TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

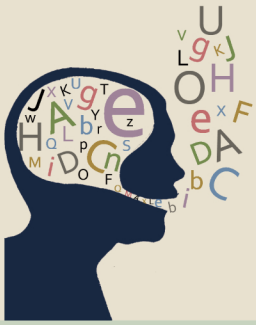
REVISTA

ANO XXVI - N. 127 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2015 - ISSN 1982-1506

Aspectos da rescisão dos contratos administrativos



Heraldo Garcia Vitta
Juiz Federal



A importância do giro linguístico

Eliana Borges de Mello Marcelo
Juíza Federal

Desafios para a construção da igualdade de gênero: os novos direitos constitucionais



Paula Loureiro da Cruz
Servidora

A atividade de radiodifusão a partir da EC nº 08/1995: da atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997



Raecler Baldresca
Juíza Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretora da Revista
Desembargadora Federal Lucia Ursaia

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 XXVI	n. 127	p. 1-595	out./dez. 2015

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Expediente

DIRETORA DA REVISTA: Desembargadora Federal Lucia Ursaia

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]

FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98- Presidente[2]
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98 - 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
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 [5]
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
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 Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 04/12/2015.
[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] Ouvidora-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

LUIZ STEFANINI - Presidente
HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
DENISE AVELAR - Juíza Federal

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS
CARLOS DELGADO - Juiz Federal

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO - Presidente
GILBERTO JORDAN

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
VALDECI DOS SANTOS - Juiz Federal

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)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Aspectos da rescisão dos contratos administrativos
Heraldo Garcia Vitta 17

A importância do giro linguístico
Eliana Borges de Mello Marcelo 33

Desafios para a construção da igualdade de gênero: os novos direitos constitucionais
Paula Loureiro da Cruz 61

A atividade de radiodifusão a partir da EC nº 08/1995: da atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997
Raecler Baldresca 81

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Ação Civil Pública. Expedição de carteira profissional condicionada à regularidade financeira perante a OAB/SP. Resolução nº 07/2002 do Conselho Federal da OAB. Ilegalidade.
ApelReex 0003163-94.2003.4.03.6100
Desembargadora Federal Diva Malerbi 99

Patente de invenção. Modelo de utilidade. Inovação. Estado da técnica. Apelação improvida.
AC 0005447-94.2003.4.03.6126
Desembargadora Federal Cecilia Mello 106

Pensão ex-combatente. Lei nº 8.059/1990. Filha inválida. Direito à pensão independentemente do estado civil.
Ag AMS 0001895-43.2005.4.03.6000
Desembargador Federal Luiz Stefanini 114

Militar temporário. Acidente em serviço. Incapacidade definitiva comprovada. Reforma "ex officio". Responsabilidade civil do Estado. Ausência de nexo causal. Danos não comprovados.
Ag ApelReex 0009123-98.2007.4.03.6000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....120

Conselho Regional de Química. Auto de infração. Empresa de embalagens. Resistência à fiscalização.
AC 0003126-44.2011.4.03.6114
Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 135

Pregão eletrônico. Não atendimento do edital. Aplicação de multa. Proporcionalidade. Substituição da penalidade. Redução da multa. Impossibilidade.
Ag AC 0020005-03.2013.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 139

Serviço público. Contrato temporário. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Proteção à maternidade.
AMS 0000816-14.2014.4.03.6000
Desembargador Federal Mairan Maia..... 144

Ação Civil Pública. Cumprimento provisório de sentença coletiva. Art. 475-O do CPC. Leitos de UTI. Embargos de Declaração. Omissão inexistente.
EDcl AI 0008114-15.2014.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 148

Portaria da Secretaria da Educação. Devolução de carteira profissional de corretor de imóveis. CRECI. Curso técnico. Colégio Litoral Sul. Inscrição cancelada.
Ag AMS 0016142-05.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Antonio Cedenho 151

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Audiência de conciliação. Formalização de acordo. Possibilidade. Assunção de obrigações pelos DNIT e DER/SP no sentido de evitar atrolamento de animais silvestres na Rodovia Fernão Dias. Não cumprimento do acordo. Alegação de inexequibilidade das obrigações. Transmutação de liminar em sentença homologatória.
AC 0029546-46.2002.4.03.6100
Desembargador Federal André Nabarrete 159

Ação Civil Pública. Depósito e remessa (através dos Correios) de quase três mil espécimes da fauna nacional (insetos) ao exterior. Biopirataria em grande escala (irrelevância dos animais estarem mortos). Dano ambiental manifesto (lesão à fauna e ao bioma).
AC 0003960-31.2007.4.03.6100
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 176

DIREITO CIVIL

Ação de indenização. Roubo durante transporte de valores de agência da CEF. Lesão corporal gravíssima. Danos materiais, morais e estéticos indenizáveis. Pensão vitalícia. Juros de mora. Correção monetária sobre os danos moral e estético. Termo inicial. Data do arbitramento.
AC 0000049-76.2006.4.03.6122
Desembargador Federal Hélio Nogueira 183

Responsabilidade civil. Atraso na implantação benefício previdenciário. Auxílio-acidente. Greve. Caracterizado dano moral "in re ipsa". Excludente de responsabilidade afastada. Dano material já ressarcido.
AC 0020124-14.2007.4.03.9999
Desembargador Federal Nery Júnior..... 196

Indenização por danos morais. Violação da conta poupança por terceiro. Instituição bancária. Situação de aborrecimento.
Ag AC 0006337-88.2011.4.03.6114
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 205

DIREITO CONSTITUCIONAL

Pedido de suspensão de medida liminar expedida em interdito proibitório. Demarcação da terra indígena homologada pelo Presidente da República, por meio de Decreto. Ato suspenso, liminarmente, há mais de dez (10) anos, pelo STF. Perícia antropológica reconhecendo a tradicionalidade da ocupação da área pela comunidade indígena. Afirmação de que os índios não estão dispostos a deixar a área e pretendem resistir até a morte, no caso de desocupação.
SLAT 0022953-11.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Fábio Prieto 211

DIREITO PENAL

Competência da Justiça Federal. Conexão probatória. Uso de CNH falsa. "Emendatio libelli". Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício.
ACr 0014906-95.2003.4.03.6102
Juíza Federal Convocada Denise Avelar.....217

Ação Penal Originária. Delito de falsidade ideológica. Condenação decretada.
APN 0043847-52.2008.4.03.0000
Desembargador Federal Peixoto Junior 224

Máquinas caça-níqueis. Peças de origem estrangeira. Insignificância. Inaplicabilidade. Princípio da consunção. Contravenção penal de exploração de jogo de azar e delito de contrabando. Inaplicabilidade.
ACr 0000467-24.2009.4.03.6117
Desembargador Federal André Nekatschalow 238

Crime de redução à condição análoga à de escravo. Art. 149 do CP. Crime de natureza permanente. Concurso formal.
ACr 0007306-96.2011.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli 247

Tráfico internacional de drogas. Transporte público. Causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006.
EIfNu 0000400-48.2012.4.03.6119
Desembargador Federal Maurício Kato 259

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Reexame disposto no art. 543-C do CPC. REsp nº 1.348.633-SP. Possibilidade de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material. Julgamento reconsiderado.
AC 0032761-65.2005.4.03.9999
Desembargador Federal Souza Ribeiro 269

Embargos Infringentes em Ação Rescisória. Art. 485, IX, do CPC. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Erro de fato. Ocorrência.
EI 0052487-78.2007.4.03.0000
Desembargador Federal Toru Yamamoto 273

Juízo de retratação. Cumulação de benefícios. Auxílio-acidente e aposentadoria. Critério para recebimento conjunto. Lesão incapacitante e aposentadoria anteriores à publicação da MP nº 1.596-14/1997.
AC 0004252-24.2009.4.03.6107
Desembargador Federal Gilberto Jordan 292

Tempo de serviço rural. Regime de economia familiar. Concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade reconhecida no julgamento das ADIS 4.357 e 4.425. Aplicação.
Ag AC 0017488-70.2010.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 297

Pensão por morte de genitora. Incapacidade anterior à data do óbito. Comprovada a qualidade de dependente. Dependência econômica presumida.
Ag AC 0000430-59.2012.4.03.6127
Desembargador Federal Newton De Lucca 306

Representativos de controvérsia. Prévio requerimento administrativo. Modulação de efeitos estabelecida no RE nº 631.240/MG.
Ag AC 0000127-59.2013.4.03.6111
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 310

Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Interesse processual presente.
Ag AC 0001151-16.2013.4.03.6114
Desembargador Federal Paulo Domingues 314

Pensão por morte. Preenchidos os requisitos para a concessão do benefício. Ex-cônjuge separada judicialmente.
EDcl AC 0001320-12.2013.4.03.6111
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 319

Atraso na emissão e envio da carta de concessão. Irregularidade não ensejadora de indenização por danos morais. Contribuinte individual que efetua pagamento de contribuições intermitentes. Atividade laborativa exercida continuamente. Apuração da RMI do auxílio-doença. Meses em que a contribuição foi inferior ao salário mínimo. Peculiaridades do caso.
AC 0002291-15.2013.4.03.6105
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 327

Embargos Infringentes. Aposentadoria por idade de rurícola. Inexistência de comprovação da atividade rural no período imediatamente anterior ao cumprimento do requisito etário ou requerimento do benefício.
EInf 0013935-10.2013.4.03.9999
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 333

Mandado de Segurança do INSS contra ato judicial de Juízo Estadual determinativo de pagamento de pensão por morte em processo para reconhecimento de união estável, do qual não foi parte.
MS 0019844-57.2013.4.03.0000
Desembargador Federal David Dantas 352

Aposentadoria por idade rural. Migração do cônjuge para as lides urbanas. Descaracterização da condição de trabalhadora rural. Não implementação dos requisitos. Alegação de contradição e omissão no agravo legal. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.
Ag AC 0023062-69.2013.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 365

Ação Rescisória. Pedido de pagamento de atrasados decorrentes de revisão administrativa do benefício. Análise de causa de pedir e pedido diversos (negativa de pedido de revisão já efetuado). Julgamento "extra petita". No rejulgamento, deferimento do pleito, pois a autarquia não comprovou ter efetuado o pagamento.
AR 0031117-33.2013.4.03.0000
Desembargadora Federal Marisa Santos 370

Renúncia à benefício previdenciário. Desaposentação. Concessão de nova aposentadoria com proventos mais vantajosos no mesmo regime previdenciário. Adoção do entendimento sedimentado no C. STJ e na C. 3ª Seção desta Corte Regional, com a ressalva do posicionamento do relator.
AC 0002548-37.2014.4.03.6127
Juiz Federal Convocado Carlos Delgado 384

Decadência (art. 103 da Lei nº 8.213/1991). Inaplicabilidade. Matéria repetitiva. Desaposentação. Renúncia à aposentadoria requerida por dependente. Impossibilidade. Direito personalíssimo.
AC 0029651-09.2015.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 393

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Julgamento por decisão monocrática. Art. 557 do CPC. Auxílio-acidente. Competência do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Ag ApelReex 0002663-02.2005.4.03.6183
Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos.....399

Sentença transitada em julgado e fundamentada em preceito normativo posteriormente declarado inconstitucional pelo STF. Inexistência de efeito automático da decisão proferida pela Suprema Corte em relação a atos pretéritos. Ação rescisória. Decadência. Agravo regimental desprovido.
AgRg AR 0009311-68.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....404

Acordo celebrado em Ação Civil Pública. Revisão de benefício. Pagamento imediato das diferenças indevido.
Ag ApelReex 0025530-35.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 407

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Embargos infringentes. Crimes de falsidade ideológica e estelionato qualificado. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade declarada de ofício. Superveniente ausência de interesse processual.
EIfNu 0001951-63.2003.4.03.6124
Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy..... 413

"Habeas Corpus". Medidas cautelares diversas da prisão. Paciente que trabalha no exterior, em cidade fronteiriça. Proibição de ausentar-se do Brasil. Ilegalidade.
HC 0017812-11.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Nino Toldo 422

"Habeas Corpus". Substituição de testemunha de defesa. Art. 408 do CPP. Cerceamento de defesa. Não configuração. Ordem denegada.
HC 0018270-28.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 426

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ. IRRF. CSLL. Indenização por desapropriação. Não incidência.
ApelReex 0007847-86.2008.4.03.6100
Desembargadora Federal Marli Ferreira 431

Recurso Especial. Acórdão que manteve sentença denegatória da segurança. Impetração visando garantir o direito de efetuar parcelamento de débitos no prazo de 180 meses. Tratamento especial à empresa em recuperação judicial, como forma de preservação da unidade geradora de empregos.
REsp AMS 0017257-32.2012.4.03.6100
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 437

Execução Fiscal. Programa de arrendamento residencial. Caixa Econômica Federal. Propriedade fiduciária. Legitimidade. IPTU. Imunidade recíproca.
AG AI 0004423-56.2015.4.03.0000
Desembargadora Federal Mônica Nobre 441

SENTENÇAS

Ação Penal. Pronúncia. Designação de júri. Crime de desobediência. Tentativa de homicídio duplamente qualificado.
0001733-96.2006.4.03.6005
Juiz Federal Roberto Brandão Federman Saldanha 451

Ação Penal. Crime da falsificação de selo ou sinal público. Crime contra a fauna. Manutenção de aves silvestres em cativeiro com anilhas adulteradas.
0003220-27.2014.4.03.6133
Juiz Federal Tiago Bitencourt De David..... 454

Ação Penal. Desvios de recursos públicos e fraudes em licitações praticados, em tese, por organização criminosa que veio a ser conhecida pelo epíteto "máfia dos sanguessugas".
0005616-66.2010.4.03.6181
Juiz Federal Ali Mazloum 460

Ação Penal. Invasão, pichação e dano a prédio do INSS.
0005871-78.2012.4.03.6108
Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 475

Ação Ordinária. Pleito de responsabilidade civil da ANVISA. Danos morais e materiais. Próteses mamárias adulteradas. Conduta clandestina do fabricante.
0006735-83.2012.4.03.6119
Juíza Federal Carolline Scofield Amaral 481

Ação Ordinária. Correios. Concurso público. Desclassificação em exame pré-admissional.
0001229-28.2013.4.03.6108
Juiz Federal Joaquim Euripedes Alves Pinto.....487

Ação de indenização. Reparação civil por danos materiais e morais. Vícios construtivos em imóvel adquirido mediante mútuo financeiro.
0009058-88.2013.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 494

Ação Civil Pública. Programa federal "Farmácia Popular". Comercialização e dispensação de medicamentos fora da estrita observância das regras de execução. Fraude. Ausência de estoque suficiente na empresa para as dispensações realizadas. Fraude em receituários médico. Dispensação de medicamentos incluídos no programa a pessoas falecidas.
0000149-68.2014.4.03.6116
Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva 501

Ação Penal. Roubo a estabelecimento comercial. Organização criminosa armada.
0000350-03.2014.4.03.6135
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 513

Ação Civil Pública. Interesses difusos. Cancelamento de autorizações de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações situadas na área de abrangência da Subseção Judiciária de Limeira e o impedimento de emissão de novas autorizações de queima sem as providências necessárias.
0002023-07.2014.4.03.6143
Juiz Federal Marcelo Jucá Lisboa.....550

Ação Civil Pública. Condenação da OAB em obrigação de fazer e pagamento de indenização. Atendimento de requisições da Procuradoria do Trabalho em inquéritos civis. Sigilo de processos disciplinares.
0007793-50.2014.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 563

Ação Penal. Uso de documentos falsos (cédula de identidade e relatórios médicos) perante a Agência da Previdência Social. Tentativa de obtenção de vantagem patrimonial ilícita em detrimento do INSS, representada pelo recebimento indevido de auxílio-doença, mediante fraude.
0000489-72.2015.4.03.6117
Juiz Federal Danilo Guerreiro de Moraes 568

Decisão. Suspensão das atividades da FAMAR – Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília. Pedido para compelir a União a designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação e, ainda, para apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA.
0002822-15.2015.4.03.6111
Juiz Federal José Renato Rodrigues.....579

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região.....589

Súmulas da Turma Regional de Uniformização
dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 593



Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Aspectos da rescisão dos contratos administrativos



Heraldo Garcia Vitta

Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Administrativo) na PUC-SP. Juiz Federal em Campo Grande (MS). Diretor do Foro da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul. Juiz-membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Diretor-Presidente da Escola do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Nova Dimensão Jurídica (NDJ-SP). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (Idap).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regime jurídico. 3. Execução. Considerações gerais. 4. Inexecução. Linhas gerais. 5. Rescisão dos contratos administrativos. 5.1. Aspectos gerais. 5.2. Formas de rescisão: a) rescisão unilateral: modalidades; sanções; indenizações. b) rescisão amigável: o ato administrativo de controle. c) rescisão judicial: a exceptio non adimpleti contractus; o fato da Administração. d) rescisão de "pleno direito". 6. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução.

Os cultores da ciência do Direito Administrativo e, em geral, os administradores e servidores da Administração, têm se debruçado no estudo da *rescisão de contratos administrativos*, pois, não é incomum, como se desejaria, haver desrespeito às normas contidas nas leis, nos atos administrativos e nos instrumentos de contratos firmados entre o Poder Público e o particular.

Assim, a não observância, infelizmente constante, dos preceitos relativos ao cumprimento das obrigações contratuais e legais leva à necessária análise percuciente do arcabouço jurídico-normativo, especificamente quanto às *consequências* da *violação de dever jurídico*.

Por isso, sobejam dissensões e opiniões dos mais variados matizes, comumente voltadas para solução de casos concretos, ou seja, visam à "prática administrativa". Logo, os textos sobre contratos administrativos contêm – de forma inarredável – uma ideia, quiçá aspectos não abordados, não vistos, ou, ainda, não sistematizados. Enfim, há sempre largo espectro a ser analisado sobre o tema.

Daí a importância destes excertos; trata-se de abordagem sistemática de "alguns aspectos" da rescisão contratual. Evidentemente, não se pretende, neste singelo estudo, esgarçar o tema; esgotá-lo. Absolutamente; pretende-se que o leitor possa refletir a respeito dele, tirando suas próprias conclusões.

2. Regime jurídico.

1.) Conforme se sabe, o *fundamento jurídico* dos contratos administrativos e das licitações tem *base constitucional*, sobretudo nos artigos 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição. O primeiro dispositivo refere-se à competência da União para editar *normas gerais* (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores); o segundo, à necessidade de prévio procedimento licitatório para obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública.[1]

2.) O contrato administrativo é um *acordo de vontades*, mas no bojo do qual os interesses das partes estão *contrapostos*; cada qual almeja seus interesses – no caso da Administração, o *interesse público*. Já, *convênios e consórcios*, embora também sejam acordos de vontades, têm regimes jurídicos específicos, justamente pelo fato de os interesses das partes serem *comuns*, numa *mútua colaboração*.[2]

3.) Finalmente, o contrato administrativo é firmado no exercício de *função administrativa*; assim, a Administração detém *prerrogativas*, incomuns no âmbito do Direito Privado (algumas delas estão no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993).[3] Essas prerrogativas advêm do *princípio da supremacia do interesse público*, um dos pilares do Direito Administrativo, conforme doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello.[4]

4.) Portanto, o contrato administrativo submete-se às normas (p*rincípios e regras*) do *Direito Administrativo*. Ao contrário, contratos de *Direito Privado* da Administração (doação, locação de imóveis, seguro etc.) regem-se pelas *normas* dessa seara jurídica. Apesar disso, as "formalidades", ou os aspectos extrínsecos do ato de Direito Privado, praticados pelo Poder Público, são de *Direito Administrativo*; daí a necessidade da verificação da *competência* do agente; a possibilidade de *licitar, ou dispensar a licitação*; a *autorização* de autoridade superior para a prática de certos atos, e assim por diante.[5]

5.) De acordo com a doutrina em geral, os contratos administrativos têm as seguintes *características*: *consensual* (acordo de vontades); *formal* (de regra, escrito – art. 60, parágrafo único; e com "requisitos especiais" – art. 55, ambos da Lei nº 8.666/1993); *oneroso* (pode haver contratos gratuitos, como no uso especial de bem público); *comutativo* (compensações recíprocas e equivalentes às partes; no *fomento*[6] pode haver situações

1 "*Art. 22*: Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (com redação da EC 19, de 4.6.1998)". Assim, Estados e Municípios podem elaborar normas específicas, peculiares, a respeito de licitações e contratos, obedecendo as *normas gerais* editadas pela União; *art. 37, XXI*: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

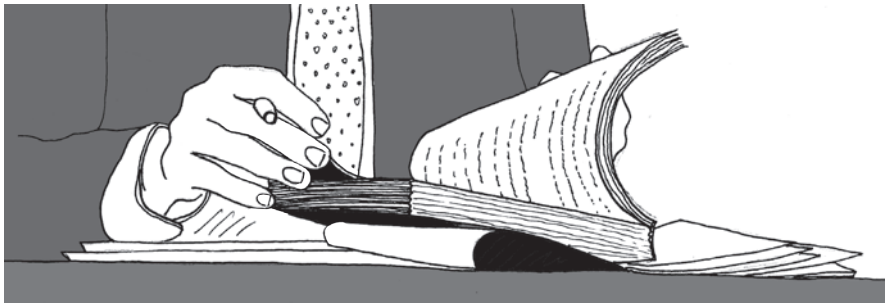
2 A respeito da distinção: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 681; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 347 e ss; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221 e ss.

3 A Administração pode, unilateralmente, sem ordem judicial: modificar, ou rescindir, o contrato administrativo, nos *termos e condições legais*; fiscalizar a execução do contrato; impor penalidades ao contratado; no caso de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens, pessoal e serviços do contratado.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

5 Escrevemos: "Aliás, na feliz expressão do mesmo professor [H. Berthélemy], 'os governantes não têm direitos; eles têm funções' ['Méthode applicabile a l'étude Du droit administratif', *in* Collège Libre des Sciences Sociales en 1910, *Les Méthodes Juridiques*, p. 74]. Por conseqüência, o intérprete deverá compreender os *deveres* do agente público, sua *competência*, vinculada à lei, bem como seus correlatos *poderes*, os quais são apenas instrumentais (...)". (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106, destaques nossos)

6 Sílvio Luís Ferreira da Rocha explica: "À atividade admi-



em que a comutatividade fique arrefecida); e *intuitu personae* (deve ser executado, em princípio, pelo próprio contratado – art. 72 da Lei nº 8.666/1993). Além disso, concordamos com Márcio dos Santos Barros e com Reynaldo Sant'Anna, quanto ao fato de os contratos administrativos serem de *adesão*, isto é, a contratante estabelece as regras, as cláusulas pertinentes, e o contratado as aceita.[7] Nesse sentido, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[8]

6.) Os estudiosos, ainda, costumam mencionar, como espécies básicas de contratos administrativos, os de *atribuição* e os de *colaboração*. Referida classificação apoia-se nas *distintas funções* que cumprem as partes, em vista de suas *prestações essenciais*.[9] Nos primeiros, a Administração confere vantagens ou direitos ao particular, como no uso especial de bem público; nos últimos, o particular realiza, presta algo à Administração, visando ao interesse público (obras públicas, serviços públicos etc.).

Com isso, estes, os contratos de *colaboração*, em que o particular "colabora" com a Administração na realização da atividade pública, têm *rigorismo* maior, acentuado, em comparação aos contratos de atribuição. Além disso, na *dúvida quanto à interpretação* de cláusulas contratuais, nos contratos de *colaboração*, resolve-se em favor da Administração, em virtude da natureza da atividade desenvolvida pelo contratado, pois realiza atividade pública (serviço, obra etc.) objeto do contrato. Já, nos contratos de *atribuição*, o problema resolve-se em favor do *contratado*.[10]

De todo modo, este estudo limita-se aos *contratos de colaboração*.

7.) Dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/1993:

> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, *supletivamente*, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (destaques nossos)

A nosso ver, as normas do Direito Privado têm aplicação nos contratos administrativos por meio da *analogia*;[11] ou seja, há

nistrativa indireta denominamos *fomento*, que pode ser definido como a ação da Administração com vistas a promover as atividades dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos." (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 579)

7 Márcio dos Santos Barros expõe: "Na feliz conceituação do douto Cons. Reynaldo Sant'Anna [*Aspectos do Direito Público no Tribunal de Contas*, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, 1999, p. 142], 'contrato administrativo é, de fato, um pacto de adesão, em que a Administração impõe normas – respeitada a legislação pertinente – a fim de resguardar o interesse público, e a contratada as aceita'." (BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2011, p. 408)

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 275.

