em síntese, o direito à segurança do cidadão brasileiro e as atribuições constitucionais da Polícia Federal. O perigo da demora se torna mais concreto com a aproximação das Olimpíadas do Rio de Janeiro e o desembarque de centenas de milhares de passageiros estrangeiros de todos os lugares do mundo.

2.3.4) *Reversibilidade da medida*

Dispõe o art. 273, §2º do CPC:

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

Ainda, prevê o art. 1º, o § 3º da Lei nº 8.437/92:

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Examinando o objeto da pretensão apresentada, não se verifica, de plano, a irreversibilidade da medida. Na hipótese de cassação da liminar ou julgamento de improcedência da ação, o SCEDV e o SCI.ING não ficarão disponíveis para o acesso da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos.

2.3.5) *A guisa de uma conclusão*

Tendo-se em conta que há elementos confirmando a afronta a direito constitucional fundamental à segurança, às atribuições constitucionais da Polícia Federal e a princípios constitucionais que regem a Administração Pública, as alegações expendidas pela parte autora são verossímeis. Verificado, também, o perigo de demora e a reversibilidade da medida, há que se conceder a liminar pretendida, para o fim de:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, diretamente à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao SCEDV – *Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado, que forneça aos policiais federais da DEAIN do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

3) *DISPOSITIVO*

Ante o exposto, reconheço a legitimidade ativa da parte autora, afasto as preliminares suscitadas e, no mérito, defiro o pedido de antecipação de tutela para o fim de:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, *diretamente* à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao *SCEDV – Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado – SCI.ING, que forneça aos policiais federais da DEAIN do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

Em caso de descumprimento da medida liminar, fica a ré sujeita a multa diária no valor de R\$ 1.000, 00 (um mil reais) que deverão ser revertidos ao Fundo de Direitos Difusos.

3.1) Outras providências

Intimem-se as partes, cientificando o MPF.

Descabe oficiar ao Ministério das Relações Exteriores e à Superintendência da Polícia Federal, porquanto ambos constituem órgãos da Administração Pública Direta da União, devidamente representados pela douta Advocacia Geral da União.

Na sequência, cite-se a ré para, querendo, contestar, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de revelia (CPC 322).

Em havendo arguição, pela parte ré, de outras preliminares (dentre as enumeradas no art. 301 do CPC) ou algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado, abra-se vista à parte autora para réplica, pelo prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 327).

Ausentes tais alegações ou após o prazo da réplica, independentemente de aproveitamento, intimem-se as partes para que especifiquem, justificadamente, no prazo comum de 05 (cinco) dias, as provas que pretendem produzir.

Cópia desta decisão, instruída com as peças pertinentes, pode servir como mandado/ofício de intimação/citação.

Intimem-se. Cumpra-se.

Guarulhos-SP, 02 de março de 2016.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de $\frac{1}{2}$ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região