9 CASSAGNE, Juan Carlos. La sustantividade del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas. *In*: *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 119.

10 *Ibidem*, p. 119-120.

11 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explica: "A analogia consiste em método de aplicação da lei aos casos por ela regulados, nos quais há identidade de razão a justificar a sujeição da hipótese ao seu preceito, ante a semelhança de situações que as unificam por traço comum, entre o objeto de consideração da lei e o outro por ela cogitado." (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 354). Escrevemos: "Deixando de lado as questões controvertidas acerca do fato de haver ou não lacunas no Direito (...), resolve-se o problema com a 'auto-integração' da or-

aplicação do Direito Privado quando as normas dessa área do Direito não entrarem em conflito com *princípios ou regras de Direito Administrativo*. O autor argentino Cassagne ensina:

> La diferencia entre un procedimento y outra estriba precisamente en que la aplicación de normas civil e sal derecho administrativo mediante la *analogia* no se realiza supliendo el vacío com la aplicación directa de la norma, como aconteceria de aceptar se el criterio de la *subsidiariedade*, sino que por el contrario, su aplicación requiere una labor de integración y de adaptación com los principios y normas que estructuran el derecho administrativo.[12]

Há autores, a exemplo do jurista e professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que realçam a necessidade de *expressa disposição de lei*, quanto à aplicação de normas de *Direito Privado*, *por analogia*, nas relações de Direito Público.[13]

7-A.) De outra parte, há "cláusulas gerais" do Direito Civil aplicáveis nos contratos administrativos: boa-fé objetiva, lealdade, segurança, dever de informações, de atuar conforme padrões sociais, função social do contrato etc. No Direito Administrativo, essas "cláusulas", na verdade, decorrem dos princípios da *segurança jurídica* e da *moralidade administrativa* – e devem ser observadas *pelas partes do contrato*, pena de *indenização por perdas e danos*.

8.) Ao contrário dos contratos privados, os contratos administrativos regem-se por normas e cláusulas especiais, contidas nos respectivos instrumentos, indicadas, por *amostragem*, na legislação (art. 55 da Lei nº 8.666/1993). Assim, dentre as *prerrogativas* da Administração, há a imposição de *sanções ao contratado, por inexecução total ou parcial* do objeto (art. 58, IV, da Lei nº 8.666/1993), *sem ordem judicial*, devido à *executoriedade* dos atos e contratos administrativos.[14]

Após essas sucintas anotações, passemos ao estudo, propriamente, dos contratos administrativos.

3. Execução. Considerações gerais.

9.) Como todo acordo de vontades, os contratos administrativos contêm regras que devem ser observadas pelas partes, nos termos da avença (*lex inter pars*); nesse sentido, o artigo 66 da Lei nº 8.666/1993.[15] Sem embargo, há situações "excepcionais", decorrentes da *teoria da imprevisão* [cláusula *rebus sic stantibus*],[16] previstas no artigo 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993, com base nas quais o contratado poderá pleitear a devida *recomposição patrimonial*, se acaso tiver ocorrido aumento de encargos.[17]

---

dem jurídica; as normas completam-se a partir do interior do sistema, através da analogia e dos princípios gerais do Direito." (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137)

12 CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo:* teoría y régimen jurídico. Bueno Aires: La Ley, 2012, p. 15, destaques nossos.

13 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 416.

14 Quanto à Administração, a Súmula nº 205 do Tribunal de Contas da União tem a seguinte dicção: "É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão."

15 "Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial."

16 Arnoldo Medeiros da Fonseca explica: "A cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual o vínculo obrigatório, em certa categoria de contratos, entendia-se *subordinado à continuação daquele estado de fato existente ao tempo de sua formação*, foi obra, como dissemos, dos juristas do direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, assim como dos pós-glosadores ou bartolistas. O direito romano não parece ter formulado nenhum princípio geral e constante a tal respeito." (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 198, destaques nossos)

17 Estabelece o artigo 65: "Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicial-

10.) Porém, cada parte do contrato deve cumprir com suas obrigações, legais e contratuais. Dentre as primeiras, compete ao contratado *reparar e corrigir os defeitos* do objeto do contrato (art. 69 da Lei nº 8.666/1993); e à Administração manter um representante para fiscalizar e acompanhar a obra ou serviço (art. 67 da Lei nº 8.666/1993). Apesar disso, a responsabilidade daquele não é excluída por indicação do representante da Administração (art. 70 da Lei nº 8.666/1993), exceto, a nosso ver, se esta se *omitiu* no cumprimento de seu dever, ou agiu sem cautelas necessárias, ao *induzir o contratado a erro*, que *não lhe possa ser imputado*. Numa palavra: é preciso *dolo ou culpa* do contratado, para ser responsabilizado (art. 70 da Lei nº 8.666/1993), quer na órbita *civil*, quer na seara *administrativa*, inclusive na hipótese de imposição de *penalidades administrativas* impostas pela Administração ao contratado.

11.) A Administração tem *dever* de *rejeitar, no todo ou em parte*, o objeto do contrato, devido a não-observância, pelo contratado, das cláusulas contratuais (art. 76 da Lei nº 8.666/1993), sobretudo quando o desrespeito for às *normas técnicas*. Comumente, isso ocorre quando a Administração procede ao recebimento *provisório* do objeto do contrato, no qual ela faz *vistorias e avaliações*, antes de recebê-lo *definitivamente* (arts. 73-75 da Lei nº 8.666/1993). A Administração, naquele instante, pode determinar, ao contratado, alterações, ou modificações necessárias, nos termos do instrumento firmado.[18]

4. Inexecução. Linhas gerais.

12.) A *rescisão* (desfazimento) do contrato administrativo (art. 77 da Lei nº 8.666/1993) só pode ocorrer durante o prazo de sua vigência; não se *rescinde* contrato cujo prazo já se exauriu, assim como não se pode *prorrogá-lo*, nessas mesmas circunstâncias. Fazemos essa advertência, pois não é incomum sobretudo *prorrogações* de contratos extintos, ou seja, cujo prazo de vigência já transcorreu.

13.) Há as seguintes modalidades de *rescisão*: (a) *unilateral*, por *culpa/ dolo* do contratado (*penalidade administrativa*)[19] ou *sem culpa* do contratado (*de regra*, por *interesse público*); b) rescisão *amigável*; (c) *judicial*; e (d) de *pleno direito*, estudos que faremos logo a seguir.

14.) Porém, o desfazimento do contrato deve pressupor a prática de atos *graves*, *sérios*; aplica-se o postulado ou princípio da *razoabilidade/proporcionalidade*. No entanto, conforme explica Gaston Jèze, as *negligências persistentes ou os retardamentos prolongados*, devem ser considerados graves.[20]

15.) No Direito Brasileiro, mesmo a *inexecução parcial* origina a rescisão do contrato; de acordo com Marçal Justen Filho, "no Direito Administrativo, a inexecução parcial pode ser assimilada à total;"[21] essa é a dicção do artigo 77 da Lei nº 8.666/1993.[22] Portanto, observada a *razoabilidade/proporcionalidade*, a Administração tem competência para rescindir o contrato administrativo, no caso de inexecução *total ou parcial*.

mente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustados, ou ainda, em casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

18 Essa situação não se confunde com aquela outra referente ao *jus variandi*; isto é, o direito da contratante *instabilizar* o vínculo, mediante *alterações* do próprio instrumento de contrato firmado.

19 Não há necessidade de ato formal para constituir em mora o contratado, pois esta decorre da lei.

20 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950, v. VI, p. 29

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 572.

22 "Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento."

5. Rescisão dos contratos administrativos.

5.1. Aspectos gerais.

16.) Conquanto algumas palavras já tenham sido ditas a respeito da rescisão do contrato administrativo, procuramos nos ater, mais uma vez, a esse tema, devido à importância dele no dia a dia da Administração.

17.) Os autores franceses Laubadère, Venezia e Gaudemet referem às seguintes *formas de rescisão* contratual: 1) rescisão pronunciada pela Administração a título de sanção administrativa;[23] 2) rescisão demandada pelo contratado, devido às novas exigências administrativas, excedentes dos "limites normais";[24] 3) rescisão demanda pelo contratado por "falta" da Administração;[25] 4) rescisão de *pleno direito*, resultante do desaparecimento do objeto do contrato.[26]

18.) No Direito Brasileiro, o artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, elenca situações, ou motivos, autorizadores da rescisão contratual; porém, o dispositivo é meramente *exemplificativo*. Assim, nos termos do artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, uma das cláusulas necessárias nos contratos administrativos é a "obrigação do contratado de *manter, durante toda a execução do contrato*, em *compatibilidade com as obrigações por ele assumidas*, todas as condições de *habilitação* e qualificação exigidas na licitação." (destaques nossos).

18-A.) Contudo, a exigência da qualificação, *durante a execução do contrato*, adstringe-se ao montante *a ser adimplido pelo contratado*; isto é, a exigência da *qualificação* do contratado ocorre *à medida* das obrigações *restantes a serem cumpridas* por ele; é preciso *compatibilidade* entre a qualificação e as obrigações restantes do contratado. Assim é porque o artigo 37, XXI, parte final, da Constituição exige qualificação econômica e técnica que sejam *indispensáveis ao cumprimento da obrigação*. Trata-se do princípio ou postulado da *razoabilidade/proporcionalidade*.

5.2. Formas de rescisão.

a) rescisão unilateral: modalidades; sanções; indenizações.

19.) O primeiro caso de rescisão mencionado na lei (art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993), é a *unilateral ou administrativa*.[27] De acordo com a norma legal, essa espécie de rescisão ocorre nas hipóteses do *artigo 78, I a XII*; e XVII, da Lei nº 8.666/1993.[28] Deve ser *formalizada* por despacho, ou decreto; posteriormente, lavra-se *termo de rescisão*, no qual descreve-se, dentre outros dados, o estado em que se encontra o objeto do contrato.[29]

20.) Assim como na *rescisão amigável* (consensual, art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993),

23 Neste caso, segundo nosso entendimento, é preciso demonstração de dolo ou culpa do contratado.

24 Como exemplo, no direito brasileiro, a hipótese de rescisão contratual referida no artigo 78, XIII, da Lei nº 8.666/1993: "a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei."

25 No Brasil, seriam as hipóteses do artigo 78, XIV, XV e XVI.

26 LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 771. Os autores franceses, na mesma obra, referem à rescisão *unilateral, por interesse público*: "Il faut du reste soigneusement distinguer la résiliation prononcée comme sanction de la *résiliation prononcée dans l'intérêt general*." (*ibidem*, p. 768, destaques nossos).

27 "*Rescisão administrativa* é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, quando se verificam os motivos que a ensejam, estabelecidos em norma legal (Estatuto, art. 69, I [*rectius* – art. 79, I]), no contrato, ou exigidos pelo interesse público." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 247, destaques originais).

28 Foge dos propósitos deste trabalho a análise de cada uma das hipóteses legais.

29 Diógenes Gasparini expõe: "Dita rescisão formaliza-se por decreto e concretiza-se por termo. Pelo decreto veiculam-se o ato rescisório e as condições e prazos da reassunção do objeto da avença pela Administração Pública. (...). Ao reassumir o objeto do contrato, lavra-se um termo, descrevendo-se o estado em que este se encontra, no que concerne à execução, e anotando-se outras informações relacionadas genericamente com a contratação, necessárias para dirimir dúvidas futuras e para caracterizar o momento da atuação da Administração Pública." (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 862)

a *rescisão administrativa* ou *unilateral* pressupõe *autorização escrita e fundamentada* da autoridade competente (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993), nos termos das leis e atos da Administração – no caso de *rescisão unilateral*, por *interesse público*, é preciso *justificação e determinação, quanto às razões de interesse público, pela máxima autoridade* da esfera administrativa a que está subordinado o contratante (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993).

21.) A *rescisão amigável e a unilateral* têm "efeitos para frente" (*ex nunc*), cuja *eficácia* conta-se da *publicação* do ato administrativo (decreto ou despacho) que rescinde o contrato (conforme veremos, a *rescisão unilateral, por caso fortuito ou força maior,* tem eficácia *retroativa*). Ademais, nada impede, na *rescisão amigável*, as partes acordarem, resolverem, *situações pretéritas*.

22.) O artigo 78, I a XI, da Lei nº 8.666/1993 refere-se aos casos (motivos) nos quais o contratado *dá causa à rescisão contratual*; por isso, nessas hipóteses, a *rescisão unilateral* tem natureza jurídica de *penalidade administrativa*, exigindo-se, por conseguinte, a demonstração de *culpa ou dolo* do contratado.[30]

De fato, o ínclito jurista e professor Celso Antônio Bandeira de Mello expõe as modalidades de sanções administrativas, dentre as quais, "a extinção de relação jurídica entretida com o Poder Público – como as cassações de licença de funcionamento ou a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público."[31]

23.) Embora a rescisão, nos casos indicados, tenha *natureza de penalidade administrativa*, não impede a Administração impor outras penalidades, a exemplo da multa, da suspensão temporária, ou da declaração de inidoneidade (art. 87, II, III e IV, da Lei nº 8.666/1993).[32]

23-A.) Porém, a rescisão contratual é a *ultima ratio;*[33] por isso, em princípio, a Administração, ao rescindir o contrato, por culpa ou dolo do contratado, por conta da *gravidade* da situação que originou a extinção da relação, pode, em algumas situações bem demarcadas, impor as penas de suspensão temporária, ou de declaração de inidoneidade, *sem prejuízo da multa*, que pode *cumular-se* com aquelas penalidades (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).[34]

Todavia, tanto a suspensão quanto a declaração de inidoneidade devem pautar-se em "fatos suficientemente graves", como conluios, dolo, infrações criminais, inadimplência prolongada, desleixo acentuado no cumpri-

30 O *dolo ou a culpa* é pressuposto da *infração administrativa*. A pena será imposta sempre no bojo de um processo administrativo, com contraditório e defesa. (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41 e ss; *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153 e ss)

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 866.

32 No *sistema brasileiro*, quando houver, por parte do contratado, *atraso injustificado* na execução do contrato, a Administração imporá a *multa moratória* (art. 86 da Lei nº 8.666/1993); no caso de *inexecução total ou parcial* do contrato, cabem as seguintes espécies de penalidades: advertência, multa [compensatória], suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87 da Lei nº 8.666/1993). A multa *compensatória* comporta cumulação com as demais penalidades *do artigo 87* (§ 2º). Logo, em tese, pode haver a imposição de *multa moratória*, por atraso do contratado (art. 86 da Lei nº 8.666/1993); já, verificada a *inexecução*, total ou parcial, a imposição de uma das penas do artigo 87, com possibilidade de cumulação da multa compensatória (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993). A imposição das multas e das outras penalidades (contidas no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993) não impede a rescisão unilateral do contrato [por culpa do contratado] (art. 86, § 1º, da Lei nº 8.666/1993). Na modalidade licitatória *pregão*, cf. artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17/07/2002.

33 Roberto Dromi afirma: "Las *sanciones rescisórias* son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden únicamente ante faltas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas solo cuando no hay outro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista." (DROMI, Roberto. *Derecho administrativo.* 7. ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 396, destaques originais).

34 Além disso, o artigo 80, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 permite à Administração tomar providências ou medidas administrativas.

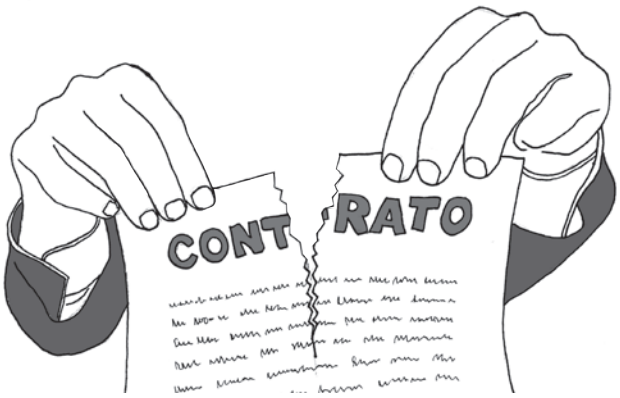
mento das obrigações etc, praticados pelo contratado. Não é porque a Administração rescindiu o contrato, por "culpa" do contratado que, necessariamente, haverá imposição de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade. É preciso verificar a *gravidade* dos fatos, a situação concreta, mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Já, quanto à advertência (art. 87, I, da Lei nº 8.666/1993), extinta, antecipadamente, a relação, ela é incabível, pois não tem sentido admoestar o contratado quando a relação já se extinguiu por ato da *própria Administração*.

24.) É possível *rescisão unilateral de contrato* cuja execução ainda *não tenha sido iniciada*; a *constatação de inadimplência* em *ajuste anterior* com o contratado é exemplo disso.[35] De todo modo, o Tribunal de Contas da União entende, de forma correta, que nem todas as hipóteses do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993 comportam, necessariamente, rescisão contratual (TCU, Plenário, Processo TC 009.985/2004-0, Acórdão nº 1.517/2005, Relator Auditor Lincoln Magalhães da Rocha, Revisor Ministro Benjamin Zymler, j. 28/09/2005).

25.) O segundo caso, mencionado na lei, de rescisão contratual unilateral, é aquela proveniente de *interesse público* (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993), na qual a Administração, no uso da competência *discricionária*, rescinde o contrato administrativo, sem que o contratado tenha dado causa à extinção do liame.

De acordo com Laubadère, Venezia e Gaudemet, o *regime jurídico* da *competência* para rescindir, *unilateralmente*, os contratos administrativos, tem os seguintes "princípios": 1) cuida-se de "rescisão geral", pois existe em todos os contratos administrativos; 2) a rescisão por interesse público constitui para a Administração uma competência discricionária; 3) a rescisão discricionária é de



ordem pública; mesmo quando não prevista no contrato, a Administração pode exercê-la; 4) a rescisão contratual discricionária tem o condão de propiciar ao contratado direito à indenização, ante os prejuízos causados.[36]

26.) No direito nacional, dentre os requisitos, mencionados no artigo 78, XII, da Lei nº 8.666/1993, destacamos a necessidade das razões de *interesse público* serem *justificadas* (comprovação dos *motivos*) *e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa* a que está subordinado o contratante (não é quem firmou o instrumento de contrato, exceto se esta seja a mais alta autoridade); e devem ser exaradas no bojo do *processo administrativo a que se refere o contrato*.

27.) A nosso ver, mesmo no caso de *rescisão unilateral* por interesse público [com maior razão, na rescisão por culpa do contratado], é preciso *contraditório prévio*, isto é, o contratado deve ter oportunidade de manifestar-se, antes da decisão administrativa a respeito da extinção do liame. E a *decisão administrativa* deve ser *motivada*, fundada nos elementos probatórios que justifiquem a medida tomada.[37]

35 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 249.

36 LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 771.

37 "Se não houvesse a necessidade de motivar o ato administrativo, em determinadas hipóteses, não haveria como a sociedade controlar a conduta dos administradores; poderiam descumprir a lei de forma expressa ou – pior – cumpri-la sob a forma, não a atendendo, porém, no seu fim

28.) A *motivação* contém: (a) a exposição dos motivos (pressuposto de fato); (b) a causa (relação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, na qual se observa a razoabilidade proporcionalidade da decisão); e (c) a regra de Direito em que se estribou o agente público para editar o ato.

Não podemos olvidar a conhecida *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual "os motivos integram a validade do ato – uma vez enunciados, se acaso forem infundados, inverídicos, isto será causa de nulidade do ato."[38] Como expõe Weida Zancaner, essa teoria "está a demonstrar que o administrador se vincula ao motivo por ele elencado, o que mostra que o refazimento, com efeito retroativo, do ato eivado por essa espécie de vício é impossível."[39]

28-A.) Expõe o autor italiano Pietro Virga, ao referir à motivação tendo em vista a *natureza do ato*:

> L'obbligo dela motivazione può considerar si imposto dalla natura dell'ato, quando la motivazione sia indispensabile ad identifica reil potere esercitato o quando l'incidenza sulle posizio ni giuridiche dei soggeti privati exiga chel'interessato sia messon ella miglio recondizione per difendersi in via amministrativa o giurisdizionale control'eventuale eccesso di potere, in cui sia incorsal' autorità amministrativa nell'emanarel'atto.[40]

29.) No Brasil, a motivação[41] e o contraditório prévio, nesses casos, decorrem do *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV e LV, da CF),[42] ou por conta do artigo 78, XII (citado), ou do artigo 78, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/1993.[43] Na mesma linha, o artigo 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, quanto ao "desfazimento do processo licitatório" (revogação ou nulidade), o qual assegura o contraditório e ampla defesa [prévios].

30.) Também haverá *rescisão unilateral do contrato*, na ocorrência de caso fortuito (força da natureza, um tufão insuspeitado), ou força maior (evento humano, uma greve), regularmente *comprovada, impeditiva da execução* do contrato. (art. 78, XVII, c.c. o art. 79,I, da Lei nº 8.666/1993).[44]

Como ocorre na hipótese de rescisão de *pleno direito* (a ser estudada logo mais), o ato administrativo que determina a rescisão *retroage* aos fatos qualificados de *caso fortuito ou força maior*. O ato administrativo tem efeitos meramente *declaratórios*, com eficácia *ex tunc*, pois "reconhece apenas" aquelas situações excepcionais.

31.) No caso fortuito ou na força maior,

(...)". (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77)

38 *Ibidem*, p. 81.

39 ZANCANER. Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

40 VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffré, 1972, p. 209: "A obrigação da motivação pode considerar-se imposta pela natureza do ato, quando ela seja indispensável a identificar o poder exercido, ou quando a incidência sobre as posições jurídicas dos sujeitos privados exija que o interessado seja posto na melhor condição para defender-se na via administrativa ou jurisdicional contra o eventual excesso de poder em que incursa a autoridade administrativa ao emanar o ato."

41 A motivação decorre do Texto Constitucional; afirma Lúcia Valle Figueiredo: "É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?" (FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51)

42 Dispõe o artigo 5º da CF: "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes."

43 Estabelece o parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993: "Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa."

44 Quando houver meras *dificuldades* à execução do contrato, a lei autoriza alteração contratual, por acordo, a fim de restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 65, II, "d"), ou a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, igualmente mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 57, § 1º, II).

o legislador adotou a fórmula de rescisão unilateral, *com direito ao ressarcimento ao contratado* (art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), em vista da *ausência de falta contratual deste*.

Com efeito, tanto na *rescisão unilateral* por *caso fortuito ou força maior* (art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993), quanto na *rescisão unilateral* por *interesse público* (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993) e nas demais situações elencadas no artigo 78, XIII, XIV, XV e XVI, da Lei nº 8.666/1993 (rescisão por "*falta" da Administração*), o contratado deve ser indenizado (na dicção legal: "ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados"), tendo direito, ainda: à devolução da garantia; aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

32.) Como regra básica, o ressarcimento deve ser amplo, ao contratado, quando ele não der causa, motivo, à rescisão.[45] Por isso, além dos *danos emergentes* (comprovados, inclusive as despesas financeiras do contratado, na obtenção de empréstimos bancários), são devidos *lucros cessantes*, quanto ao *remanescente* do objeto do contrato não executado (o que o contratado deixou, razoavelmente, de ganhar).[46]

Estes são devidos até o momento em que haveria o *advento do termo contratual*, exigindo-se, no entanto, provas *concretas quanto à probabilidade de danos*, mediante análise das *condições atuais* da execução do contrato.[47]

33.) Apesar dessas considerações gerais, ressalvamos, o caso fortuito ou força maior, no qual as *partes* do contrato (portanto, também a Administração) não deram causa à extinção do liame e, assim, as respectivas *responsabilidades ficam liberadas*. Por isso, não há pagamento de lucros cessantes; a Administração arca apenas com *danos emergentes* do contratado, que sejam *comprovados* (art. 79,§ 2º), e devidos *até o momento da rescisão contratual*. Haveria verdadeiro *enriquecimento sem causa*, se a Administração se dispusesse a pagar os lucros cessantes ao contratado, sem ter dado *causa à rescisão*.[48]

34.) Deve-se ressaltar, ainda *no caso fortuito*, a "falta do aparelho administrativo", ou descúria de coisas a cargo da Administração, seu serviço ou sua guarda; neste caso, o ressarcimento ao contratado ocorrerá pela *teoria da culpa ignorada do serviço*;[49] a nosso ver, incluem-se os *lucros cessantes*.

b) rescisão amigável; o ato administrativo de controle.

35.) Já, a *rescisão amigável* (art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993), a qual demanda *autorização escrita e fundamentada* (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993),é reduzida a

45 No Direito francês, segundo Laubadère, Venezia e Gaudemet, nos *contratos administrativos*, a indenização, ao contratado, *por falta da Administração*, ocorre nos termos do *direito comum*. (LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 775)

46 Dispõe o artigo 402 do Código Civil brasileiro: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar." Já o artigo 389 do Código Civil tem a seguinte redação: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

47 O Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de aplicação supletiva das normas de direito privado (o art. 402, do CCB); são devidos *lucros cessantes* (AgRg no REsp 929.310/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 20/10/2009, DJe 12/11/2009).

48 Nas ótimas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: "*Enriquecimento sem causa* é o incremento do patrimônio de alguém à custa do patrimônio de quem o produziu sem que, todavia, exista uma causa juridicamente idônea para supeditar esta conseqüência benéfica para um e gravosa para outro." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 675, destaques originais). Explica, esse autor, tal fenômeno não é exclusivo do Direito Privado; indica o velho brocardo romano, universalmente proscrito: *nemo locupletari potest cum aliena jactura*: "ninguém deve se locupletar com o dano alheio" (*Ibidem*, mesma página).

49 Edmir Netto de Araujo expõe: "Já o *caso fortuito*, que não é excludente de responsabilidade estatal (e também está contemplado nos citados arts. 78, XVII, e 79, § 2º), poderá ocasionar ressarcimento principalmente se tiver por base falhas no aparelhamento da Administração ou descúria de coisas a seu cargo, seu serviço ou mesmo à sua guarda, pela *teoria da culpa ignorada do serviço*." (ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 645, destaques originais).

termo, nos autos do processo licitatório, desde que haja *conveniência ao interesse público*. Logo, nessa espécie de rescisão, a Administração deve *demonstrar,* por documentos e outros elementos probatórios, a vantagem ao interesse público. Cuida-se de *competência discricionária* da Administração, na qual esta atua mediante critérios de *oportunidade e conveniência*.

36.) A *autorização prévia* da autoridade competente, exigida na *rescisão amigável e na administrativa* (unilateral),[50] é ato de *controle* do *ato administrativo rescisório*; a autoridade, mediante critérios de conveniência e oportunidade, no uso da competência discricionária, aprova, ou *libera,* ato administrativo a ser editado na rescisão contratual, de competência de outra autoridade.

36-A.) Assim, a "autorização", contida na Lei nº 8.666/1993, nada tem a ver com o ato administrativo homônimo da Administração, exarado no exercício do *poder de polícia*;[51] a primeira, na verdade, tem "sentido específico" de *aprovação*, conforme ensinamento da doutrina italiana, capitaneada, no Brasil, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello; de acordo com o autor brasileiro:

> *Aprovação* é o ato administrativo discricionário, unilateral, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se faculta sua prática ou, se já emanado, se lhe dá *eficácia*. Aprecia a conveniência e a oportunidade da manifestação jurídica do ato controlado.[52]

37.) Conforme esse competente jurista:

> Modernamente, acha-se ultrapassada essa orientação, que incluía a aprovação como participante do ato complexo juntamente com o ato controlado. Na realidade, não se integra na formação deste. Constitui elemento de sua *eficácia*, jamais de sua *perfeição*. A perfeição do ato controlado não nasce da fusão da vontade deste com a do ato controlador. Decorre tão-somente do ato controlado, embora sua eficácia dependa do ato controlador.[53]

De efeito, afirma Lafayette Pondé:

> Quando a norma de organização administrativa estabelece que a ação de um órgão deve ser precedida de outros atos da própria administração, ou de um outro sujeito de direito, todos porém articulados em um nexo comum, diz-se que existe um processo administrativo. Esses atos assim coordenados condicionam o exercício do poder jurídico atribuído àquele órgão de tal modo que se ele atua sem este processo, ou em termos de um processo nulo, sua ação é viciada de "incompetência". A expressão tem sido também usada, na teoria geral dos atos administrativos, para indicar o ciclo de formação de alguns desses atos – os de elaboração continuada, como o ato complexo e o ato colegial. Neste caso, ela diz da "perfeição" desses atos, isto é, da presença dos seus elementos conceituais, não uma seriação de atos diversificados entre si. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles resulta de sucessivas manifestações de vontade,

50 A Lei nº 8.666/1993, no artigo 79, § 1º, refere-se à "rescisão administrativa *ou* amigável"; parecem palavras sinônimas. Porém, a primeira é a *rescisão unilateral* da Administração; a segunda, *por acordo*. Além disso, o artigo 78, XII, da Lei nº 8.666/1993 exige, na *rescisão unilateral, por interesse público*, que as razões de interesse público sejam *justificadas e determinadas* pela *máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante*. Finalmente, as *razões de interesse público*, conforme os termos legais, ditadas, *determinadas*, pela autoridade superior, *vinculam*, *em princípio*, a autoridade que firmou o instrumento do contrato. Como regra fundamental, a autoridade inferior não pode questionar, ou deixar de reconhecer, as razões de interesse público, justificadas e determinadas pela autoridade superior.

51 A respeito dessa espécie tipológica de ato administrativo (*autorização* na *polícia administrativa*), cf. VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 197, rodapé 219. Quanto à distinção entre *autorização e licença* (*Ibidem*, p. 107, rodapé 272).

52 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 562, destaques nossos.

53 *Ibidem*, p. 564, destaques nossos.

> da mesma natureza e de finalidade comum, à base de uma norma que lhes dá relevância jurídica, mas nenhuma delas exprime, por si só, a vontade da administração, nem configura um ato jurídico específico. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles é um ato único, indivisível, embora na sua formação se destaquem os seus momentos estruturais, um dos quais faltando ele não existe.[54]

37-A.) Os aspectos concernentes à *perfeição,* à *validade e* à *eficácia* do ato não se confundem;[55] sendo planos distintos, distintas são suas consequências. Em suma, esgotadas as operações necessárias para a existência jurídica do ato (perfeição), estando ele de acordo com o ordenamento jurídico (validade), pode ocorrer a necessidade de "providências instrumentais ou de eventos futuros, o que faz permaneça [o ato] em estado de pendência, enquanto não se verifiquem, e mesmo requer atividade administrativa material da sua execução." (eficácia).[56]

37-B) Vale lembrar, na lição de Olguin Juarez, que a *eficácia* é *pressuposto da executoriedade*;[57] enquanto aquela não se verificar, o ato não pode ser cumprido, exigido, pois a Administração não pode cumprir um ato sem que esteja em condições de *produzir todos os seus efeitos*.[58]

Logo, na Lei nº 8.666/1993, onde se lê "autorização", leia-se: "aprovação". São atos distintos, de naturezas jurídicas diversas.[59]

c. rescisão judicial; a exceptio non adimpleti contractus; o fato da Administração.

38.) A *rescisão judicial* (art. 79, III, da Lei nº 8.666/1993), como a nomenclatura indica, é aquela proferida por magistrado, na *função jurisdicional*. O contratado, a fim de obter a *rescisão contra a vontade da Administração* [ela pode ser amigável], *deve* buscar as vias judiciais;[60] a Administração, ao contrário, tem faculdade, opção, para propor ação judicial (ela pode rescindir o contrato de forma unilateral), a fim de o magistrado determinar a rescisão do contrato.

39.) Enquanto a Administração, por encarnar o interesse público, detém meios para invocar a e*xceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido),[61]

---

54 PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de direito administrativo*, n. 130. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

55 A respeito da distinção: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 345.

56 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87, com citação de MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 534.

57 JUAREZ, Hugo Augusto Olguin. *Extinción de los actos administrativos* - revocación, invalidación y decaimento. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 24.

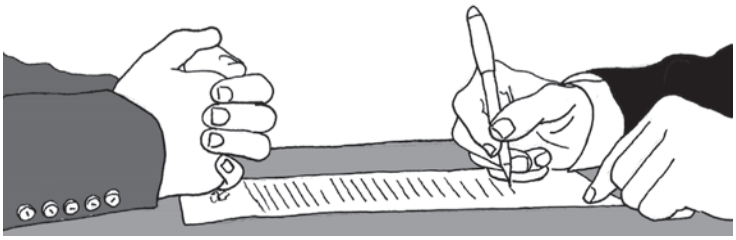
58 Consequência disso é a afirmação de Cassagne: "En este último caso [aprobación], si existiera un vicio en el acto que la dispone, tal defecto no incide en la validez del acto aprobado, si bien para que éste produz ca efectos jurídicos es necesario que se subsaneel vicio o defecto existente en el acto aprobación." (CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo:* teoría y régimen jurídico. Bueno Aires: La Ley, 2012, p. 257).

59 O mesmo raciocínio se faz do artigo 80, § 3º, da Lei nº 8.666/1993: "Na hipótese do o inc. II [ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade...], o ato deverá ser *precedido de autorização* expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso." (destaques nossos) Trata-se de *aprovação prévia*, ou de controle, do ato a ser editado.

60 No âmbito das concessões de serviços públicos, a Lei nº 8.987, de 13/02/1995, artigo 39, e parágrafo único, tem a seguinte redação: "O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante *ação judicial* especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial *transitada em julgado*." (destaques nossos). Um dos corolários da *indisponibilidade do interesse público* é a *continuidade dos serviços públicos*: "o serviço público não pode parar, ele é contínuo, pois essencial à comunidade." (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67)

61 Na singela e precisa explicação de Clóvis Bevilaqua: "O contrato é, sempre, um ato bilateral, porque pressupõe acordo de vontades; mas, por sua vez, pode ser bilateral ou unilateral, segundo há, ou não, reciprocidade de prestações. Esta reciprocidade de prestações é da essência dos contratos bilaterais. Dela resulta a exceção *non adimpleti*

o contratado, ao contrário, só pode fazê-lo nas hipóteses demarcadas na lei (art. 78, XIV e XV, da Lei nº 8.666/1993).



39-A.) A leitura correta desses incisos do artigo 78 adstringe-se ao seguinte: o contratado poderá *suspender, sem ordem judicial, o cumprimento de suas obrigações*, bastando *notificar*, judicial ou extrajudicialmente, a Administração; já, para obter a *rescisão contratual*, deverá propor a competente *ação judicial* (*rescisão judicial*).[62]

40.) Há outros casos, em que o *contratado* pode deixar de cumprir com a sua obrigação, por conta do *não cumprimento de obrigação da contratante*. Assim o artigo 78, XVI, da Lei nº 8.666/1993 autoriza a rescisão do contrato "a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto".

Trata-se de um dos casos do *fato da Administração*, referido pela doutrina; de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, há situações em que a *contratante*, por "ato" *irregular, viola os direitos do contratado* (*violação contratual*);[63] que dá ensejo, à (a) *recomposição patrimonial* do contratado (mantença do equilíbrio econômico financeiro do contrato); (b) *prorrogação do contrato* (art. 57, § 1º, VI, da Lei nº 8.666/1993) e do *cronograma de execução* (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993); ou à *rescisão* (art. 78, XV, XVI, da Lei nº 8.666/1993, dentre outros), com a devida *indenização* (art. 66 e 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

41.) Afora os *casos legais*, ante o *princípio da continuidade do serviço público*, o contratado – como regra básica - tem dever de executar o objeto do contrato. Gaston Jèze ensina:

> *Solamente en caso de imposibilidad* del contratante para prosseguir su colaboración em el servicio público, es excusable la suspensión de la prestación prometida en el contrato administrativo. En caso de simple dificultad, el cocontratante no debe dejar de prestar su colaboración: esta cesación tendría consecuencias sobre el funcionamiento regular del servicio público.[64]

42.) Contudo, ninguém está obrigado a fazer o *impossível*. Não se pode exigir do contratado contrair obrigações insuportáveis, a fim de continuar a obra ou o serviço, a ponto de levá-lo à falência, ou comprometer, drasticamente, a sua situação financeira. Nesses casos, insuperáveis, *ou insuportáveis*, o contratado pode *suspender* o cumprimento de suas obrigações, notificando a contratante; ou propor a ação judicial competente.[65]

---

contractus, em virtude da qual, se uma das partes, sem ter cumprido sua prestação, exigir o cumprimento da outra, esta se defende, alegando que não pode ser coagida, porque o outro contraente também não cumpriu o prometido." (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. atual. por Achilles Bevilaqua: Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946, v. IV, p. 264)

62 A ação judicial de rescisão contratual também pode ser proposta pelo Ministério Público, na defesa do interesses públicos difusos (ação civil pública); ou por terceiro, um cidadão, ao ingressar com a competente ação popular, igualmente para proteger interesses difusos da sociedade.

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 662.

64 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950, v. VI, p. 4, rodapé 1, destaques originais.

65 Carlos Maximiliano: "*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente;* não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 166, destaques originais)

d. rescisão de "pleno direito".

43.) A derradeira forma de rescisão contratual é a de *pleno direito*. Como o nome indica, ocorrido o fato, ou a situação jurídica, o liame extingue-se, *automaticamente*. Dessa forma, o ato administrativo apenas limita-se a reconhecer, *declarar*, a ocorrência do fato que originou o fim do contrato. Então, o ato administrativo tem efeitos meramente *declaratórios*, pretéritos: *retroagem* à data da situação da qual originou a extinção do contrato. Hely Lopes Meirelles cita os seguintes exemplos: dissolução da sociedade, falência da empresa, perecimento do objeto do contrato.[66]

6. Conclusões.

Após esses sucintos delineamentos, podemos estabelecer alguns pontos comuns – conclusivos – a respeito dos aspectos abordados, quais sejam:

1.) O contrato administrativo é elaborado no exercício de *função administrativa*; logo, a Administração detém *prerrogativas*, incomuns no Direito Privado; essas prerrogativas, embora elencadas, algumas delas, na Lei nº 8.666/1993, advém do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Por decorrência, o contrato administrativo contém *cláusulas especiais*, normalmente contidas, enunciadas, na Lei nº 8.666/1993.

De outra parte, podem ser aplicadas normas do Direito Privado, no contrato do Direito Administrativo; porém, mediante aplicação da *analogia*; aquelas não podem ir de encontro aos princípios e normas deste ramo do Direito.

2.) Embora o contrato, por ser acordo de vontades, contenha a "cláusula" *lex inter pars* – assim, as partes têm dever de cumprir as normas do contrato –, submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*, com base na qual o contratado poderá, dentre outras providências, pleitear a devida *recomposição patrimonial*, devido ao aumento de encargos, desde que tenha havido "circunstâncias extraordinárias" que a justifiquem.

3.) A rescisão contratual é a *ultima ratio*, porque pressupõe atos graves, sérios; mas negligências persistentes, retardamentos prolongados, devem ser considerados graves, e justificam a rescisão. Também a inexecução *parcial e grave*, pode originar a rescisão.

4.) A rescisão *unilateral ou administrativa* e a *amigável* pressupõem autorização escrita e fundamentada de autoridade competente (segundo as leis e atos da Administração). Ademais, na hipótese de *rescisão unilateral, por interesse público*, deve haver razões justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa. Trata-se de *atos liberatórios*, de controle (*aprovação)*, de outro ato, a cargo de autoridade. Há, por assim dizer, *aprovações prévias*, que liberam a prática de outro ato, a ser praticado por outra autoridade.

5.) A *rescisão unilateral, como penalidade administrativa* imposta ao contratado, pressupõe dolo ou culpa deste, que deve ser demonstrado no bojo de processo administrativo. No entanto, a imposição dessa pena pode cumular-se com outras penalidades (multas, suspensão temporária, declaração de inidoneidade). Finalmente, a rescisão, a suspensão e a declaração de inidoneidade devem ser impostas apenas em *situações graves*, praticadas pelo contratado.

6.) Em virtude da *natureza do ato*, a *rescisão unilateral, por interesse público*, exige o *prévio contraditório* ao contratado, e deve ser *motivada* (teoria dos motivos determinantes). Com maior razão, a rescisão unilateral, por penalidade do contratado.

66 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 252. Incluímos as hipóteses de *caso fortuito e força maior*.

7.) A *rescisão unilateral e a amigável* têm efeitos para frente, a partir da publicação do respectivo ato administrativo. Devem-se ressalvar as hipóteses de caso fortuito ou de força maior – que constituem também motivos para a rescisão unilateral – , cujos efeitos *retroagem* àquelas circunstâncias excepcionais. Nessa linha, os casos de *rescisão de pleno direito* retroagem, têm eficácia retroativa – o ato da Administração apenas reconhece dada situação (efeitos declaratórios).

8.) Quando o contratado não der causa à rescisão unilateral, deve ser *ressarcido*, indenizado: são devidos danos emergentes e lucros cessantes, estes a respeito do que remanescer, até o advento do termo contratual, observando-se a probabilidade efetiva de danos, por meio de verificação das condições atuais da execução do contrato.

9.) Contudo, na rescisão unilateral, por caso fortuito ou força maior, são devidos, ao contratado, somente os danos emergentes, devidos, em princípio, até o momento da ocorrência do fato impeditivo da execução do contrato. A Administração não pode responsabilizar-se por situações que não deu causa, e nem concorreu para sua eclosão. Ressalte-se, no caso fortuito, a "falta" do serviço, a ausência de cuidado de coisas a cargo da Administração – aqui são devidos também os lucros cessantes.

10.) Linhas gerais, a Administração pode sempre invocar a *exceção de contrato não cumprido* pelo contratado; porém, este pode invocá-la, em seu favor, somente nos casos legais, ao *suspender*, sem ordem judicial, o cumprimento de suas obrigações. No entanto, tudo dependerá do caso concreto, pois o contratado não está obrigado, juridicamente, a *comprometer, drasticamente, a sua situação financeira*.

11.) Já, para *rescindir o contrato*, nessas hipóteses – inclusive quando houver *fato da administração* – , o contratado deverá propor a ação judicial competente, visando à *rescisão judicial*.

Bibliografia.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. atual. por Achilles Bevilaqua: Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. v. IV.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. La sustantividade del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas. *In: Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

_____ . *El acto administrativo:* teoría y régimen jurídico. Bueno Aires: La Ley, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 7. ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. VI.

JUAREZ, Hugo Augusto Olguin. *Extinción de los actos administrativos* - revocación, invalidación y decaimento. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996. t. I.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de direito administrativo*, n. 130. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffré, 1972.

VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

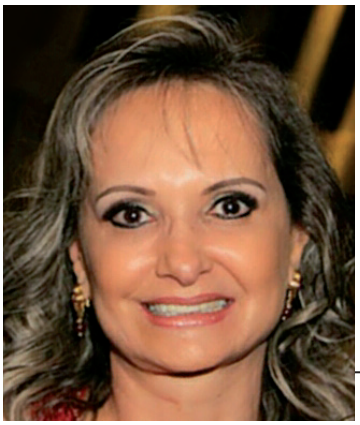
_____ . *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ . *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ . *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCANER. Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A importância do giro linguístico



Eliana Borges de Mello Marcelo

Juíza Federal. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISO – Universidade de Sorocaba. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC – Escola Superior de Direito Constitucional. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A linguagem como expressão humana. 3. Antecedentes históricos do "giro linguístico". 4. O giro linguístico segundo Dardo Scavino. 4.1. Não existem feitos, somente interpretações. 4.2. A escrita figurativa. 4.3. Da natureza à cultura. 5. Entendendo o giro linguístico. 6. Giro linguístico analítico. 7. Giro pragmático. 8. Giro hermenêutico. 9. Giro pragmático transcendental ou universal. 10. Conclusão. Referência bibliográfica.

1. Introdução.

O presente trabalho tem como objetivo entender a hermenêutica, em especial, a jurídica trazida pela teoria da linguagem. Essa abordagem fixar-se-á na linguagem, não como forma de traduzir e expressar o pensamento, ou seja, nossas ideias, mas a relação existente entre a linguagem e o mundo, como estrutura lógica, uma representação do mundo formador de realidades, presente em nosso século, sendo a linguagem o mote para a construção do sentido da norma feita a partir do seu intérprete.

O giro linguístico alterou os significados e o conhecimento filosófico e, a partir dele, a visão da realidade, proporcionando conceitos científicos, teóricos e metodológicos, rompendo com as teorias até então existentes, inclusive as filosóficas. Essa linguagem não se limita ao texto, mas qualifica a natureza e a força das proposições, o que para o Direito desenvolve um novo refletir. Reflexão que se abordará não só num contexto filosófico (das ideias), mas como necessária à compreensão dos fatos, uma hermenêutica filosófica jurídica que permitiu a evolução do pensar, inclusive pela lógica.

Admitiu-se, dentro de um contexto histórico, a possibilidade de decisões integrando e interpretando a compreensão do mundo atual, dentro de uma verdade até então não pensada ou prevista. Essa nova visão, dada pelo giro linguístico, iniciada no início do século passado, permite que o Direito compreenda decisões que até os anos 50 eram inimagináveis. A linguagem vertida em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, afastando uma tradição metafísica (objetiva), para sob um novo ângulo metodológico e cultural,

no modo de ver e ser do intérprete, admitir a possibilidade da descriminalização do aborto do feto anencefálico[1] e do reconhecimento da união homoafetiva.[2]

A abrangência da interpretação conferida pelo giro linguístico possibilitou aos intérpretes (juristas, julgadores, legisladores) uma nova visão dos direitos coletivos, além de procedimentos processuais legais inovadores, como, por exemplo, a exceção de pré-executividade, a tutela antecipada nas ações de conhecimento, as conciliações (mediação) e a criação dos juizados especiais destinados às pequenas causas (informalidade), legitimando uma nova linguagem, inclusive computadorizada, como foi o reconhecimento da videoconferência em matéria penal, em clara evolução da linguagem contemporânea, como formulações jurídicas indispensáveis para a comunicação e interpretação do Direito em face das relações sociais vigentes e futuras.

A demarcação da teoria da linguagem na lógica procurou esclarecer o conhecimento humano cientificamente, depurando-o e estruturando os fenômenos captados pelos nossos sentidos, afastando a construção empírica do saber.

Estabeleceram-se formas de giros linguísticos, dentre eles o giro linguístico analítico, o giro pragmático; o giro hermenêutico; o giro pragmático transcendental ou universal, cuja abordagem, ainda que superficialmente, será feita.

Por fim, poderemos afirmar que as significações trazidas pelo giro linguístico possibilitaram e possibilitam uma *ativa* atividade interpretativa, dentro de um processo hermenêutico capaz de traduzir o significado do nosso pensamento.

Não se quer, entretanto, abandonar ou criticar outras teorias defendidas, reestudadas e reestruturadas sob nova roupagem, mas enfocar um capítulo de nossa era que contribuiu para a evolução do pensamento científico, esquadrinhando seu início, critérios e cortes metodológicos para a visão do mundo das coisas e fatos sob uma nova concepção, cuja compreensão encontra seus limites na linguagem.

2. A linguagem como expressão humana.

Antes de ingressarmos no ponto central do "giro linguístico", necessário se faz o estabelecimento da distinção entre a linguagem cotidiana e a sua representatividade no dia a dia, para aí sim ingressarmos na filosofia da linguagem que teve, no nosso entender, como grande precursor o filósofo Wittgenstein, no seu "Tractatus logico-philosophicus".

A linguagem é a base das relações sociais e sem perceber a utilizamos das mais variadas formas para sermos compreendidos. A linguagem falada é uma das formas de comunicação entre os povos e é a mais natural dentre todas. Através do idioma podemos transmitir nosso pensamento. Várias nações possuem diferentes formas de comunicação. No Brasil, o idioma oficial é o Português; nos Estados Unidos da América, é o Inglês; na Alemanha, o idioma é o Alemão e assim os povos se comunicam, por meio da fala nos idiomas consagrados. Porém, para compreendermos a linguagem, precisamos identificar o pensamento por ela transmitido. Nesse particular, desconhecendo a linguagem utilizada, poderíamos conduzir uma comunicação por meio de gestos, quando verbalmente não se consiga expressá-la. Imaginem um alemão em viagem ao Brasil tentando se fazer entender. Por óbvio, expressando-se verbalmente não atingiria seus objetivos, pois enfrentaria uma dificuldade linguística à conversão do seu pensamento para aqueles que desconhecessem o seu idioma, considerando que aqui o idioma usual é o Português. Esse processo

1 ADPF 54/DF, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe 29/04/2013.

2 RE 477.554-AgR/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/08/2011, DJe 25/08/2011. No mesmo sentido: ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011.



de tradução não é fácil, gestualmente possivelmente ele conseguiria construir uma linguagem facilitadora dos seus objetivos. O mesmo ocorre na comunicação de uma pessoa surda muda. Apesar de essa classe de pessoas possuir um código próprio, nem todos conseguem compreender a ideia transmitida por falta do domínio da técnica desenvolvida. Da mesma forma poderíamos citar os cegos, cuja escrita não alcança, igualmente, o domínio de todos.

Mas há expressões universais, cujos signos são perceptíveis a todos, ainda que a linguagem não seja a mesma. Podemos exemplificar, gestualmente, como em uma guerra, a rendição, pelo simples acenar de uma bandeira branca, significando a paz, o beijo como o sinônimo do amor entre as pessoas, o apertar de mão como o estabelecimento de uma amizade, simpatia, ou, ainda um congraçamento entre povos, dependendo do contexto em que ele se expressa. Nesse sentido também entendemos, universalmente, quando alguém estiver empunhando um revólver contra uma pessoa e sem dizer uma só palavra, compreende-se que ele quer desapossar os bens dessa pessoa. Também, o movimento gestual de um guarda de trânsito, para indicar se devemos parar ou seguir adiante com um veículo. Todos esses exemplos nos levam a uma dimensão da linguagem, desenvolvida por símbolos para que compreendamos determinado objeto. Eles permitem identificar tanto o emissor da ordem (o ladrão, o guarda de trânsito), por um conjunto de fatores e características, assim como o seu receptor (a vítima, o motorista).

Porém, nem sempre a simples linguagem natural, estabelecida para as comunicações sociais, soluciona com clareza essa comunicação, pois devemos considerar não só a cultura dos povos, sem qualquer racionalização, assim como as limitações implícitas desse discurso. Por exemplo, grande parte dos costumes existentes no Oriente Médio, como de a mulher usar a burca, dada a sua cultura e religião muçulmana, o que não seria admitido na maior parte do mundo, mesmo no Brasil; a morte por apedrejamento, considerada legal em alguns países, sequer seria cogitada em nosso país, dada a relevância de alguns direitos do homem, conquistados como absolutos.

Por isso a teoria da linguagem tentou conferir ao discurso uma tecnicidade que correspondesse, de alguma forma, à realidade, a linguagem como ciência positiva, para que, através de construções formais e lógicas, como a lógico matemática, conferisse ao intérprete uma reflexão e percepções justas e adequadas (verdadeiro e falso), dentro de uma visão filosófica inovadora, a partir da teoria do conhecimento.

Podemos dizer, ainda, parafraseando Miguel Reale, que a linguagem transcende o ser para assumir conteúdos espirituais. Para esse autor:

> Procedemos, muitas vezes a respeito da linguagem, como procedemos com referência ao ar, do qual só nos apercebemos quando dele sentimos falta. Tudo quanto o homem sabe, sabe através de palavras e símbolos, através da linguagem. Pro-

> curar a raiz de uma realidade muitas vezes é procurar a raiz de um vocábulo. A etimologia das palavras é manancial precioso de verdades a respeito dos fenômenos, mesmo porque as palavras raramente surgem por acaso, mas são antes postas em função de algo que se impõe inicialmente ao espírito. Nem mesmo os povos selvagens ou primitivos usam as palavras sem qualquer motivação. Nós, no Brasil, para citar só um exemplo, temos a prova maravilhosa da precisão extraordinária com que nossos indígenas davam nomes aos lugares. Ainda hoje, podemos saber qual a característica de uma região, pela precisão das palavras empregadas pelos indígenas em sua toponímia espontânea e poética.[3]

No campo da Filosofia, a importância da linguagem é bem retratada por Marilena Chaui como sendo uma presença constante no nosso cotidiano e forma de comunicação, relacionando o mundo com os outros. A partir de Aristóteles concluiu seu pensamento e define o que seria a linguagem sob o campo filosófico:

> A palavra distingue os homens e os animais; a linguagem distingue as nações entre si. Não se sabe de onde é um homem antes que ele tenha falado.
> Escrevendo sobre a teoria da linguagem, o linguista *Hjelmslev* afirma que "a linguagem é inseparável do homem, segue-o em todos os seus atos", sendo "instrumento graças ao qual o homem modela seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, a base mais profunda da sociedade humana".
> Prosseguindo em sua apreciação sobre a importância da linguagem, Rousseau considera que a linguagem nasce de uma profunda necessidade de comunicação.
> "Desde que um homem foi reconhecido por outro como um ser sensível, pensante e semelhante a si próprio, o desejo e a necessidade de comunicar-lhe seus sentimentos e pensamentos fizeram-no buscar meios para isto".
> Gestos e vozes, na busca da expressão e da comunicação, fizeram surgir a linguagem. Por seu turno, Hjelmslev afirma que a linguagem é
> "o recurso último e indispensável do homem, seu refúgio nas horas solitárias em que o espírito luta contra a existência, e quando o conflito se resolve no monólogo do poeta e na meditação do pensador".
> A linguagem, diz ele, está sempre à nossa volta, sempre pronta a envolver nossos pensamentos e sentimentos, acompanhando-nos em toda a nossa vida. Ela não é um simples acompanhamento do pensamento, "mas sim um fio profundamente tecido na trama do pensamento", é "o tesouro da memória e a consciência vigilante transmitida de geração a geração". A linguagem é, assim, a forma propriamente humana da comunicação, da relação com o mundo e com os outros, da vida social e política, do pensamento e das artes.[4]

E prossegue:

> *O que é a linguagem?*
> A linguagem é um sistema de signos ou sinais usados para indicar coisas, para a comunicação entre pessoas e para a expressão de ideias, valores e sentimentos. Embora aparentemente simples, essa definição da linguagem esconde problemas complicados com os quais os filósofos têm-se ocupado desde há muito tempo. Essa definição afirma que:
> 1. a linguagem é um sistema, isto é, uma totalidade estruturada, com princípios e leis próprios, sistema esse que pode ser conhecido;
> 2. a linguagem é um sistema de sinais ou

3 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363

4 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012, p. 185-186.

de signos, isto é, os elementos que formam a totalidade linguística são um tipo especial de objetos, os signos, ou objetos que indicam outros, designam outros ou representam outros. Por exemplo, a fumaça é um signo ou sinal de fogo, a cicatriz é signo ou sinal de uma ferida, manchas na pele de um determinado formato, tamanho e cor são signos de sarampo ou de catapora, etc. No caso da linguagem, os signos são palavras e os componentes das palavras (sons ou letras);

3. a linguagem indica coisas, isto é, os signos linguísticos (as palavras) possuem uma função indicativa ou denotativa, pois como que apontam para as coisas que significam;

4. a linguagem estabelece a comunicação entre os seres humanos, isto é, tem uma função comunicativa: por meio das palavras entramos em relação com os outros, dialogamos, argumentamos, persuadimos, relatamos, discutimos, amamos e odiamos, ensinamos e aprendemos, etc.;

5. a linguagem exprime pensamentos, sentimentos e valores, isto é, possui uma função de conhecimento e de expressão, ou função conotativa: uma mesma palavra pode exprimir sentidos ou significados diferentes, dependendo do sujeito que a emprega, do sujeito que a ouve e lê, das condições ou circunstâncias em que foi empregada ou do contexto em que é usada. Assim, por exemplo, a palavra água, se for usada por um professor numa aula de química, conotará o elemento químico que corresponde à fórmula H2O; se for empregada por um poeta, pode conotar rios, chuvas, lágrimas, mar, líquido, pureza, etc.; se for empregada por uma criança que chora, pode estar indicando uma carência ou necessidade como a sede.

A definição nos diz, portanto, que a linguagem é um sistema de sinais com função indicativa, comunicativa, expressiva e conotativa.[5]

5 *Ibidem*, p. 189-190.

3. Antecedentes históricos do "giro linguístico".

Determinar quando começa o período que se denomina por "giro linguístico" não é fácil devido à dificuldade de determinar-se quais correntes filosóficas e quais filósofos podem ser considerados contemporâneos. Em 1991, o italiano Gianni Vattimo sugeriu que a hermenêutica, em sentido amplo do termo, havia se convertido em uma espécie de "koiné", ou seja, uma língua comum de nossa cultura ocidental, citando pensadores como Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel, Richard Rorty, Charles Taylor e Jacques Derrida, incluindo todos os seguidores da ruptura introduzida na filosofia europeia pelas últimas obras de Martin Heidegger e de Ludwig Wittgenstein. A "koiné" referida por Vattimo constitui-se no que outros filósofos como Habermas, Rorty e François Lyotard chamam de "giro linguístico" – expressão aparentemente introduzida por Gustav Bergmann.[6]

Mas por questão de metodologia, embora pareça não haver uma origem definida para o "giro linguístico", devido a progressão dessa teoria filosófica, encontramos em Wittgens-

6 Conforme original: "El tema, en principio, parece evidente. Sin embargo, determinar cuándo comienza nuestra actualidad, o ese lapso temporal que llamamos 'nuestro tiempo', no resulta nada fácil, entre otras cosas porque no se trata de una simple cuestión de años o de décadas. ¿Cuándo empieza, en filosofia, ese final? ¿Y qué filósofos pueden ser considerados los contemporáneos de este pensamiento finisecular? En un artículo de 1991, el italiano Gianni Vattimo planteaba que la hermenéutica, en un sentido amplio del término, se había convertido en una suerte de *koiné*, o lengua común, de nuestra cultura occidental. Y citaba, en particular, a pensadores como Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel, Richard Rorty, Charles Taylor y Jacques Derrida, pero incluía, en general, a todos los herederos de la ruptura introducida en la filosofia europea por las últimas obras de Martin Heidegger y de Ludwig Wittgenstein. De modo que la koiné hermenéutica a la que se referia Vattimo constituye lo que otros filósofos – y pienso sobre todo en Habermas, Rorty o François Lyotard– llaman el 'giro lingüístico', expresión que habría sido acuñada, según parece, por el filósofo Gustav Bergmann." (SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual*: pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999, p. 11. Introdução e Capítulo I.)

tein, no seu "Tractatus logico-philosophicus", o desenvolvimento de um sistema de linguagem ideal, pelo qual pretendeu substituir a linguagem cotidiana e usual, por uma linguagem filosófica analítica, cujos postulados se iniciaram perante o Círculo de Viena.

Cabe aqui uma breve apresentação biográfica de Ludwig Wittgenstein. Nascido na Áustria, em 26 de abril de 1889 e falecido em 29 de abril de 1951 (62 anos). Apesar de ser proveniente de família abastada, pois seu pai era industrial no ramo do aço e do ferro, galgando à condição de um dos homens mais ricos do *Império Habsburgo*, Wittgenstein abdicou da herança que lhe cabia, tendo uma vida simples. Foi professor de educação elementar em Othenthal e, a partir de 1929, professor na Universidade de Cambridge, na Inglaterra. Foi um dos mais importantes filósofos do século XX, sobretudo com sua obra "Tractatus logico-philosophicus", normalmente chamada simplesmente "Tractatus", tendo participado, direta ou indiretamente, de muitas discussões filosóficas, incluindo aquelas do chamado "Círculo de Viena" ou, abreviadamente, "WK".

O denominado Círculo de Viena ficou conhecido, no meio acadêmico, como sendo o encontro de filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas, enfim, cientistas obstinados à discussão dos problemas relativos à natureza do conhecimento científico, que ocorria em Viena, na segunda década do século XX. Era um grupo diferenciado, no qual se discutiam problemas relativos à natureza do conhecimento científico, do qual faziam parte, dentre outros, David Hume, Gottlob Frege, Ernst Mach, Hans Hahn, Phillipp Frank, Otto Neurath, Rudolf Carnap, Moritz Schlick e até Hans Kelsen.

Como diz Miguel Reale, esse grupo procurava formular, no domínio de suas pesquisas, uma linguagem adequada e eficaz, colocavam a Filosofia como uma "teoria metodológico lingüística das ciências, uma análise rigorosa da significação dos enunciados das ciências e de sua verificabilidade, visando, segundo alguns, a purificá-las de 'pseudoproblemas'."[7] E complementa:

> A Filosofia não teria de fazer indagações sobre o ser, pondo ou alimentando problemas metafísicos, dos quais não é possível dizer que sejam verdadeiros, nem falsos, mas apenas destituídos de sentido. A Metafísica é expressão que não tem significado aos olhos do neopositivismo. O problema ético mesmo é algo que desborda do campo específico da pesquisa científica, porquanto depende de cada indivíduo, de seus pendores e inclinações, de emoções variáveis e imprevisíveis, sem garantia de *verificabilidade*.[8]

Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, O Círculo de Viena, por meio de seus estudiosos, concebeu uma nova teoria. "Foi quando a então chamada 'filosofia da consciência' deu lugar à 'filosofia da linguagem'."[9] Para Aurora, o Círculo de Viena teve grande influência nos rumos do direito positivo, diante da nova concepção filosófica da linguagem pela qual esta "deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é mais visto como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens",[10] ocorre em função do significado e das definições construídas a partir da palavra e daquilo que ela passa a representar. Essa relação da linguagem vai definir as relações intersubjetivas e por isso ela passa a ser fundamental para o Direito.

Paulo de Barros Carvalho, ao discorrer sobre os antecedentes históricos e a formação

7 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.
8 *Ibidem*, p. 19.
9 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito* (o constructivismo lógico-semântico). São Paulo: Noeses, 2009, p. 13.
10 *Ibidem*, p. 14

do Círculo de Viena, eis que integrada por teóricos das mais variadas áreas de estudo, destaca a característica e a concepção científica do grupo:

> (...) uma das características do Círculo era a atitude aberta e antidogmática existente nas discussões, em que todos se mostravam dispostos a submeter suas teses à crítica dos demais. Predominava, amplamente, o espírito de colaboração, suplantando qualquer tipo de participação competitiva. O ambiente refletia, sem dúvida alguma, a especialíssima personalidade de Schlick. Equilibrado e portador de um dinamismo propenso à conciliação, coordenava os encontros com extraordinária habilidade, incentivando a mútua cooperação entre os membros, mas, sempre que necessário, tolhendo os arroubos excessivos, para que tudo se mantivesse num plano de efetiva praticidade. Em 1929, Schlick esteve na Califórnia como professor convidado pela Universidade de Stanford durante a primavera e o verão. Ao ensejo de seu regresso a Viena, em agosto daquele mesmo ano, três membros do Círculo – Rudolf Carnap, Hans Hahn e Otto Neurath – redigiram um manifesto intitulado "O ponto de vista científico do Círculo de Viena", com o que pretenderam prestar justa homenagem ao pai do cenáculo vienense, dedicando-lhe o opúsculo. A divulgação desse trabalho e a realização do congresso internacional de Praga, no mesmo ano, deram larga e pública difusão ao movimento que ficou, assim, conhecido como "Círculo de Viena".
> O manifesto apresentava uma concepção científica do mundo, como algo a ser conquistado mediante uma série de medidas, entre elas: a) colocar a linguagem do saber contemporâneo sob rigorosas bases intersubjetivas; b) assumir uma orientação absolutamente humanista, reafirmando o velho princípio dos sofistas: o homem é a medida de todas as coisas; e c) deixar assentado que tanto a Teologia quanto a Filosofia não poderiam ostentar foros de genuína validade cognoscitiva, formando, no fundo, um aglomerado de pseudoproblemas. De tal concepção emergem dois atributos essenciais: 1º) todo o conhecimento fica circunscrito ao domínio do conhecimento empírico; e 2º) a reivindicação do método e da análise lógica da linguagem, como instrumento sistemático da reflexão filosófica. Este último aspecto dá originalidade ao movimento, em contraste com a tradição psicologizante da própria gnosiologia empírico-positivista.[11]

Inicialmente, o Círculo de Viena, liderado por Moritz Schlick, professor da Universidade de Viena, tenta parecer um grupo filosófico independente, porém na historiografia tradicional predomina a ideia da influência direta de Wittgenstein nesse grupo.[12] Uma atitude antimetafísica era apresentada como o objetivo comum do grupo, diferente da intenção de Wittgenstein que não era a criação de um grupo filosófico, nem uma espécie de "tropa de assalto antimetafísica", mas sim, uma demarcação do ético "de dentro para fora" e "o estabelecimento de uma fronteira com o campo dos enunciados (verificáveis) das ciências naturais". Esse dualismo entre feitos e valores na linguagem ideal: o "que não pode ser dito" e "não pode ser expresso" aparece na filosofia, na religião, na arte e na literatura.

Não existem elementos que demonstrem que Wittgenstein tenha sido diretamente influenciado pelas teses do WK. Porém, sem dúvida, houve as influências indiretas, pois ele mesmo rejeita as ideias "historiantes", mesmo considerando sua originalidade e a independência do seu pensamento.[13]

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed., São Paulo: Noeses, 2009, p. 22-23.

12 Conforme original: "La historiografia tradicional ha transmitido una imagen estrecha y unilateral de la relación entre Wittgenstein y el Círculo de Viena. En ella predomina la idea de una influencia directa del primer Wittgenstein en el WK." (STADLER, Friedrich. *El Círculo de Viena*. Santiago: UAM-Iztapalaga, 2011, primeira parte, capítulo 9.)

13 Conforme original: "Por otra parte, es un hecho que no pueden hallarse elementos que demuestren que Wittgenstein haya sido directamente influido por las

Claridade, praticidade, funcionalismo e nada de ornamentação denotam a equivalência entre ética e estética postulada por Wittgenstein, sobretudo na semântica de um purismo objetivista e uma mentalidade clássica.

Pensando racionalmente no assunto qualquer um se verá forçado a concordar com Carnap no sentido de que o "fundamento geral" tem suas origens em Wittgenstein (mencionado claramente em suas publicações). Mas também se conclui que o conceito de fisicalismo, no sentido de Neurath e Carnap não foi copiado do "Tractatus", nem das conversas registradas por Waismann, embora elementos e disposições que se apresentam no fisicalismo se encontrem em ambos.[14]

É provável que a identidade judia de Wittgenstein tenha influenciado também no seu comportamento como se depreende de escritos onde se revela humilde, em contraste com seu comportamento habitual. Daí se conclui que "junto com a reconstrução empírico racional das relações de influência, a base psíquica peculiar de Wittgenstein" foi "marco condicionante de uma comunicação certamente perturbada, mas, ao mesmo tempo, produtiva".[15]

A contribuição do Círculo de Viena para que houvesse uma linguagem internacional artificial, o Esperanto, ganhou adeptos, inclusive no Brasil, sendo esta mais uma tentativa de se introduzir uma forma de compreensão racional e moderna do pensamento de forma única e integrada, porém, nesse caso sem muito sucesso e adesão. Embora o Círculo de Viena tenha tido uma duração curta, apenas cinco anos, em virtude da época em que se estabeleceu, instalada em plena era nazista, e de a maioria de seus integrantes serem judeus, podemos afirmar com segurança que a filosofia em uma análise lógico linguística galgou visibilidade e dimensão preciosa para a Ciência.

4. O giro linguístico segundo Dardo Scavino.

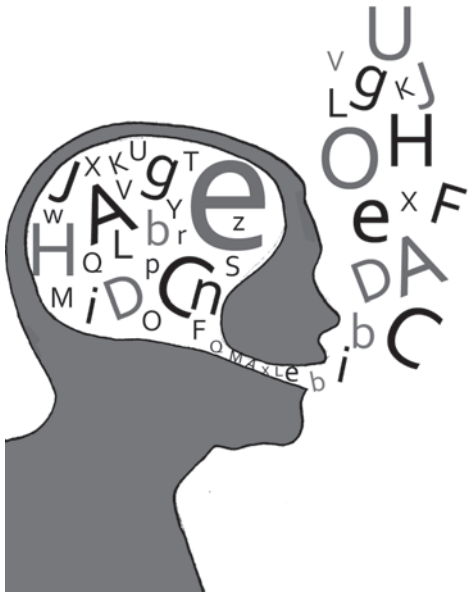
A escolha de Dardo Scavino para percorrer o seu raciocínio sobre esse tema tem duas

tesis dei w k. Sin embargo, a partir de sus numerosas conversaciones con Schlick, Waismann, Feigl y otros, también Wittgenstein recibe influencias climáticas e indirectas. Wittgenstein mismo, que rechaza los planteamientos 'historizantes', al igual que las prácticas académicas habituales, se inserta, nolens volens, en una tradición histórica de problemas que va más allá dei grupo de personalidades de regencia explicitamente citado en sus escritos (Boltzmann, Hertz, Schopenhauer, Frege, Russell, Kraus, Loos, Weininger, Spengler y Sraffa). Aun admitiendo dei todo su originalidad filosófica y la independencia de su pensamiento, Wittgenstein se inscribe también en el campo comunicativo angloaustriaco." (*Ibidem*, p. 450.)

14 No original consta: "Cuando se intenta presentar una 'reconstrucción racional' de todo el asunto, prácticamente se ve uno forzado a estar de acuerdo con Carnap en que, en efecto, 'el fundamento general' tiene su origen en Wittgenstein – algo que se menciona con toda claridad en las publicaciones –. Pero también se ve uno obligado a aceptar que el concepto mismo defisicalismo, en el sentido de Neurath y Carnap, no ha sido tomado en préstamo ni dei Tractatus ni de las conversaciones registradas por Waismann. Y, por otra parte, es verdad que tanto en el primer Wittgenstein como en el Wittgenstein intermedio se encuentran elementos y disposiciones que también se presentan en el fisicalismo, lo mismo que en la posterior concepción de la ciência de la enciclopedia." (*Ibidem*, p. 451.)

15 No original consta: "Es probable, empero, que toda esta historia tenga que ver con el complejo problema de la identidad judia, pues, como paradoja, en forma simultânea al debate que hemos estado describiendo Wittgenstein también escribe. Creo que hay algo de verdad en pensar que, en realidad, sólo soy reproductivo en mis pensamientos. Creo que nunca he inventado ningún movimiento de ideas [Gedankenbewegung], sino que esto me ha sido siempre dado por alguien más. Lo único que he hecho ha sido servirme de ello de inmediato y con pasión en mi trabajo de clarification (...) Podria decirse (independientemente de que sea o no el caso) que el espíritu judio no está en condiciones de generar ni siquiera una yerbita o una floreci- 11a, sino que su naturaleza es copiar [abzeichnen] la yerbita o la flor que ha crecido en otro espíritu y delinear con ello una imagen amplia. Ahora bien, esto no es el informe de un pecador y no hay nada de malo en ello, con tal de que haya completa claridad al respecto. Sólo se vuelve algo peligroso cuando se confunde el tipo de la labor judia con el de la no judia, y, en particular, cuando el creador de la primera lleva a cabo él mismo lo que se encuentra tan a la mano (...) Es típico del espíritu judio tener una mejor comprensión de la obra de otro que la que éste mismo tien. Si aplicamos estas confesiones – redactadas por Wittgenstein en el estilo y tono de Otto Weininger – al conflicto que hemos estado describiendo, no podremos evitar reconocer, junto con la reconstruction empírico-racional de las relaciones de influencia, la 'base psíquica peculiar' de Wittgenstein como marco condicionante de una comunicación ciertamente perturbada, pero, al mismo tiempo, productiva." (*Ibidem*, p. 452.)

ordens de razões. A primeira, porque ele se propõe a analisar o giro linguístico sob uma visão da filosofia atual; e, a segunda, porque o título de seu livro intriga e desperta a curiosidade do que seria "*Pensar sin certezas*". A certeza sobre os conceitos que formulamos são enfocados sob determinado ponto de vista e esta "certeza" nem sempre pode ser a mesma sob o ponto de vista de outra pessoa, ainda que na mesma situação. Então, a certeza para a filosofia da linguagem provém de uma construção própria de cada indivíduo, o qual será o seu intérprete, e compreenderá diversos fatores, dentre eles a sua cultura, a sua natureza humana, excluindo por óbvio desta os seres irracionais, de forma que o pensamento humano comporá e refletirá a verdade de sua realidade.



Segundo Dardo Scavino, o "giro linguístico" seria uma espécie de construtivismo radical, doutrina segundo a qual as teorias científicas ou os discursos metafísicos não descobrem a realidade, mas sim a criam. Nada na natureza humana, nem na essência das coisas, nem mesmo nas leis universais da Física existe fora das teorias, ou seja, através do uso da linguagem humana. Portanto, um dos problemas presentemente sujeito a debates é o estatuto da verdade. Se ela não puder ser pensada como a correspondência entre as ideias e as coisas, o que é então? Esse problema divide tanto os partidários do "giro linguístico" como seus adversários.[16]

4.1. Não existem feitos, somente interpretações.

O problema da verdade

Ao final do século XIX, Gottlob Frege sugeriu que o sentido de uma proposição dependia de suas condições de verdade. Exemplificando, ao se falar "chove", sabemos ser uma proposição verdadeira se efetivamente estiver "caindo água do céu". Da mesma forma: "o vencedor de Jena" ou "o vencido de Waterloo" se referem à mesma pessoa, Napoleão. Também; "estrela matutina" e "estrela vespertina" são enunciados diferentes para referir-se ao "planeta Vênus". Porém, "planeta Vênus" não é referente das outras duas expressões. Referente é algo que só se pode indicar com os dedos, com as expressões "deícticas" como "este", "esse", "aquele", etc. Sempre há um "*x*" ao qual as expressões se referem: "*x* é a estrela matutina" e "*x* é a estrela vespertina" ou "x é o planeta Vênus". Também "*x* é Napoleão", "*x* é o vencedor de Jena" e "*x* é o vencido e Waterloo".[17]

16 Conforme original: "El 'giro lingüístico' se convierte entonces en una suerte de constructivismo radical, doctrina según la cual las teorias científicas o los discursos metafísicos no descubren la realidad sino que la crean. 'No existe una realidad como la que los metafísicos han tenido la esperanza de descubrir', dirá el francés Jacques Derrida, ni una naturaleza humana, ni una esencia de las cosas, ni siquiera leyes universales que gobiernen los movimientos de los cuerpos o los comportamientos de los hombres: nada de esto existe fuera de las teorias, es decir, de un uso particular de los lenguajes humanos. Así pues, uno de los principales problemas en torno del cual van a girar los debates de este fin de siglo es el del estatuto de la verdad. Si ésta ya no puede ser pensada como la correspondencia entre las ideas y las cosas ¿que es entonces? Este problema, en efecto, va a dividir tanto a los partidarios del 'giro lingüístico' entre si como a sus adversários." (SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual*: pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999, p. 13-14.)

17 Conforme original: "El problema de la veradad. Hacia finales del siglo XIX, Gottlob Frege había planteado que el sentido de una proposición dependía de sus condiciones de verdad. ¿Pero qué queria decir con esto? Cuando alguien dice 'llueve', por ejemplo, comprendemos esta aserción porque sabemos lo que pasa cuando la proposición es verdadera, es decir, cuando efectivamente llueve.

Essa tese de Frege converteu-se no ponto de partida para as "Investigações lógicas" de Edmund Husserl e de Ludwig Wittgenstein em "Tractatus logico-philosophicus" que dão origem a duas influentes correntes filosóficas do século: a fenomenologia e a filosofia analítica.[18] A lógica de Frege tornou-se importante por resolver um problema que persistia na "Crítica da razão pura", de Kant, referente ao discurso científico. Recordando, dois tipos de juízos lógicos eram reconhecidos; os analíticos (A=A) e os sintéticos (A=B).[19] Exemplo "O homem é mortal" (sintético) e a "terra gira ao redor do sol" (analítico). O problema de Kant se resumia em resolver como são possíveis juízos sintéticos *a priori*, o que Frege permitiu solucionar, um século mais tarde. Vejamos: "estrela vespertina" = "estrela matutina" referem-se ao mesmo *x* ou "A=B". O *x* precisa *existir* e ser idêntico a si mesmo. Para Russell e os positivistas lógicos, *existir* algo significa poder ser visto, tocado, ouvido, ou seja, detectado pelos sentidos. Exemplo: "O rei da França é calvo 'e' O rei da França não é calvo" são enunciados falsos porque atualmente não existe um rei da França.[20]

O cientista é, segundo os positivistas, um observador ou um experimentador. Para Edmund Husserl, o conhecimento começava pela experiência, porém teria um sentido distinto; continuando a tradição desde Descartes e Kant, o de uma filosofia da consciência e isso não é uma "coisa" que se possa estudar como uma estrela.[21] Daí suas críticas à psicologia ou a "a ciência da alma", pois consciência não é um objeto. É sempre a consciência que se refere a algo, a um *x* mesmo que não se saiba naquele momento o que é essa coisa.

Inspirado na fenomenologia de Husserl, Jean Paul Sartre publicou um ensaio sobre algo que se apresenta na penumbra noturna. Não se sabe o que é exatamente. Apenas se percebe que é "uma coisa mais escura que surge na noite".[22] Mas é algo. Logo, através

Si alguien nos preguntara qué quiere decir el enunciado 'llueve', deberíamos responderle con otro enunciado que describiera ese acontecimiento, o sea, que definiera la proposición 'IIueve'. 'Llueve = cae agua del cielo', por ejemplo. Lo que para Frege significaba, justamente, decir cuáles eran las condiciones de verdad de ese enunciado: si cae agua del cielo, entonces el enunciado 'llueve' es verdadero. Ahora bien, si las expresiones 'llueve' y 'cae agua del cielo' tienen la misma significación, es porque ambas se refieren a la misma cosa, aun cuando lo hagan de manera diferente. Así 'el vencedor de Jena' y 'el vencido de Waterloo' son proposiciones que tienen un mismo referente: Napoleón. Lo que cambia es el sentido, la manera de presentarlo o la perspectiva. Lo mismo sucede con los enunciados: 'estrella matutina' y 'estrella vespertina', dos sentidos diferentes para referirse a una misma cosa, conocida con el nombre de 'planeta Venus'. Sin embargo, y esto es primorial, la expresión 'planeta Venus' no es el referente de aquellas proposiciones. No, el referente es siempre una realidad exterior al discurso, algo que sólo puede señalarse con el dedo o con esas palabras que los lingüistas llaman deícticos, del tipo 'esto, eso, aquello'. Hay algo, una x, a lo cual se refieren las expresiones: 'x es el planeta Venus', 'x es la estrella matutina' y 'x es la estrella vespertina'. Hay un individuo cuya existencia la historia ha verificado y al que se refieren las proposiciones: 'x es Napoleón', 'x es el vencedor de Jena' y 'x es el vencido de Waterloo'." (*Ibidem*, p. 21-22.)

18 "El propio Frege se verá obligado a introducir algunas modificaciones a esta propuesta inicial, sobre todo a partir de Ias objeciones que le hiciera su discípulo inglés Bertrand Russell en una carta de 1902. Pero lo cierto es que su tesis se convertirá en el punto de partida tanto de las Investigaciones Lógicas de Edmund Husserl como dei "Tractatus logico-philosophicus" de Ludwig Wittgenstein, textos que dan origen a dos de las corrientes filosóficas más influyentes de este siglo: la fenomenologia y la filosofia analítica". (*Ibidem*, p. 22.)

19 "Ahora bien, alguien puede preguntarse por qué la lógica de Frege se volvió tan importante. La respuesta es simple: sucede que esta semántica de la verdad parecia haber resuelto un problema que se remontaba a la Crítica de la razón pura de Kanty que concernia a la fundamentación del discurso científico Este filósofo, recordémoslo, reconocía dos tipos de juicios lógicos: los analíticos (A=A) y los sintéticos (A=B)." (*Ibidem*, p. 22-23.)

20 "Para Russell y los positivistas lógicos, decir que algo 'existe' significaba que podia ser verificado por la experiencia sensible, que se lo podia ver, tocar, oír. Por eso los enunciados 'El rey de Francia es calvo' y 'El rey de Francia no es calvo' resultan igualmente falsos, simplemente porque no existe, al menos en este momento, un rey de Francia. En síntesis, la ciencia era, para estos filósofos, fundamentalmente empírica. Sin embargo, el aspecto sensible de las cosas es algo que, justamente, cambia o no se mantiene idéntico a si mismo". (*Ibidem*, p. 24.)

21 "También para el alemán Edmund Husserl el conocimiento comenzaba por la experiencia. Sólo que para este filósofo el término 'experiencia' tenía un sentido muy distinto. Husserl continuaba una tradición que se remontaba a Descartes y Kant: la de una filosofia de la consciência". (*Ibidem*, p. 24.)

22 "Así, en un ensayo inspirado en la fenomenología de Husserl, Jean-Paul Sartre hablará más tarde de algo que aparece, o se presenta, en la penumbra nocturna. En principio, argumenta este filósofo, no sabemos si se trata de un

dos sentidos podemos verificar o que é. São as cores, as texturas e os cheiros de *algo*, de um *x* que nos levam a caracterizar "*x*" é "verde", "*x*" é "áspero", "*x*" "cheira a clorofila", etc. Para Sartre "a aparência é o ser" e para ser uma coisa deve parecer como tal, ou seja, como algo.[23]

A fenomenologia continuaria assim uma antiga tradição da metafísica ocidental: o ser de uma coisa é o ser, verdadeiro e bom. É o ser porque toda vez que há uma coisa, ela aparece precisamente como uma coisa. "Tudo que não é um ser não é um ser" (Leibrif – século XVII). É verdadeiro porque a verdade é a aparição da coisa (e por isso a verdade é algo que se descobre). É o bom porque este ser carece de predicados negativos. Por exemplo, ser árvore implica não ser animal, não ser racional, etc. Outro exemplo: quando vemos um edifício não percebemos todas suas paredes exteriores, porém vemos algumas delas como parte de um todo, de uma "coisa", de um *x* que não vemos mas pressupomos. Movendo-nos vemos as demais paredes, o que vale dizer, além do passado imediato, o futuro iminente. O passado e o futuro coexistem com o presente.[24] Então a fenomenologia, por seu conceito de intencionalidade, parecia restituir esse referente que faltava na lógica de Frege e passa a gozar grande prestigio em toda Europa até meados dos anos 1960.

A diferença

Inspirado em Martin Heidegger, o filósofo francês, Jacques Derrida publicou, em 1967, um ensaio, "A voz e o fenômeno", em que se propõe a "desconstruir" o conceito husserliano de presença. Para Husserl, o presente deveria reter o passado e anunciar o futuro ou o que se apresentava deveria ser passado e imediatamente futuro.[25] Para Derrida, "o presente não coincide consigo mesmo", da forma como proposto. A consciência nos engana, pois pode perceber uma identidade onde há uma diferença.[26] A consciência é sobretudo falsa consciência, como combatido por Marx, Nietzsche e Freud contra Husserl e os fenomenólogos.

Ao destruir o conceito de presença do ser, verdadeiro e bom, Derrida inicia críticas ao que chama a "ontoteologia" (coisa=ontos, discurso=logos, Deus=Theos).[27] Então, se a unidade do referente, daquilo que parece, é só uma ilusão como se poderiam explicar as proposições "*x* é o planeta Vênus", "*x* é a estrela matutina", "*x* é a estrela vespertina"? Como ficaria a questão do juízo sintético como em "o planeta Vênus é a estrela matutina"?[28]

hombre o de un árbol; es simplemente 'una cosa más oscura que surge en la noche'. Pero es, no cabe la menor duda, algo. Luego podremos verificar qué es de acuerdo con las diversas cualidades sensibles que vayamos percibiendo". (*Ibidem*, p. 25.)

23 "De modo que puedo decir: 'x es verde', 'x es áspero', 'x huele a clorofila' y así sucesivamente. La multiplicidad de lo sensible sólo se percibe sobre un fondo de unidad de Ia cosa percibida. La presencia de la cosa, podría decirse, preexiste a todos los juicios que la determinan". (*Ibidem*, p. 25.)

24 "La fenomenología iba a continuar así una antigua tradición de la metafísica occidental según la cual el ser de una cosa era uno, verdadero y bueno. Uno, porque cada vez que hay una cosa, esta aparece, precisamente, como una cosa. 'Todo lo que no es un ser no es un ser', había dicho Leibniz en el siglo XVII, pero ya Parménides consideraba que el ser era uno. Verdadero, en segundo lugar, porque la verdad es la aparición de la cosa, su des-ocultamiento o su des-cubrimiento, y por eso la verdad es algo que se des-cubre. Bueno, finalmente, porque este ser carece de predicados, de determinaciones que implican siempre una cierta negatividad (ser árbol, por ejemplo, implica no-ser animal, no-ser racional, etcétera)". (*Ibidem*, p. 25-26.)

25 Conforme original: "Inspirado por Martin Heidegger, el filósofo francés Jacques Derrida publica en 1967 un ensayo, La voz y el fenómeno, en el que se propone 'desconstruir' el concepto husserliano de presencia. Como acabamos de ver, este concepto funcionaba como una garantia de unidad del referente más allá de sus modificaciones sensibles, los cambios en el punto de vista o los diversos juicios que pudieran emitirse acerca de él." (*Ibidem*, p. 28.)

26 "De modo que, concluye Derrida, 'el presente no coincide consigo mismo'. Lo que caracteriza al presente no es justamente la identidad sino la diferencia: el presente difiere de sí. Lejos de servir como fundamento para la ciencia, la conciencia nos engafia, ya que percibe una identidad allí donde hay, por el contrario, una diferencia". (*Ibidem*, p. 28.)

27 "Al desconstruir el concepto de presencia, de ese ser uno, verdadero y bueno, Derrida inicia entonces la crítica de lo que llama la 'onto-teo-logia': (eI discurso (logos) acerca de la cosa (ontos) considerada como Dios (theos)". (*Ibidem*, p. 29.)

28 "Pero si la unidad del referente, de lo que aparece, era sólo una ilusión, ¿cómo podrían sustituirse ahora Ias proposi-

Derrida recorreu a linguística estrutural do professor suíço Ferdinand de Saussure que, quase ao mesmo tempo que Frege, havia definido o signo linguístico como uma entidade de dois planos compostas por um significado. Exemplo: Vênus = estrela matutina, mas o que significa "estrela matutina"? A busca no dicionário levaria a outras sucessivas buscas. O que define uma expressão são suas condições de verdade, a não ser as aceitações convencionais dentro de uma determinada língua. Para compreender o que significa um termo, não basta saber a que se refere como na lógica de Frege, mas saber o significado na língua ou, na cultura local. Como exemplo, na "Tierra Del Fuego", os yamanas dizem quando um animal morre que ele se "rompió" e quando uma pessoa morre, dizem que se "perdió". Algo semelhante ocorre com os esquimós que têm cinco substantivos diferentes para a palavra "neve" em nossa língua, que são sinônimos. Assim também a tradução do "this" e do "that" dos ingleses não corresponde em nossa língua já que usamos três palavras: este, esse e aquele. Também "freedom" e "liberty" que em Português ou Espanhol se traduz apenas por liberdade. Muitas vezes traduções são até mesmo impossíveis.[29]

Uma segunda diferença entre o eixo paradigmático e o eixo "sintagmático" da linguagem. Exemplo: - Eixo paradigmático = "Vênus" = "estrela matutina" = "estrela vespertina". - Eixo sintagmático = Se "Vênus" seduziu "Vulcano", então "Vênus" não pode ser "estrela matutina", mas deusa do amor na versão latina. Outro exemplo: - "árvore" tem um sentido e "árvore genealógica" outro. Enfim o sentido se modifica de acordo com o sintagma ou a sucessão discursiva.

Substituição e sucessão vão converter-se no discurso derridiano em duas formas de diferenças (diférance). A substituição de uma letra na palavra pode mudar sua significação. Uma palavra isolada, como "Vênus", pode ter mais de um significado real e acrescentando-se outras palavras, mudando retroativamente o sentido das palavras.

4.2. A escrita figurativa.

Algumas são as consequências da proposta inicial de Derrida.

Primeira consequência

Se o significado de um significante já

ciones 'x es el planeta Venus', 'x es la estrella matutina' y 'x es la estrella vespertina'? O lo que es peor: ¿a dónde iba a parar la necesidad de un juicio sintético como 'el planeta Venus es la estrella matutina'? Parece que no se podia tocar a Dios o al Hombre sin afectar también la lógica, la razón o la posibilidad de un discurso verdadero acerca de todo lo que existe al como lo soñó la filosofia desde siempre(...)". (*Ibidem*, p. 29.)

29 "Derrida, hay que decirlo, escondia un as bajo la manga: la lingüística estructural del profesor Ferdinand de Saussure. Casi al mismo tiempo que Frege, este lingüista suizo había definido el signo lingüístico como una entidad biplánica compuesta por un significante y un significado, es decir, por un elemento que significa algo y por su correlato, es decir, lo que aquel elemento significa. En principio, esta concepción se parece bastante a la de Frege: el significante 'Venus', por ejemplo, significa 'estrella matutina'. ¿Pero qué significa, a su vez, 'estrella matutina'? Deberíamos buscar en el diccionario las definiciones del sustantivo 'estrella' y del adjetivo 'matutina', lo que nos remitiria a otros significantes cuya significación deberíamos buscar, y así sucesivamente. Lo que define una expresión, en consecuencia, ya no son sus condiciones de verdad, como en el caso de Frege, sino las acepciones, puramente convencionales, dentro de una determinada lengua. (...) Tomemos un ejemplo. Como en las lenguas occidentales, los yamanas de Tierra del Fuego tienen un verbo para hablar de las cosas que se rompen y otro para hablar de las cosas que se pierden. Cuando un animal muere, sin embargo, ellos dicen que se rompió; cuando una persona muere, en cambio, dicen que se perdió. Decir que los yamanas tienen dos verbos para hablar de un mismo hecho, la muerte, seria una ilusión etnocéntrica: para nosotros se trata de un mismo hecho porque utilizamos un mismo verbo; para ellos se trata de dos hechos diferentes porque las personas no se rompen: se pierden. Podemos llegar a vislumbrar hasta qué punto el mundo de los yamanas, sus creencias, su religión, sus instituciones sociales, su visión de la naturaleza, podían ser distintas a las nuestras nada más que conociendo la diferencia entre nuestros sistemas verbales. Algo semejante planteaba el lingüista danés Louis Hjemslev cuando explicaba que los esquimales tienen cinco sustantivos diferentes que las lenguas europeas sólo pueden traducir por 'nieve'. No existe entonces algo, la nieve, que los esquimales llaman de cinco maneras diferentes, porque esos cinco sustantivos no son sinónimos en su lengua. Algo semejante sucede cuando queremos traducir el this y el that de los ingleses al español, ya que en esta lengua el sistema de demostrativos no es binario sino ternario: este, ese y aquel. Y a la inversa, en inglés existen los sustantivos freedom y liberty que en español sólo podemos traducir por libertad." (*Ibidem*, p. 29-31.)

não é um referente (a mesma coisa) mas outro significante então se pode falar de uma predominância da fala sobre a escrita. Por exemplo, "aquilo que você está vendo ali é Vênus" ou apresentando uma pessoa a outra. A frase nesses casos fica inseparável da indicação. Mas se se escreve num papel: "aquilo que você vê aí é Vênus" a mensagem não vai ser entendida por quem a recebe, pois falta a indicação, o referente está ausente. Mas se o significado dos termos não dependem da sua relação com o referente ou com uma coisa presente, mas apenas com os outros termos, então não há porque considerar-se a escrita em segundo lugar em relação à fala. [30]

Em "The mirror of nature", Richard Rorty discute a ilusão metafísica da referencialidade e da univocidade (correspondência ou adequação entre palavras e as coisas, entre os discursos e o mundo). O Logocentrismo ou filosofia da representação significa exatamente isso: pensar que o discurso representa o que já estava presente em carne e osso apresentado em um plano linguístico.[31]

Segunda consequência

Se o significado não depende do referente, se as palavras não representam o que estava presente, então não podemos estabelecer uma distinção precisa entre o discurso unívoco da ciência e o discurso equívoco da ficção. Tampouco se pode falar de uma linguagem literal e outra figurada. A substituição de um significante por outro era o que Aristóteles definia como metáfora. Para Nietzsche, as verdades não passam de metáforas esquecidas. Daí vem a paixão derridiana pela etimologia das palavras, herdada de seu mestre Heidegger. Este colocava em evidência essa etimologia para demonstrar que a unidade da coisa, a identidade do referente, só se obtém graças a sua denominação, à reunião de uma multiplicidade de fragmentos dispersos e de traços sem sentido. A palavra precede às coisas e aos feitos, cria-os e os constitui. As identidades das coisas não preexistem às palavras e por isso as figuras poéticas não cessam de convertê-las em outras coisas, de fazê-las diferenciarem-se.[32]

Terceira consequência

Se um significante leva a outro significante e jamais a um referente, então as coisas estão depois do discurso ou para dar uma visão nietzscheana desta versão: "não existem feitos, só interpretações e toda interpretação interpreta outra interpretação". Derrida fala de um "atraso originário": nunca houve uma "primeira vez" em que o feito se apresentou "em pessoa" para ser interpretado; na origem

30 Conforme original: "Primera consecuencia. Si el significado de un significante ya no es un referente (la 'cosa misma') sino otro significante, entonces no puede hablarse de una preeminencia del habla por sobre la escritura. Me explico. La tradición occidental nos acostumbró a subordinar la escritura a la palabra hablada porque ésta se pronunciaba, supuestamente, en presencia de la cosa. Puedo decirle a alguien: 'aquello que ves ahí es Venus'. Se supone que mi interlocutor entiende la frase porque esta resulta inseparable de mi indicación, como cuando alguien presenta a una persona. Pero si escribo en un papel: 'aquello que ves ahí es Venus', quien lea este mensaje no va a comprender a qué se refieren los deícticos aquello y ahí. Del mismo modo, ¿qué significa la frase 'te presento a Juan' si la encuentro escrita en un papel? En uno u otro caso, los referentes están ausentes." (*Ibidem*, p. 33-34)

31 "Cuando hablamos, en cambio, caemos en la ilusión metafísica de la referencialidad y de la univocidad: pensamos que existe una correspondencia, o una adecuación, entre las palabras y las cosas, entre los discursos y el mundo; ilusión que Richard Rorty va a resumir en el título de su ensayo: The mirror of nature, traducido al espariol como La filosofia y el espejo de la naturaleza. Logocentrismo, pues, o filosofia de la representación, significan precisamente eso: pensar que el discurso re-presenta lo que ya estaba presente en carne y hueso, como suele decirse, o que lo vuelve a presentar, simplemente, pero en un plano lingüístico." (*Ibidem*, p. 33.)

32 Conforme original: "Segunda consecuencia. Si la significación ya no depende del referente, si las palabras no representan lo que ya estaba presente, entonces no podemos establecer una distinción precisa entre el discurso unívoco de la ciencia y el discurso equívoco de la ficción. Es más, ni siquiera puede hablarse de un lenguaje literal y de otro figurado. El discurso literal, referencial, seria aquel capaz de reflejar las cosas tal cual son; el figurado, en cambio, las deformaria para convertirlas en cosas diferentes. (...) En síntesis, el ser humano es poeta antes de ser científico; ama lo falso o las ficciones antes que la verdad (y debe entenderse aqui 'verdad' en el sentido de aquella referencia unívoca a una cosa exterior que, para Derrida, como vimos, sería una 'ilusión' típica de la palabra hablada)." (*Ibidem*, p. 35-36.)

havia uma interpretação que interpretava outra. Derrida usa a linguagem do teatro: antes da representação há uma repetição. Ainda, lembremos que o termo francês "répétition" significa tanto repetição como ensaio. Se uma coisa não precede à interpretação, se só aparece como tal depois de ser interpretada, então a interpretação a cria e interpretar significa criar e o interprete é um poeta.[33]

Resumindo, o mundo não é um conjunto de coisas que primeiro se apresentam e logo são denominadas ou representadas por uma linguagem. Isso é o que chamamos em nosso mundo de uma interpretação cultural e, como tal, poética ou metafórica.[34]

Na década de 1980, um filósofo como Richard Rorty não sustentaria alguma coisa distinta quando converte os filósofos e os cientistas em poetas que se ignoram como tal. Gianni Vattimo invocaria esta primazia da interpretação sobre os feitos para caracterizar uma tradição hermenêutica da filosofia identificada por ele como o "nihilismo" (nihil = nada: não há algo fora da linguagem ou das interpretações).[35]

4.3. Da natureza à cultura.

Na perspectiva iluminista, um discurso racional era aquele em que a ordem e a conexão das ideias seria igual à ordem e à conexão das coisas. A ciência, dada a sua capacidade de prever e determinar os fenômenos físicos, parecia cumprir essa exigência de racionalidade. Mas como explicar com um discurso racional a racionalidade da ciência? Essa parecia uma das tarefas principais da filosofia que se controvertia, a partir de então, em epistemologia, em discurso acerca do saber.[36]

Na perspectiva hermenêutica nunca conhecemos a coisa tal qual ela é, sem os discursos sobre ela, que a criam ou a constroem. Sempre há uma interpretação ou uma versão dos fatos e nossa versão resulta uma versão dessa versão. Um enunciado "verdadeiro" sobre algo é simplesmente uma interpretação que coincide com outra interpretação prévia.[37] Nada há fora das interpretações (nihilismo).

Definir algo desconhecido é impossível. Devemos saber o que uma coisa é para definila. Como é possível, que saibamos o que é a virtude, a literatura, a sociedade, a chuva, o planeta Vênus e todo o resto das coisas do nosso mundo? Isso ocorre porque fazemos parte de uma cultura, falamos uma língua,

33 Conforme original: "Si un significante remite siempre a otro significante, y jamás a un referente, entonces las cosas no están antes que el discurso, sino al revés. O para dar una versión nietzscheana de esta inversion: 'no existen hechos, sólo interpretaciones, y toda interpretación interpreta otra interpretación'. Derrida, por su parte, va a hablar de un 'retraso originario': nunca hubo una 'primera vez' en que el hecho se presentó 'en persona' para ser interpretado; en el origen había ya una interpretación que interpretaba otra interpretación. La supuesta 'primera vez' era, aunque no lo supiéramos, una 'segunda vez'." (*Ibidem*, p. 36.)

34 Conforme original: "Resumiendo: el mundo no es un conjunto de cosas que primero se presentan y luego son nombradas o representadas por un lenguaje. Eso que llamamos nuestro mundo es ya una interpretación cultural y, como tal, poética o metafórica." (*Ibidem*, p. 37.)

35 Conforme original: "Y todavia en la década del'80, un filósofo norteamericano como Richard Rorty no iba a sostener algo distinto cuando convirtiera a los filósofos, e incluso a los científicos, en poetas que se ignoran como tales. Incluso el filósofo italiano Gianni Vattimo iba a invocar esta primada de la interpretación por sobre los hechos para caracterizar una tradición 'hermenéutica' de la filosofia que él identifica, además, con el 'nihilismo' (nihil = nada: no hay algo, una cosa, fuera del lenguaje o las interpretaciones)". (*Ibidem*, p. 37.)

36 Conforme original: "Un discurso racional, desde la perspectiva iluminista, era aquel en que el orden y la conexión de las ideas fuera idéntico al orden y la conexión de las cosas, tal como lo había planteado Spinoza en el siglo XVII. Dada su capacidad de prever y determinar los fenómenos físicos, la ciencia parecia cumplir con esta exigencia de racionalidad. ¿Como era esto posible? Ésa era la pregunta kantiana, la misma que Frege busco responder con su semântica de las condiciones de verdad. Había que explicar por qué, o justificar mediante un discurso racional, la racionalidad de la ciencia. Esta parecia ser una de las tareas centrales de la filosofia, que se convertia, a partir de entonces, en epistemología, es decir, en discurso acerca del saber." (*Ibidem*, p. 37.)

37 "Desde la perspectiva hermenéutica, sin embargo, nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan acerca de ella y, de alguna manera, Ia crean o la construyen. Siempre conocemos, según eI lema nietzscheano, una interpretación o una versión de los hechos, y nuestra versión resulta a su vez una versión de esa versión. De modo que un enunciado, 'verdadero' acerca de un estado de cosas es simplemente una interpretación que coincide con otra interpretación previa." (*Ibidem*, p. 38-39.)

porque todas as coisas têm para nós, originariamente, um ou vários significados. Para a ciência objetiva ou para a razão iluminista habitamos a natureza. Para a hermenêutica vivemos em um "mundo" (mundo medieval, mundo moderno). Por exemplo: "todo mundo reconhece a chuva, a estrela matutina, etc. Isso porque conhecem o significado das palavras através da língua. Dessa forma um mundo é um conjunto de significados, de saberes, de valores, de gastos, de certezas, uma "pré interpretação" ou "pré compreensão" como chamava Heidegger. Habitamos um mundo (não um território natural como animais) com uma linguagem e uma cultura. "No ato de conhecimento há mais do que sabe a consciência" que inclui um processo herdado, fora dela, no mundo da linguagem de cada um, que aqui está antes de nós, recebida de nossos ancestrais.[38]

A língua natural de uma comunidade, feita de um vocabulário, de uma gramática e, sobretudo, de uma tradição textual é a sua abertura da verdade. Daí Vattimo fala de um "pensamento débil" por ter perdido os fundamentos "fortes" de outros tempos como Deus e a consciência encarregados de garantir a perfeita adequação entre os enunciados e os estados de coisas.

"Habitar" constitui a condição principal para que se diga a verdade. É como "os animais morrem" em nosso mundo e "os animais se rompem" entre os yamanas. A hermenêutica não abandona a imagem da verdade como correspondência entre as palavras e os feitos, simplesmente a subordina ao conjunto de pressupostos sobre os quais se apoia a vida e a comunicação de uma sociedade ou de uma etnia.

A verdade ou o enunciado "válido" é a correspondência entre uma proposição e uma pré interpretação mais originária do fato. Há que se perguntar então se a verdade não se confunde com o verídico ou o verossímil e se a conformidade com as pré interpretações comunitárias não nos leva a uma visão demasiado conformista da verdade como havia dito Leibniz com os "sentimentos estabelecidos".[39]

5. Entendendo o giro linguístico.

O giro linguístico foi introduzido na Filosofia rompendo a forma tradicional de se conceber a "realização entre a linguagem e conhecimento, compreendendo a linguagem como edificadora do próprio mundo circundante".[40] Com esse novo conceito abalou-se a teoria de Kant, cujo conhecimento decorria da relação entre sujeito e objeto.

Com o giro linguístico passou-se a estabelecer nova relação entre a verdade e a falsidade de uma proposição. Novos paradigmas estabelecidos foram alterados. A linguagem aproximou o sujeito do objeto sob análise. Thiago Matsushita, com lapidar clareza citando Paulo de Barros Carvalho, conclui nesse sentido:

> O "giro linguístico" quebrou este postulado da verdade absoluta. A linguagem deixa de ser um mero instrumento mediador como defendido pelos metafísicos e passa ela mesma a ser a criadora tanto do sujeito quanto da realidade. Nessa sistemática, a única verdade possível é

38 Conforme o original: "En el acto de conocimiento hay más de lo que sabe la conciencia; esta refleja incluso en sí misma un proceso que ya tuvo lugar 'fuera de ella'. 'Fuera de ella', o sea, en el mundo o el lenguaje que cada uno de nosotros habita y que está siempre antes que nosotros, ya que lo heredamos de nuestros ancestros al igual que los yamanas. En nuestro mundo, podríamos decir, la gente muere; en el de los primitivos habitantes de Tierra dei Fuego, se pierde. Así, efectivamente, suceden las cosas." (*Ibidem*, p. 42.)

39 Conforme o original: "La verdad, o el enunciado 'válido', es la correspondencia entre una proposición y una pre-interpretación más originaria del hecho. Habría que preguntarse entonces si la verdad no se confunde con lo verídico o lo verosímil, *y* si esta conformidad con las pre-interpretaciones comunitarias no nos proporciona una visión demasiado conformista de la verdad, demasiado acorde, como hubiera dicho Leibniz, con los 'sentimientos estabelecidos'." (*Ibidem*, p. 43.)

40 LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e norma jurídica: aproximações com o constructivismo lógico-semântico. *In: Vilém Flusser e juristas*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 374.



> a convencionada dentro de um código linguístico pré estabelecido, ou seja, não existe direito que não seja vertido em linguagem.
> Com efeito, esse movimento alterou os paradigmas até então existentes para o conhecimento, ou seja, para a aproximação do sujeito ao objeto a ser conhecido. O sujeito (concepções subjetivistas) e o objeto (doutrinas objetivistas) deixaram de ser os paradigmas para a apreensão do conhecimento. O paradigma passou a ser a linguagem, "passou-se a exigir o próprio conhecer da linguagem, condição primeira para a apreensão do objeto."[41]

Pode-se aferir, do quanto analisado, que o giro linguístico se baseia na reflexão sobre a linguagem, cujas concepções foram apresentadas por Wittgenstein no curso do seu pensamento filosófico, pelo qual se concebia que o processo de conhecimento seria uma relação entre linguagens, destruindo a "verdade objetiva e a correspondente tomada de consciência dos limites intrínsecos do ser humano", estabelecida no princípio da autor-referencialidade da linguagem, superando os métodos científicos até então existentes. Para essa corrente filosófica, "o mundo exterior só existirá para o sujeito cognoscente se houver uma linguagem que o constitua",[42] o que equivale a dizer, epistemologicamente, que a relação entre o ser e o objeto ocorre por meio da linguagem.

Wittgenstein, em sua primeira fase, emprega à linguagem através da denominada "teoria pictórica do significado", a mesma configuração lógica da visão do mundo. Os elementos da linguagem são equivalentes às entidades do pensamento; é inseparável o que se pensa do que se diz e o que se diz do que se pensa. De acordo com o princípio de representação, todos os objetos, reais e imaginários, são configurados pelos signos linguísticos e, para Wittgenstein, similarmente, quando se diz algo deve-se fazê-lo com clareza, caso contrário, é melhor calar-se.

A racionalidade era o cerne de sua obra, como dito por Manfredo A. De Oliveira, "sua intenção fundamental no *Tratactus* é estabelecer, com clareza, as fronteiras entre o que racionalmente pode ser dito e o disparate que deve ser evitado".[43]

Seguiu-se, uma segunda fase, em que, para Wittgenstein, os significados das palavras deveriam ser procurados no cotidiano. O significado das palavras teria que ser compreendido dentro dos jogos de linguagem de determinada comunidade. Equivale a dizer, na prática, que a linguagem deveria ser buscada na forma de vida daquela comunidade para que se alcançasse o seu sentido, o emprego que ela teria.

As diferentes correntes do giro linguístico encaram diversas noções sobre as características e funções da linguagem.

Sobre a linguagem texto, confiram-se as considerações feitas por Ricardo Sayeg, *in* "O

41 MATSUSHITA, Thiago Lopes. *O jus-humanismo normativo* – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, capítulo 6, p. 64-65.

42 LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e norma jurídica: aproximações com o constructivismo lógico-semântico. *In: Vilém Flusser e juristas*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 374-375.

43 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.

capitalismo humanista – filosofia humanista de direito econômico":

> Texto é linguagem. E esta é viva, dinâmica, uma expressão da cultura humana na representação mental da existência do universo. A linguagem textual é apenas a estrutura física da norma jurídica; em razão disso, a norma jurídica segue a natureza não só do texto, mas também da linguagem. Não é um objeto inanimado, e sim, por especificidade, a representação viva do dever ser do homem e de todos os homens, em permanente transformação.
> A linguagem é a expressão viva da consciência finita, definindo as representações da existência por meio de códigos correspondentes à sua dimensão discursiva – ou seja, textual – que, como atributo cultural inato do homem e de todos os homens, é própria de seu agente, consistindo essencialmente em um esforço de conectividade intra e interhumano.[44]

E conclui:

> (...) a filosofia da linguagem ultrapassa o positivismo clássico e até mesmo o neopositivismo de Alexy e outros autores, mas não abandona o processo de positivação. Para tanto, deve-se considerar o conteúdo significante da norma jurídica integral como aquele obtido enquanto resultado do processo de síntese entre texto, metatexto e intratexto – este último, destaque-se, por meio da imbricação humanista com a positivação.[45]

Essa é uma das visões da linguagem, motivada pelo giro linguístico, seguida por diversas correntes, demonstrando que a linguagem compreende não apenas o texto escrito, mas é o meio entre o sujeito e a realidade, aqui vista sob o aspecto humanista. A linguagem de que se cuida não é mero veículo ou constitui um elemento acessório para as interpretações do pensamento, reflete esta linguagem uma identidade própria, impondo limites e formas entre o pensamento e a realidade. Por essa razão, encontramos no final do século XX, dentre as diferentes correntes, também diferentes formas de giro linguístico, dentre os quais: o giro linguístico analítico, o giro pragmático, o giro hermenêutico e o giro pragmático transcendental.

6. Giro linguístico analítico.

O giro linguístico analítico caracteriza-se pela substituição da consciência e suas categorias psicológicas pela linguagem e seus componentes lógicos como objeto de estudos da filosofia, concentração na análise formal das estruturas semânticas, ou seja, há uma preocupação com os signos e sua representação.

Nessa espécie, abandonam-se as conotações psicológicas, pragmáticas ou ontológicas; postura conhecida como antipsicológica ou antimentalista; problemas filosóficos tradicionais são devidos ao uso incorreto da linguagem e podem ser corrigidos por sua inspeção e reformulação; combate à metafísica, considerando-a obsoleta e absurda porque enuncia coisas que vão além da experiência comum ou que as ciências podem verificar.

A filosofia analítica é também denominada como: filosofia da análise lógica da linguagem, positivismo lógico, neopositivismo e atomismo lógico, sendo seus principais partidários os filósofos Frege e Russell. Encontramos também nas primeiras teorias de Wittgenstein, sendo, ainda, encampada por Ayer, Carnap, Bergman, Schlick e outros, tendo como marco delimitador de sua existência o início do século XX.

Aurora Tomazini nos apresenta uma distinção adequada em relação à linguagem

44 SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista* – filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011, capítulo II, item 1, p. 35-36.
45 *Ibidem*, p. 37

do direito positivo, num contexto normativo, destacando a linguagem prescritiva da descritiva, traçando um paralelo entre a teoria e a prática, assim como os fundamentos que dela decorrem, objetivando demonstrar que de nada adianta planos teóricos e práticos sem que entre eles exista uma linguagem apta à compreensão de um determinado objeto, sendo essa experiência a "concretude experimentada".

Sobre a linguagem prescritiva e descritiva afirma a autora:

> A linguagem do direito positivo caracteriza-se por ter função prescritiva, isto porque a vontade daquele que a produz é regular o comportamento de outrem a fim de implementar certos valores. Diferentemente, a Ciência do Direito aparece como linguagem de função descritiva, porque o *animus* daquele que a emite é de relatar, informar ao receptor da mensagem como é o direito positivo. Traçamos, então, a separação de dois planos linguísticos que dizem respeito à natureza do objeto de que nos ocupamos: os textos do direito positivo compõem uma camada de linguagem prescritiva ao passo que os textos da Ciência do Direito formam um plano de linguagem *descritiva*.
> A linguagem prescritiva é própria dos sistemas normativos. Como leciona LOURIVAL VILANOVA, "todas as organizações normativas operam com esta linguagem para incidir no proceder humano canalizando as condutas no sentido de implementar valores". Já a linguagem descritiva é própria das Ciências, porque é informativa. Aquele que a produz tem por objetivo descrever a alguém o objeto observado que, no caso da Ciência do Direito, é o direito posto.[46]

7. Giro pragmático.

Wittgenstein deu sua contribuição ao giro linguístico pragmático, em sua segunda obra, oposta à primeira, abandonando a filosofia por coerência estabelecida no "Tractatus". "Passou por uma lenta e dolorosa transformação espiritual desde mais ou menos 1930 até o fim de sua vida, e as Investigações Filosóficas são, propriamente, a expressão do itinerário de seu pensamento".[47] Nesta fase já não há mais uma sistemática, como na racionalidade estabelecida pela sua primeira obra. Apresenta Wittgenstein reflexões cujo problema da linguagem resume na sua significação pelo pensamento humano. Essa nova imagem da linguagem, tal como vista por Wittgenstein, é bem delimitada por Manfredo A. de Oliveira, quando esclarece que, a partir das críticas feitas à teoria inicial da linguagem de Wittgenstein, este passou a analisá-la pelo crivo de sua funcionalidade, de sua função figurativa. Diz Manfredo:

> (...) falamos, não de nova teoria da linguagem, mas de nova imagem, apesar de podermos perguntar se o que Wittgenstein nos apresenta nas *Investigações Filosóficas* não é, exatamente, uma nova teoria da linguagem que, em virtude de seu próprio método, não chegou a uma articulação clara.
> O que caracterizava essa nova orientação é que para ele, agora, *a linguagem é uma atividade humana* como andar, passear, colher, etc. Há aqui uma íntima relação, se não identidade, entre *linguagem* e *ação,* de tal modo que a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que não se pode separar pura e simplesmente a consideração da linguagem da consideração do agir humano ou a consideração do agir não pode mais ignorar a linguagem. Essa atividade se realiza sempre em contextos de ação

46 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito* (o constructivismo lógico-semântico). São Paulo: Noeses, 2009, p. 102.

47 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.

> bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida.
> Esses contextos de ação são chamados por Wittgenstein de "formas de vida" (IF 7, 19, 23), e a linguagem para ele é sempre uma parte, um constitutivo de determinada forma de vida, e sua função, por isso, é sempre relativa à forma de vida determinada, à qual está integrada; ela é uma maneira segundo a qual os homens interagem, ela é a expressão de práxis comunicativa interpessoal.[48]

Assim, o giro pragmático tem como característica a análise dos fatos contextuais, inserida na própria comunicação; analisam-se as estruturas linguísticas com vistas a revisar alguns fundamentos e objetivos não cumpridos nas situações de comunicação (atomismo metafísico, idealismo linguístico, claridade absoluta, erradicação total de mal entendidos filosóficos, ambiguidades, etc).

Nessa fase, a partir dos anos de 1950, abandona-se a perspectiva referencialista do significado e da ideia de uma linguagem lógica ideal e neutra. Há uma investigação maior dos atos linguísticos em relação aos enunciados, dos usos comuns mais do que das formulações científicas, dos fatores sociais mais do que dos aspectos formais; há uma atenção especial à relação entre linguagem e comunidade, às práticas e decisões humanas, às formas de vida, às convenções presentes e à possibilidade de variação de significados das funções através da linguagem; abandona-se a prioridade da ótica lógica em favor de enfoque aos conceitos da história e da antropologia. E Manfredo conclui que, nesta fase:

> É a partir da análise dessa situação que Wittgenstein supera a concepção tradicional da linguagem, mostrando sua parcialidade. Em nossa linguagem, não se trata apenas de designar objetos por meio de palavras; as palavras estão inseridas numa *situação global* que regra seu uso, aqui neste caso, por exemplo, pela relação de objetos que devem ser trazidos. Isso significa que a relação específica a objetos resulta da situação da construção em questão, ou seja, a análise da significação das palavras não se pode fazer sem levar em consideração o *contexto global* de vida, onde elas estão. O problema da significação, problema central da tradição de pensamento e também de Wittgenstein, não se pode resolver sem consideração dos diversos *contextos de uso* das palavras.[49]

Nessa quadra, outras denominações ao giro pragmático foram conhecidas como: filosofia da linguagem ordinária, pragmatismo linguístico e filosofia pós-analítica. Sintetizando, podemos afirmar que nesse plano o discurso se volta para o sentido que o texto quer alcançar, ou seja, não há uma lógica estreita na linguagem, uma racionalidade, a sua compreensão decorre da comunicação e o alcance desta, a sua pré-compreensão pelo intérprete, cuja moldura dará sentido ao discurso.

Podemos nesse giro entender os posicionamentos, já antecipados na introdução, do Supremo Tribunal Federal acerca do direito ao aborto do feto anencefálico e do direito à união homoafetiva. Em ambos os casos, não há previsão legal, nem para a realização do aborto do feto desprovido de cérebro, nem para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, partiu-se de uma interpretação dos normativos postos à disposição dos julgadores, tendo a Constituição Federal como base fixadora de seus princípios, até mesmo não consagrados, ou seja, comungaram-se fatores culturais, sociológicos e até religiosos para concluir ou não pela validade, num caso ou no outro, da procedência ou não do pedido.

48 *Ibidem*, p. 138.

49 *Ibidem*, p. 139

No caso da antecipação do nascimento do feto anencefálico, equivalente ao aborto tal como tipificado pelo Código Penal,[50] podemos observar a linguagem trazida pelo Supremo para a autorização da interrupção da gravidez,[51] pelo menos, sob três aspectos:

1) o médico – definindo o que vem a ser

50 *Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento*
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.
Aborto provocado por terceiro
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

51 "Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP (DL 2.848/1940) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões 'aborto eugênico ou eugenésico' ou 'antecipação eugênica da gestação', afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (...) Conforme a Resolução 1.480, de 8-8-1997, do Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o CFM, mediante ão 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral [43]. (...) No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. (...) Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. (...) De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (...) Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo CFM e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. (...) É de conhecimento corrente que, nas décadas de trinta e quarenta, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina[70]. A literalidade do CP de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de

um feto anencéfalo;

2) o jurídico – pela caracterização do tema como delito, sob os aspectos penais e constitucionais, ante a falta de definição legal de aborto de feto portador dessa anomalia e

3) o social – as implicações que decorrem desse fato.

Na concepção médica, deve-se, inicial-

estupro, quando o feto é plenamente viável. (...) mesmo à falta de previsão expressa no CP de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. (...) este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade'. É certo, senhor presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. No segundo trecho, este Tribunal assentou que 'a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica'. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante. Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei 9.434/1997[72], para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo , o qual é um natimorto cerebral. (...) Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum. Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático HC 84.025/RJ, rel. min. Joaquim Barbosa. (...) Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito. (...) Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico a paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire[103]. (...) Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que 'se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças'[105]. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (...) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (...) Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do direito penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º III; 5º, cabeça e II III e X; e 6º, cabeça, da CR. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, Ie II, do CP brasileiro." (ADPF 54/DF, Plenário, voto do Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe 29/04/2013.)

mente, definir o que vem a ser um feto anencefálico. De modo simplista, pode-se dizer que o feto anencefálico é aquele privado de encéfalo – de cérebro, portando, destituído de atividade cerebral. Aqui não nos cabe a análise das razões pelas quais tal fato ocorre, eis que estritamente médica, embora, em alguns casos, têm-se notícia de que podem decorrer de fatores externos, como por exemplo pela poluição por produtos químicos tóxicos, tal como a ocorrida em Cubatão no passado, situação que exigiu do Poder Público medidas drásticas para a contenção da poluição naquela localidade. Trata-se, então, de uma má formação embrionária, incompatível com a vida, pois é sabido que só se tem vida, quando o ser humano não é privado do cérebro. No feto, o sistema nervoso central forma-se entre a terceira e a sexta semana após a concepção, período em que se torna susceptível de uma má formação. É um processo complexo que, nesse trabalho, não há razões para aprofundamento, mas se torna necessário estabelecer, diante de uma má formação, a viabilidade do produto da concepção para o resultado jurídico pretendido, considerando que um ser humano adulto destituído de função cerebral, quando se declara a morte cerebral, apresentará uma vida vegetativa, vindo fatalmente a morrer em pouco tempo dada a degeneração de seus órgãos, caso não seja mantido sob aparelhos. Nesse ponto convém distinguir os conceitos de *morte encefálica* e *morte clínica*. Na primeira, os impulsos elétricos emitidos pelo sistema nervoso, ou seja, provenientes do cérebro são inexistentes; na segunda, a morte clínica, há a necessidade de haver a parada cardíaca, ou seja, o coração deixa de funcionar e promover a irrigação sanguínea para todo o corpo. Este aparte tem sua razão de ser, porquanto, da definição de morte sob dois aspectos diversos, juridicamente se viabilizou a autorização dos transplantes de órgãos das pessoas que se encontram com morte cerebral atestada (Lei nº 5.479/68, art. 5º, § 1º e Lei nº 9.434/97).

Para o feto sem cérebro, tal princípio não difere, uma vez que a vida intrauterina, se levada a termo, até o nono mês de gravidez e, nas mesmas condições de um adulto com morte cerebral, embora se dizendo que terá pouco tempo de vida, porque morto já se encontra, será apenas um ser, destituído das funções biológicas que são comandadas pelo cérebro, ou seja, sequer conseguirá respirar já que o comando para tal atividade será inexistente, sendo inevitável a parada cardiorrespiratória.

Sob o enfoque jurídico, podemos admitir a Constituição Federal como informadora de diversos princípios, os quais se entrelaçam para que, mesmo sem lei definidora de determinado fato, seja alcançado o bem pretendido pelo sujeito do direito. Os juristas pátrios se valem atualmente de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, tendo outros princípios como corolários daqueles, para situar questionamentos formulados que envolvam direitos fundamentais do indivíduo. Nesse enfoque seria correto afirmar como indigno manter uma mulher grávida, sabendo que o ser que carrega não sobreviverá em hipótese alguma, eis que já atestada a morte cerebral do feto, seja sob o aspecto médico ou psicológico.

A maternidade, e só as mulheres podem ter essa experiência de forma natural, é um momento ímpar. Enleva a mãe a um estado de espírito de extrema felicidade. É a satisfação de dar à luz e ao mesmo tempo satisfazer o parceiro, como pai, constituindo um lar. Pelo menos em uma hipótese, em contraposição ao estado psicológico mencionado, o aborto foi concebido, quando a lei penal admite expressamente a realização do aborto terapêutico ou sentimental, quando a gravidez decorre de estupro,[52] mesmo que o feto seja sadio e perfeito.

Submeter a gestante a uma verdadeira via crucis na esfera judicial para obter

52 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

autorização para a retirada de um feto, que pode ser considerado morto, será submetê-la duplamente a uma violência psicológica, pois além de expor-lhe publicamente, trar-lhe-á angústias e frustrações, caso a decisão lhe seja negada, violando-a intimamente pela obrigação de aceitar que deverá, por longos nove meses, manter uma gestação que a todos publicamente declarou ser indesejada.

Deferir uma medida judicial autorizando o aborto na hipótese em que o feto for declarado clinicamente sem cérebro não equivaleria à legalização do aborto pelo Poder Judiciário, pois não se estaria legislando hipótese não prevista em lei. E essa foi a linguagem utilizada pelo Supremo na brilhante decisão proferida. Fez-se uma interpretação conforme o texto Constitucional reconhecendo que, pela anomalia diagnosticada, a antecipação do nascimento estaria distante de uma caracterização do tipo penal de aborto, porque não se estaria interrompendo uma gravidez de feto com vida, por já estar atestada clinicamente a morte cerebral, conforme enfocado naquela decisão "em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde", preservou-se o direito da gestante de não levar a termo uma gravidez fadada ao insucesso de se obter um ser vivo.

Sob o mesmo enfoque dos direitos individuais dos cidadãos, acrescido de um princípio inédito adotado pelo Supremo, preservando igualmente o princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja, "o princípio da felicidade", são atendidos os reclamos dos homossexuais para que se reconheçam suas relações homoafetivas e lhe sejam conferidos os direitos inerentes à entidade familiar, tal como previsto no texto constitucional.[53]

8. Giro hermenêutico.

Características:

- corrente alemã, como as anteriores critica a concepção tradicional da linguagem como instrumento para a designação de entidades independentes da linguagem ou para a comunicação de pensamentos pré linguísticos e em reconhecer o papel constitutivo da linguagem na nossa relação com o mundo, porém baseada em conceitos diferentes:

53 "Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana." (RE 477.554-AgR/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/08/2011, DJe 25/08/2011. No mesmo sentido: ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011.)

- as limitações impostas à razão pela linguagem estão demonstradas pelo fato da pluralidade de linguagens históricas, à abertura ao mundo propiciada pela constituição de sentido que ocorre numa conversa depois que se aprende uma língua e na abertura de horizontes através da linguagem que serve de limite para a razão e a partir do qual a vida no mundo se torna acessível e compreensível;

- um ente e suas verdades são determinados pela linguagem que os nomeia;

- proeminência do significado sobre a referência (a designação de um nome a um objeto não se dá por uma relação ostensiva direta, mas sim, por uma relação indireta na qual os conceitos elaborados na linguagem servem de nexo entre as partes);

- predomina a concepção holista da linguagem (a linguagem é uma totalidade simbolicamente articulada onde cada parte adquire seu significado por referência ao todo).

Principais adeptos:

- von Humboldt, Heidegger, Gadamer, Ricoeur, Derrida e Vattimo.

Época:

- início já no século XIX, com Humboldt.

9. Giro pragmático transcendental ou universal.

Características:

- visa à reconstrução racional das condições que tornam possível chegar a um acordo intersubjetivo na comunicação, na linguagem ordinária, e sustenta que na linguagem se encontra o grande fundamento de toda a atividade racional, que ela é interdependente do entendimento e que o entendimento depende de certas pretensões que se almejam ao argumentar (compreensão, verdade, veracidade e correção) e que a argumentação sempre tem base no sentido que não pode ser negada discursivamente sem cometer uma petição de princípio, sem cair ao mesmo tempo em contradição de performance; a linguagem e suas regras universais se convertem no "a priori" de todo conhecimento e comunicação possíveis, na condição transcendental que só se pode evitar caindo na irracionalidade e no mutismo.

Defensores:

- Apel e Habermas, Peirce, Wittgenstein, Austin e Searle.

10. Conclusão.

Podemos considerar a linguagem cotidiana como a expressão da vontade do ser humano transmitida pela fala, por gestos ou até mesmo por signos universais como é a linguagem em libras, a pauta musical, a matemática e as artes. Elementos que nos permitem identificar o emissor da ordem, sendo o receptor o responsável pela sua interpretação.

Esse tipo de linguagem nos leva a estabelecer algum tipo de comunicação cuja racionalidade é interpretada em um contexto posto, dentro de um discurso interpretativo.

O giro linguístico tornou-se, inegavelmente, uma das principais correntes da filosofia contemporânea, residindo aí a sua importância. Pelos seus conceitos revolucionários produziu mudanças na forma de reflexionar-se sobre a filosofia, a partir da metade do século XIX. A expressão "virada" ou "reviravolta" talvez fosse a mais adequada para traduzir "giro" em nossa língua, embora esta seja perfeitamente aceitável e, além do mais, é intrigante e elegante e, dentro deste próprio tema, o importante é que ela seja a expressão senso perceptiva do pensamento.

A concepção filosófica iniciada por Wittgenstein, através de questionamentos e do abandono de sistemas filosóficos totais e inteiramente compreensivos, estabelecendo a estreita ligação entre linguagem e reflexão filosófica parece ter sido a base de todo o sucesso do giro linguístico. Vale lembrar, muito resumidamente, uma vez que já foram abordados neste trabalho, alguns antecedentes

possivelmente motivadores dessas mudanças filosóficas.

Gottlob Frege, no final do século XIX, defendeu a tese de que o sentido de uma proposição depende de suas condições de verdade. Apoiando-se na tese de Frege, logo a seguir, Edmund Husserl publica suas "Investigações Lógicas" e Ludwig Wittgenstein o seu "Tractatus", surgindo então a fenomenologia e a filosofia analítica. Seguem-se Martin Heidegger, com sua "pre interpretação" ou "pre compreensão" e o seu discípulo francês, Jacques Derrida que publica, em 1967, o ensaio "A voz e o fenômeno", combatendo o conceito husserliano de presença. Não se pode esquecer da contribuição, tanto no desenvolvimento como na consolidação do giro linguístico, de outros filósofos, como aqueles do "Círculo de Viena" (Moritz Schlick, Hans Kelsen, David Hume, Ernst Mach, Hans Hahn, Phillipp Frank, Otto Neurath, Rudolf Carnap , Gottlob Frege e outros), bem como: Jurgen Habermas, Karl Otto Apel, Richard Rorty, John Austin, John Searle, Paul Watzlawick, Jacques Lacan, Gianni Vattimo, Gustav Bergmann, Hans Georg Gadamer, Saussure, Stanley Fish, François Lyotard, Russell e, até mesmo Jean Paul Sartre e Sigmund Freud.

O giro linguístico rompe a forma tradicional de conceber a relação linguagem e conhecimento, abandona o postulado de verdade absoluta, abala a teoria de Kant que relaciona o conhecimento a sujeito e objeto e passa a entender a linguagem como o fator preponderante dessa relação. Entretanto, ele não é algo homogêneo, nem corresponde a um único movimento, pois há diferentes vertentes: o giro linguístico analítico, o pragmático, o hermenêutico e o pragmático transcendental.

> Além das características próprias de cada uma dessas tendências há denominadores comuns que delineiam os limites dentro dos quais elas se situam: rejeição ao sujeito, precaução em relação aos intentos de brindar sistemas de pensamentos gerais e com pretensões de objetividade total (abandono do conceito forte de teoria), esforço para deixar para trás categorias metafísicas e substituição, em alto grau, da análise da consciência pela da linguagem.[54]

Na nossa visão, a importância do "giro linguístico" se reflete na possibilidade do intérprete ultrapassar os limites da ordem jurídica instituída, diante de preceitos definidos e hipoteticamente imutáveis, para adequar, de acordo com os valores e as constantes mutações sociais, uma interpretação mais consentânea com a realidade vivida (dever ser), consoante normativos postos, que já não atendem aos anseios sociais.

O intérprete, valendo-se de princípios e valores extraídos do texto constitucional, sem deles se afastar e tendo a Constituição Federal como base fixadora de suas interpretações, comunga fatores culturais, sociológicos e até religiosos, para permitir inovar a ordem jurídica, concluindo ou não pela validade, num caso ou no outro, da procedência ou não de determinado pedido, conforme já exemplificados nos casos polêmicos do aborto dos fetos anencefálicos e da possibilidade da união das pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Essa visão encontra razão de ser na Teoria da Linguagem, inovação que conferiu ao intérprete reflexões que extrapolam o texto estreito da lei, voltando-se para a análise dos conceitos básicos, dos princípios e dos obje-

54 Conforme original: "Más allá de las características que le son propias a cada tendencia del giro lingüístico, todas poseen algunos denominadores comunes que sirven para delinear los límites dentro de los cuales se enmarca la mayoría de la producción filosófica vigente: acoso al sujeto, precaución ante los intentos de brindar sistemas de pensamiento generales y con pretensiones de objetividad total (abandono del concepto fuerte de teoría), esfuerzo por dejar atrás categorías metafísicas y reemplazo en gran medida del análisis de la conciencia por el del lenguaje. Todas estas ideas están presentes en la producción de Wittgenstein, por lo cual puede considerárselo como una de las principales fuentes de la reflexión filosófica actual". (ALEGRE, Javier R. *Giro lingüístico y corrientes actuales de la filosofía*. Influencias wittgensteinianas. Argentina: Instituto de Filosofía - Facultad de Humanidades – UNNE, p. 3).

tivos do conhecimento científico em geral, porém, destinados à satisfação e bem estar do ser humano dentro de um contexto cultural, em constante mutação.

Dito isso e tomando por empréstimo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho sobre o tema, outro não poderia ser o entendimento, para o qual a "hermenêutica fornece tão somente os instrumentos de interpretação dos enunciados jurídicos com fins de construção do sentido da norma jurídica".[55]

Sob esse ângulo a norma jurídica não seria aquela preconizada pelo ordenamento, mas pura criatividade do intérprete, que a constrói baseado num conjunto de fatores, dos quais faz parte a norma jurídica, porém não de forma isolada, porque nos seus dizeres "não existe" "vontade" ou "espírito" na lei, mas sim a vontade do legislador na época da criação da lei, cabendo ao intérprete conferir ao ordenamento a realidade contemporânea para dar efetividade à norma jurídica caso a caso, porquanto não temos um Direito único e imutável para todos, a construção do Direito há de ser feita conforme os parâmetros adequados apresentados ao julgador.

Cumpre ressaltar, ainda, que há filósofos que discordam total ou parcialmente das teorias do giro linguístico, como é o caso do francês Alain Badiou que expôs sua teoria em um vasto volume, publicado em 1988, "O ser e o acontecimento", sobre a qual não falamos, por não fazer parte do escopo deste trabalho.

55 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed., São Paulo: Noeses, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Referência bibliográfica.

ALEGRE, Javier R. *Giro lingüístico y corrientes actuales de la filosofía*. Influencias wittgensteinianas. Argentina: Instituto de Filosofía - Facultad de Humanidades - UNNE.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito* (o constructivismo lógico-semântico). São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed., São Paulo: Noeses, 2009.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012.

LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e norma jurídica: aproximações com o constructivismo lógico-semântico. *In*: *Vilém Flusser e juristas*. São Paulo: Noeses, 2009.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. *O jus-humanismo normativo* – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP. Capítulo 6.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista* – filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual*: pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

STADLER, Friedrich. *El Círculo de Viena*. Santiago: UAM-Iztapalaga, 2011.

Revista do TRF3 - Ano XXVI - n. 127 - Out./Dez. 2015

Desafios para a construção da igualdade de gênero: os *novos direitos* constitucionais



Paula Loureiro da Cruz

Doutoranda em Direito Político e Econômico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O presente artigo considera a insuficiência dos mecanismos jurídicos conhecidos para superação da problemática de gênero existente na sociedade contemporânea, caracterizada, essencialmente, pelas contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento. Partindo-se do pressuposto de que mudanças no plano concreto não ocorrem de forma concomitante ao aprimoramento do conteúdo formal da igualdade e das fórmulas destinadas a emprestar-lhe maior efetividade, analisa-se a necessidade de se repensar a função do Direito e de se conceber novos mecanismos que sejam capazes de atender às demandas existentes. No caminho voltado à concreção da igualdade, são ponderadas contribuições ofertadas pela teoria que defende a existência de uma nova categoria de direitos constitucionais fundamentais, denominada de *novos direitos*.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Igualdade. Cidadania. Desafios. *Novos direitos* constitucionais.

ABSTRACT: This article considers the failure of legal mechanisms to overcome known problems existing gender in contemporary society, characterized essentially by the contradictions arising from the creation of specific behavioral, cultural and social patterns, defined from biological sex and obligation of the individuals from birth. Starting from the assumption that changes in the specific plan does not occur concomitantly to improve the content of formal equality and formulas designed to lend it greater effectiveness, examines the need to rethink the function of law and of conceiving new mechanisms that are able to meet existing demands. On the road facing the concretion of equality, contributions offered by the theory that defends the existence of a new category of fundamental constitutional rights, called the new rights are weighted.

KEYWORDS: Gender. Equality. Citizenship. Challenges. New constitutional rights.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Gênero, patriarcado e capitalismo. III. Fundamentalidade do direito à igualdade de gênero. IV. Desafios contemporâneos para o Estado, o Direito e a sociedade: os *novos direitos*. V. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução.

Pensar em igualdade, na sociedade contemporânea, é algo intrigante. O desafio inicia-se com a definição da dimensão que se deve emprestar à igualdade constitucionalmente assegurada, no panorama social brasileiro marcado por preconceito, exploração e graves distorções sociais e econômicas. Conquanto sejam aprofundadas as formulações a respeito dos conteúdos formal e material da igualdade, assim como são científicas as fórmulas concebidas com o intuito de propiciá-la, não há dúvidas de que ainda se está muito longe de atingir o patamar de igualdade que se espera de uma sociedade justa e igualitária.

Caminhamos, de modo geral, no sentido de aprofundar o conceito jurídico da igualdade e aperfeiçoar as fórmulas voltadas à realização de seu conteúdo, ao mesmo tempo em que aceitamos ser necessária a concessão de tempo – indefinido quanto à sua extensão – para que mudanças se tornem efetivas no plano concreto. Nesse contexto, em que alterações no plano formal não são suficientes para superar as demandas oriundas da desigualdade no plano concreto, situam-se grandes angústias. Não se trata de negar os avanços havidos no decorrer dos anos, das décadas, dos últimos séculos, no que se refere à construção da igualdade tanto no campo formal como material, mas, sim, de sopesar o ritmo com que esses avanços são perpetrados dentro de um contexto desarmônico cuja transformação tem uma perspectiva ainda indeterminada.

A pergunta que se coloca diz respeito à existência, ou não, de um caminho jurídico eficiente, capaz de transformar a realidade, em período de tempo indefinido, porém certo quanto à sua ocorrência. Pois há a possibilidade de que a crença nos mecanismos jurídicos então conhecidos reflita a existência de uma ideologia capaz de mascarar a insuficiência do Estado e do Direito no processo de transformação do contexto social e econômico de opressão e exploração contemporâneo.

O presente estudo busca respostas ao questionamento colocado especificamente no que concerne à problemática de gênero. Trata-se de analisar as contradições de gênero e do sexismo frente à capacidade dos instrumentos jurídico-estatais de promover a superação destas.

II. Gênero, patriarcado e capitalismo.

A terminologia *desigualdade de gênero* é comumente utilizada pelas diversas correntes do movimento feminista, com o intuito de se referir unicamente à opressão e exploração suportadas pela mulher na sociedade contemporânea.[1] Entretanto, a expressão *desigualdade de gênero* também pode ser utilizada com concepção mais ampla, para abranger a problemática verificada na sociedade contemporânea, em decorrência da atribuição de tratamento desigual e discriminatório a determinados indivíduos, em razão do *papel de gênero* desempenhado.

Sobre *papel de gênero*, é pertinente consignar, desde já, que este não se confunde e nem necessariamente guarda correspondência com o sexo biológico do indivíduo, nem tampouco com sua orientação sexual. Um primeiro contato com o tema indica que a construção dos papéis de gênero se dá a partir da divisão de tarefas entre homens e mulheres: num primeiro momento, associam-se determinadas tarefas ao sexo biológico, criando-se padrões comportamentais, de modo que, num segundo momento, as pessoas passam a sofrer discriminação em decorrência do padrão assumido. A respeito do acúmulo de tarefas sobre a mulher, aponta Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci:

1 Sobre a diferença entre *opressão* e *exploração*, sugere-se: PESCHANSKI, João Alexandre. Exploração e opressão na teoria social de Erik Olin Wright, e um complemento marxiano. *Leviathan* – Cadernos de Pesquisa Política, n. 4, p. 138-149, 2012. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>. Acesso em: 10 set. 2015.

> (...) sobreleva ressaltar que o espaço público está sendo conquistado pelas mulheres, agregando-se, assim, mais um campo para o desenvolvimento de suas atividades. Todavia, o mesmo avanço não se vislumbrou na divisão das múltiplas tarefas domésticas existentes no mundo privado. Dessa forma, queremos dizer que a mulher, ao se inserir no mercado de trabalho, conjugou e aliou mais essa tarefa ao seu cotidiano diário, sem dividir com seus maridos e companheiros o espaço da vida privada e as inúmeras tarefas domésticas.[2]

Portanto, o papel de gênero desempenhado torna-se importante fator de opressão e exploração. Essa concepção do termo *gênero* é dada pela feminista *Maria de Jesús Izquierdo*:

> A desigualdade das mulheres é um processo que começa com a divisão sexual do trabalho e se consolida com a constituição dos gêneros sociais: se você é mulher, tem de fazer determinadas coisas, se é homem, outras. O passo seguinte é considerar femininas as atividades feitas pelas mulheres e masculinas aquelas feitas pelos homens. O terceiro passo é diferenciar o tratamento recebido (respeito, reconhecimento, meios de vida, estilo de vida) pelas pessoas que realizam atividades femininas e os que realizam atividades masculinas. Nesse momento dizemos que têm caráter de gênero. Quando uma atividade tem caráter de gênero, as pessoas, independentemente de seu sexo, são tratadas segundo um padrão específico, o de gênero.[3]

Nessa primeira concepção, o *papel de gênero* – ou simplesmente *gênero* – cinge-se



à forma de apresentação social adotada pelos indivíduos, ou seja, ao padrão comportamental específico que permite a distinção entre *masculino* e *feminino*. Há quem sustente a existência de outros padrões comportamentais de gênero, além do *masculino* e do *feminino*, que podem estar relacionados com a adoção de orientação sexual diversa da heterossexualidade ou não. Estariam enquadrados nesta situação os travestis, transexuais, intersexuais e os transformistas, embora não necessariamente sejam homossexuais. Trabalha-se, aqui, a ideia de *diversidade* quanto à sexualidade: "embora todas as culturas girem na mesma faixa de diversidade humana, elas têm diferentes maneiras de distinguir identidades gays, lésbicas e transgêneros".[4]

Assim, dentro da denominada *desigualdade de gênero*, inserem-se as contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento. Privilegia-se o

2 ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativas*: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012, p. 120.

3 IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo*: desigualdade y discriminación salarial. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998, p. 34.

4 ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005, p. 6.

masculino, em detrimento do *feminino* e dos demais papéis de gênero, quando admitida sua existência. O papel de gênero assume grande importância na vida do indivíduo, posto fazer-se presente em todos os seus atos, comportamentos e relações, e mesmo de sua sexualidade, porquanto a criança é educada desde o nascimento para assumir o padrão comportamental correspondente ao seu sexo biológico.

É possível afirmar que a sociedade, com seus regramentos moral, jurídico e religioso, estruturou-se adotando como regra a heterossexualidade. A diversidade de gêneros e orientação sexual nem sempre é bem acolhida, pois vivemos em um modelo de sociedade eminentemente patriarcal. A ciência jurídica, por sua vez, caminha lentamente no sentido de eliminar as discriminações de gênero, notadamente porque confere às mulheres e gêneros *divergentes*[5] tratamento dúbio, caracterizado quando é assegurado o exercício de apenas uma parcela dos direitos subjetivos previstos no ordenamento jurídico, e não a sua totalidade.

Como exemplo, pode ser citado o recente posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu interpretação mais elástica aos dispositivos constitucionais concernentes à família, de modo a reconhecer o direito de homossexuais se unirem sob o manto de proteção jurídica da *união estável*. Em consonância com o julgado, aos homossexuais deve ser resguardado o direito de firmarem contrato de união estável, mas não necessariamente de contraírem *casamento* ou de adotarem filhos, dependendo o exercício desses direitos muitas vezes da judicialização da questão.

Segundo Michael Foucault, a sexualidade é vista na sociedade contemporânea como elemento de dominação. Cuida-se de uma forma de controle do indivíduo e da população, de forma a amoldá-la a interesses predominantemente econômicos. Para o autor, há um *dispositivo* concernente à sexualidade, ou seja, existe um conjunto de elementos heterogêneos que determinam a forma com que a sexualidade deve ser conduzida na sociedade. O *dispositivo* guarda estrita relação com a *instituição*, a qual é assim definida:

> Geralmente se chama instituição todo comportamento mais ou menos coercitivo, aprendido. Tudo que em uma sociedade funciona como sistema de coerção, sem ser um enunciado, ou seja, todo o social não discursivo é a instituição.[6]

Prosseguindo-se nessa linha de raciocínio, para admitir-se que o *casamento* também é uma instituição, não só do ponto de vista jurídico, mas também comportamental, é possível afirmar que a sexualidade adequa-se a interesses econômicos, os quais também impõem restrições mais rígidas sobre a mulher. Expoentes do feminismo marxista, como Alexandra Kollontai e August Bebel, seguindo o caminho originariamente perfilhado por Engels, enxergam a família como instituição que se distancia do ideal de amor sexual, aproximando-se mais de um contrato de conveniências, porquanto atende prioritariamente a interesses econômicos. Esses pensadores do século XIX concebem a instituição familiar como peça elementar para o direito de propriedade, a transmissão hereditária e o acúmulo de capital. Para a formação de uma nova família com o casamento, são levados à consideração outros elementos que não o ideal de amor, tais como a posição social dos noivos e a conveniência econômica dessa união.

Por essas razões, o conceito de família ainda é rígido, se pensado diante do tratamento conferido pelo Direito, pela moral, pela religião e pelos costumes. É certo que, diante da diversidade de regramentos, torna-se mais dificultoso conferir maior elasticidade

5 Com a expressão *gêneros divergentes*, referimo-nos aos papéis de gênero diferentes do *feminino* e *masculino*, tais como *travestis* e *transexuais*.

6 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 247.

ao conceito, de modo a albergar seres que se reúnam unicamente em prol do afeto, pouco importando a classe, o gênero ou a orientação sexual. A concepção de uma forma familiar livre, sem contornos predefinidos, desprovida do dever de fidelidade e da imposição da heterossexualidade, encontra resistências nos planos jurídico e moral, além de ser questionável a sua funcionalidade frente a interesses hereditários. Partindo-se da premissa de que a família monogâmica é instituição que atende prioritariamente a interesses econômicos e hereditários, é possível compreender porque sua estruturação se dá fundamentalmente por um homem e uma mulher, com seus descendentes, tendo como pressuposto a monogamia e, sempre que possível, a identidade de classes sociais entre os cônjuges.

O patriarcado, que coloca o homem em posição de primazia, amolda-se à sistemática familiar, fazendo com que se estabeleça uma relação simbiótica entre o patriarcado e a sociedade capitalista. Com relação à conjugação do patriarcado e capitalismo e às contradições de gênero, Joachim Hirsch traz importante contribuição:

> A separação entre Estado e sociedade, presente na forma política capitalista, significa que o Estado não se apoia apenas nas relações de classe, mas também nas relações de gênero caracterizadas pela exploração e opressão, expressas em suas instituições políticas. Assim, surge uma contradição estrutural entre desigualdade e opressão social por um lado, e liberdade e igualdade civis formais por outro lado, *que caracteriza o patriarcado capitalista* (Genetti, 2003) (...). A divisão do trabalho ligada à relação de gênero – trabalho assalariado e trabalho doméstico – é fundamental para o processo capitalista de valorização e de acumulação.[7]

Exatamente porque a divisão da sexualidade em dois gêneros – masculino e feminino, com características e atribuições próprias – assegura a existência da família monogâmica, identidades de gênero diversas dos dois tipos referidos são foco de preconceito social, ficando, muitas vezes, fora do âmbito de proteção do direito. O mesmo ocorre com a diversidade de orientação sexual. Homossexuais, transexuais, travestis, transformistas são vistos como *anomalia*.[8] Assim sendo, é possível afirmar que o Direito, a moral e os costumes têm demorado a aceitar sua existência, e conferir-lhes tratamento igualitário aos demais, haja vista representarem risco à família monogâmica. Nesse particular, tem-se a conclusão atingida por Hirsch:

> (...) Exatamente nesse sentido, a família e o casamento não são a "célula-mater" da sociedade, mas fundamentos essenciais das relações de domínio estatal. Esse é um dos motivos para o comportamento sexual discordante frequentemente ser tido como socialmente destrutivo, e considerado uma ameaça ao Estado.[9]

7 HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 82, destaques nossos.

8 A propósito do uso do termo *anomalia* para os gêneros divergentes: "Em ecologia e evolução, a diversidade em gênero e sexualidade é denegrida pela teoria da seleção sexual, uma perspectiva seguida a partir de Darwin. Essa teoria proclama que machos e fêmeas obedecem a certos padrões universais – e que desvios desses padrões são anomalias. No entanto, o que acontece na natureza torna falsa a teoria de Darwin. Na biologia molecular e na medicina, a diversidade é vista pelo prisma patológico: a diferença é considerada uma doença. Mas a ausência de uma definição científica para a doença implica que sua diagnose é, frequentemente, uma prática que tende ao preconceito. E, nas ciências sociais, a variação em gênero e sexualidade é considerada irracional, e o fator pessoal é negado. Pessoas que diferem em gênero e sexualidade são tidas como motivadas por uma estúpida devoção a deuses primitivos, ou compelidas por impulsos psicológicos não naturais, ou que sofrem lavagem cerebral devida a convenções sociais e assim por diante: há sempre alguma razão para evitar considerar mais seriamente porque as pessoas diferem em gênero e sexualidade". (ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005, p. 7).

9 HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 83.



A respeito da definição de patriarcado, e da dificuldade de se estabelecer uma conceituação que atenda a todas às suas correntes de estudo e variações, destaca-se o trabalho de Carol Ehrlich, no artigo *The unhappy marriage of marxism and feminism: can it be saved*.[10] Segundo a autora, a assertiva de que a base material do patriarcado é o controle exercido pelo homem sobre a força de trabalho da mulher é insuficiente. Para Ehrlich, o patriarcado abrange outra série de questionamentos, entre os quais podem ser citados a homofobia, o casamento monogâmico heterossexual, o sentimento masculino de superioridade e poder:

> Uma análise anarquista feminista do patriarcado mostra que ele é composto de oito fatores: (...) (1) Para reiterar Hartmann, o patriarcado envolve o controle dos homens sobre a força de trabalho das mulheres; (2) Impedir o acesso das mulheres aos recursos necessários economicamente produtivos, tornando-as economicamente dependentes de um sistema machista-controlador, e/ou de um homem em particular, e; (3) Controle sobre a sexualidade da mulher. (...) (4) Controle masculino sobre recursos e tomadas de decisão. (...) (5) A homofobia, o medo e o ódio da homossexualidade. (...) (6) A socialização diferencial por sexo, que na maioria das sociedades conhecidas está associada com a desigualdade sexual. (...) (7) A ideologia do patriarcado, a crença de que os homens são superiores às mulheres, inclui a crença de que os homens têm o direito de controlar as circunstâncias de vida das mulheres. (...) (8) Finalmente, o poder patriarcal é expresso, mantido e executado através de formas de violência dirigida especificamente contra as mulheres.[11]

Assim, no âmbito da problemática da desigualdade de gênero, aproximam-se mulheres, homossexuais, travestis, transformistas, transexuais, intersexuais. Todos em busca da superação das contradições experimentadas. É certo que as características que a discriminação de gênero assume, de um lado, entre as mulheres, e de outro, entre os demais gêneros citados, não são exatamente as mesmas, embora seja possível identificar diversos pontos de intersecção. Diante da complexidade de fatores que interferem nos papéis comportamentais, meras alterações legislativas, ainda que acompanhadas de prestações positivas estatais, podem não ser suficientes para propiciar a superação das contradições de gênero. Nesse sentir, a crítica de Celso Naoto Kashiura Júnior:

10 Artigo integrante do livro: SARGENT, Lydia, *et al. Women & revolution:* a discussion of the unhappy marriage of marxism and feminism. Quebec: Black Rose Books, 1981, p. 109-133.

11 *Ibidem*, p. 120-128, tradução livre. Texto original: "An anarchist feminist analysis of patriarchy shows that it is composed of eight factors. (...) (1) To reiterate Hartmann, patriarchy involves men's control of women's labor power through (2) Preventing women's access to necessary economically productive resources, thus making them economically dependent upon a male-controlled system, and / or upon a particular man; and (3) Controlling women's sexuality. (...) (4) Male control of resources and decision making. (...) (5) Homophobia, the fear and hatred of homosexuality. (...) (6) Differential socialization by gender, which in most known societies is associated with sexual inequality. (...) (7) The ideology of patriarchy, the belief that men are superior to women, includes the belief that men have the right to control the life circumstances of women. (...) (8) Finally, patriarchal power is expressed, maintained, and enforced through forms of violence directed specifically against women."

> O capitalismo é contraditório, isto já se sabe. Suas contradições, que não aparecem socialmente como tais, são eventualmente mitigadas, ao mesmo tempo em que novas contradições surgem e se aprofundam – em qualquer caso, as contradições jamais são eliminadas por completo, visto que são a "vida" do capitalismo. O ciclo do capital exige, por exemplo, igualdade jurídica formal e desigualdade social material: nenhuma pode triunfar sobre a outra, sob pena de restar destruído o próprio modo de produção. A manutenção desta contradição demanda, portanto, que as desigualdades sociais sejam sempre, de algum modo, redutíveis à igualdade jurídica, isto é, as desigualdades sociais devem ser continuamente "encurtadas" para que "caibam" na igualdade jurídica, ou esta deve ser artificiosamente "esticada" para que "cubra" as desigualdades sociais.[12]

Segundo essa visão, políticas públicas e ações afirmativas são ferramentas que, segundo uma análise filosófica crítica, mais têm servido para assegurar a manutenção do Estado patriarcal, do que como medidas compensatórias juridicamente determinadas, atribuídas a grupos objetivamente discriminados por preconceitos, que sejam objeto de discriminação negativa. A assimilação dessa assertiva há de ser feita com cautela, pois não se pode desmerecer as conquistas havidas na legislação, nem tampouco dos benefícios delas decorrentes, em tão pouco tempo de existência dos Estados Democráticos de Direito, sempre em aperfeiçoamento, se comparadas ao longo da história da humanidade. Por essa razão, é possível que o caminho para a superação das contradições de gênero exija maior aproximação de uma análise principiológica dos fundamentos e objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, em vez de ficar restrito a disputas políticas visando a aprovação de alterações meramente legislativas.

III. Fundamentalidade do direito à igualdade de gênero.

O Brasil adota, por força da Constituição Federal de 1988, o modelo de Estado Social Democrático de Direito. Desde o preâmbulo afere-se a preocupação do poder constituinte com o exercício dos direitos sociais e individuais, com o bem-estar, com o desenvolvimento, considerando-os valores supremos de uma sociedade fraterna. Em seu artigo 1º, a Constituição Federal brasileira consagra os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, elencando entre eles a "cidadania", "a dignidade da pessoa humana", "os valores sociais e do trabalho e da livre iniciativa" e o "pluralismo político".

Singela leitura dos dispositivos que iniciam o texto constitucional é suficiente para a constatação de que consiste em um dos objetivos maiores buscados pelo Estado Brasileiro a realização da igualdade. É o que se verifica especialmente no artigo 3º, incisos I, III e IV e artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, os fundamentos de *cidadania* e *dignidade da pessoa humana*, insertos nos incisos II e III do artigo 1º, pressupõem também a igualdade, pois não há como sustentar a realização plena desses dois fundamentos num contexto marcado por profundas desigualdades sociais. Em outras palavras, não há cidadania plena sem igualdade fática; não há cidadania plena, sem redução das desigualdades sociais. E ambas consistem em objetivos traçados pelo Estado brasileiro, instrumentalizados a partir dos direitos fundamentais e sociais.

A cidadania almejada pelo Estado brasileiro direciona-se à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que garantido o desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regio-

12 KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica:* contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 193-194.

nais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O pluralismo político, que não se limita ao pluralismo partidário, exige que as diversidades sejam respeitadas, sejam elas de natureza social, política, religiosa, econômica, filosófica, de orientação sexual, entre tantas outras protegidas pelo texto constitucional. O pluralismo impõe o respeito às diferenças, por meio da compreensão de que a diversidade é necessária e essencial. Este é um dos fundamentos do Estado brasileiro, sem o qual não há dignidade humana, sem o qual não há cidadania. Sobre o pluralismo, Marcelo Novelino cita brilhante texto de *Wellington Nery* do seguinte teor: "O diferente é necessário, imprescindível, essencial. Respeitar o outro é querer respeito consigo. Somos todos uns em função do outro. Não nos cabe o preconceito, a intolerância, a estupidez, a barbárie".[13] E mais:

> Ante a diferença, buscamos a negação. Ante a diversidade, buscamos a solidão. Queremos os iguais, queremos espelhos. Queremos um conforto e uma segurança em muros de medo e vemos o mundo por entre frestas de pouca luz, de parca lucidez. A realidade cada vez mais diluída em constantes pesadelos é uma realidade não vivida plenamente. Uma realidade negligenciada pelo indiferentismo que nos domina. A nossa realidade vem sendo carcomida pelo medo. Estamos sós e mal acompanhados num mundo que desaba em certezas axiomáticas. Estamos sós e desemparados num mundo que se apequena em posicionamentos fundamentalistas. Estamos sós, num mundo de intolerâncias.[14]

Não é demais reafirmar que não há cidadania plena desprovida de igualdade fática, sem a superação de toda forma de discriminação, sem a beleza da diversidade, sem o respeito às diferenças.

No tocante ao direito da igualdade, a discussão mais sensível consubstancia-se na concepção do direito à igualdade material, em contraponto à igualdade formal. Segundo Paulo Bonavides, o direito à igualdade vem ganhando cada vez mais importância, e deve ser concebido como um dever que vincula também o legislador, fazendo com que a igualdade não se resuma à fórmula idealizada na expressão *perante a lei*, mas sim no dever concreto de assegurá-la, ou seja, segundo a expressão *feita pela lei*.[15] Pois, segundo o autor a *igualdade material traz a liberdade para aqueles que, no Estado de Direito da burguesia, tornaram-se súditos.*

Se, de um lado, a Constituição Federal estabelece serem todos iguais (igualdade jurídica); de outro lado, singela leitura dos dispositivos que iniciam o texto constitucional é suficiente para demonstrar que consiste em um dos objetivos maiores buscado pelo Estado Brasileiro a realização da igualdade (fática), da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Portanto, facilmente é vista a discrepância entre os conteúdos informadores da igualdade em sua acepção formal e material. A propósito desses conteúdos, Robert Alexy afirma que *quem quer promover a igualdade fática, tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica.*[16] Em outras palavras, a igualdade fática pressupõe tratamento jurídico diferenciado, voltado justamente a assegurar a igualdade de fato com diminuição das diferenças, ao passo que o tratamento jurídico igualitário não necessariamente estaria a assegurar a igualdade de fato.

No que concerne à problemática de gênero, muito se discute a respeito da medida de igualdade (ou desigualdade) verificada em

13 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 375.
14 *Ibidem*, p. 375-376.
15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376-381.
16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-432.

decorrência do sexo biológico, do papel de gênero, da orientação sexual assumida pelo indivíduo, na sociedade brasileira.

No plano formal, homens e mulheres são iguais, mas não o são no plano concreto, pois enquanto recair prioritariamente sobre as mulheres a responsabilidade pelos afazeres do lar e dos cuidados com os filhos, e mais, enquanto a moral exigir da mulher comportamentos mais rígidos do que dos homens, nós estaremos diante de evidente desigualdade material. Já com relação aos papéis de gênero e orientação sexual, pode-se dizer que o tratamento discriminatório é conferido desde o plano formal, vale dizer, a desigualdade é vista também no plano formal, na medida em que o ordenamento jurídico exclui homossexuais, bissexuais, travestis, transformistas, transexuais, intersexuais etc. da esfera de proteção jurídica conferida pelo Direito, mormente no que se refere ao direito de constituir família, além de ser omisso na criação de normas específicas protetivas no mercado de trabalho e de combate ao preconceito, em todas as suas formas.

Para Hirsch, os seres humanos ocupam posições objetivas dentro da estrutura social e de classes existentes e, simultaneamente, por ostentarem o atributo de sujeitos de direito, que lhes confere liberdade e igualdade no plano formal, dispõem de alguma margem de ação para formar e expressar seus interesses e organizar a sua vida. É justamente essa margem de ação, conferida aos sujeitos de direito, que possibilita a perpetuação de todos os antagonismos sociais, próprios da sociedade capitalista, como é o caso das relações de gênero e das oposições étnicas, por exemplo. Sob essa visão, essas relações, eminentemente conflituosas, são reguladas pelo Estado, de forma a se adequarem à existência da sociedade capitalista. Não só tais relações se adequam aos ditames do capitalismo, mas também se tornam necessárias à reprodução do processo de acumulação de capital. Especificamente no que tange às mulheres, Hirsch aponta:

> As mulheres, por exemplo, se mantêm em sua condição de gênero em suas orientações sociais e possibilidades de ação dentro das formas sociais existentes: relação salarial, família, dinheiro e Estado. (...) Finalmente, a família é o lugar onde se produzem e se reproduzem as posições de classe, onde a individualidade e os sentimentos podem desenvolver-se e acontece a socialização e a divisão de trabalho específica de sexos. (...) Segundo a posição no mercado, o gênero, a religião, a tradição cultural etc., surgem interesses singulares, separados e confrontados entre si, os quais serão "considerados" e expressos de maneira específica no aparelho estatal, nas organizações burocráticas e nos meios de comunicação comerciais etc. É por isso que não há um interesse social genuíno fora do sistema de regulação existente. (...) [17]

Assim sendo, o processo de regulação comporta sempre uma relação complexa e contraditória, de integração e exclusão. Conclui referido autor:

> (...) a regulação capitalista mantém um contexto de exploração e de opressão que só pode ser modificado por lutas sociais, e cuja supressão está ligada à eliminação das estruturas de dominação da sociedade.[18]

É possível a construção da igualdade por intermédio do Estado Democrático e do Direito, no contínuo processo de aprimoramento dos instrumentos jurídicos e de minimização das distorções sociais por meio dos conteúdos informadores dos direitos fundamentais e sociais. Ocorre que, frente à impossibilidade de a sociedade e, por conseguinte, o Estado darem conta de atender a todas as demandas sociais, seja em razão

17 HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 114-115.
18 *Ibidem*, p. 116.

da insuficiência de recursos, seja em virtude da proliferação da pobreza e marginalização, sempre há uma escolha a ser feita sobre qual demanda deve ser priorizada. Certo é que as escolhas devam ser efetuadas dentro de uma série de possibilidades, com amparo, em primeiro lugar, no interesse público, conquanto se reconheça que a definição sobre qual escolha melhor atente ao interesse público, dentre o universo de possibilidades de sua satisfação, exija que se socorra do critério do justo. E o conteúdo do justo está longe de ser uníssono. Artur Sanchez Badin mostra, em breves palavras, a dura tarefa de definir o alcance de *justiça*:

> (...) As políticas públicas são conformadas a partir de escolhas, muitas vezes dramáticas, sobre fins, meios e prioridades. A diversidade de escolhas possíveis em casos concretos reflete a existência de concepções conflitantes de interesse público e, no limite, de justiça. Para os adeptos de uma visão welfarista de justiça, por exemplo, a escolha deve ser tal que maximize a satisfação de todos ("Pareto-eficiente"). Já sob uma visão rawlsiana, justa será a escolha que promover uma distribuição igual da riqueza, respeitado o "princípio da diferença". Já para uma visão marxista, justa será a escolha que der "a cada um de acordo com sua necessidade e de cada um conforme sua capacidade". O cardápio de opções é extenso.[19]

Dúvidas não há quanto à imprescindibilidade de o Direito, e seus mecanismos, virem a concretizar os fins institucionais estatais, no contínuo processo de construção e aperfeiçoamento de democracia e da cidadania. Dúvidas existem, estas sim, quanto ao alcance e extensão que se pretenderá dar a esses dois preceitos, numa sociedade permeada de desigualdades. Diversas são as concepções de constituição, que compreendem desde uma leitura estritamente normativista ou positivista, passando em seguida por uma visão sociológica, que privilegia a sua compreensão de acordo com os fatores reais de poder, até chegar-se a leitura que a concebe como texto e contexto, emprestando-lhe a ideia de uma constituição viva e dinâmica. Os fins insculpidos na Constituição Federal são representativos das finalidades socialmente relevantes da ação do Estado e, embora a Constituição Federal não esclareça qual direito fundamental e/ou social deva ser priorizado em relação aos outros de mesma categoria, é certo que a identificação de políticas governamentais e mecanismos jurídicos com a satisfação de um direito dessa categoria é capaz de demonstrar, por si só, a razoabilidade da escolha efetuada.

No que se refere ao nível de fundamentalidade que se deve emprestar à igualdade de gênero, as divergências acerca da própria condição de opressão e exploração da mulher podem fazer com que suas demandas sejam relegadas para segundo plano. A escassez de recursos torna o Estado incapaz de atender a todas as demandas sociais, fazendo com que o desenvolvimento das políticas e ações voltadas à igualdade pressuponha um processo anterior de escolha. E, nesse processo de escolha, outras demandas podem ser priorizadas em detrimento das demandas de gênero.

IV. Desafios contemporâneos para o Estado, o Direito e a sociedade: os *novos direitos* constitucionais.

A propositura de um caminho concreto e seguro, capaz de estabelecer o correto equilíbrio entre os dois lados muitas vezes antagônicos da relação *mínimo existencial ou vital* e *reserva do possível,* perpassa pela análise do Estado e do Direito e de suas finalidades máximas. Certo que, numa visão mais crítica, é possível que se conclua pela impossibilidade de esses dois institutos corrigirem distorções sociais, porque são incapazes de aniquilarem

19 BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93.



a relação contraditória fundamental entre capital e trabalho, a qual serve de base para a exploração capitalista. Entretanto, a par do paradigma filosófico que se pretenda adotar, é imprescindível a desenvoltura de estudos voltados a conceber parâmetros objetivos que possam equilibrar o conflito inerente às demandas sociais e ao orçamento disponível, valorando cada um desses institutos à luz do ordenamento jurídico e da realidade social concreta.

Nesse trilhar, de estabelecer parâmetros objetivos por intermédio de *normas jurídicas*, sejam principiológicas (normas-princípios), sejam regulatórias (normas-regras), há que se ter o cuidado para que a norma jurídica não entre em colisão com os valores máximos informadores de nosso Estado de Direito:

> Contudo, a *especificação* e a *determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isto porque trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo. Surge, então, nesse desenho a *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*. Buscando inspiração na tese da *derrotabilidade da norma regra*, é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto. (...)[20]

No campo da hermenêutica, estuda-se que o Direito comporta diversas formas de interpretação, entre as quais se destacam a histórica e sociológica, que admitem não só a modificação dos conceitos em consonância com a evolução verificada nas situações fáticas que lhes deram origem, mas também sua compreensão com vistas a atender ao bem-estar social. O conceito *família* é exemplo desse movimento evolutivo: se em primeiro momento a família era composta essencialmente por genitores e seus descendentes, pode-se afirmar, atualmente, que o conceito alberga outras composições, como no caso de casais divorciados com filhos.

Em recente julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a possibilidade de casais homossexuais unirem-se em união estável que, na hipótese, recebeu a denominação de *união homoafetiva*. A par da discussão existente a respeito de esta medida configurar indevido ativismo judicial, em prejuízo de uma decisão eminentemente política, mostra-se relevante a ponderação acerca da suficiência ou não desse

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 98. E mais: "Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). Contudo, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulação decorrente da norma-regra (afastamento pontual da norma regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de justiça social (CF, art. 3°)". (p. 99)

provimento jurisdicional no sentido de pôr termo às discussões de gênero. É possível que se afirme não só a insuficiência da medida, mas também a sua potencialidade na intensificação das discussões, porquanto traz à tona a necessidade de se repensar a forma familiar monogâmica.

Algumas críticas foram tecidas quanto ao possível caráter exclusivamente econômico do posicionamento adotado pela Suprema Corte, que se voltaria muito mais a atender demandas econômicas como medida facilitadora das relações de troca no mercado de trabalho, do que manifestar uma preocupação latente quanto à felicidade. Aponta-se, como fundamento, o porquê do reconhecimento tão-somente da união estável, deixando-se de fora todos os demais direitos concernentes às formas familiares, tais como a instituição do casamento e a possibilidade de adoção de filhos. Tais críticas são merecedoras de uma abordagem mais aprofundada, inclusive no que se refere aos aspectos processuais potencialmente limitadores de um provimento jurisdicional de maior amplitude. Por ora, não se nega que o precedente consiste em marco inicial de importantes mudanças no direito de família, que poderão vir a configurar, no futuro, o início de uma abertura jurídica e moral para novas formas familiares. Sim, pois, ao falar de direito à felicidade, de direito ao amor, de direito constitucional de família, a Suprema Corte admitiu que a conceituação de família não mais se restringisse à ótica do direito privado. Passou-se a admitir que o delineamento do conceito família seja conferido pelos princípios constitucionais, pelos direitos e garantias fundamentais, pela primazia da dignidade humana.

Não há como se afastar de uma análise crítica do instituto família, notadamente diante do reconhecimento jurídico da união homoafetiva. *Gênero* e *família* são dois conceitos interligados. Do ponto de vista jurídico, há de ser enfocada a assimilação do conceito família sob a ótica de Direito Público, na medida em que o Supremo Tribunal Federal analisou a questão à luz do *direito constitucional de família*. Este pode ser, talvez, um primeiro e grande passo para a abertura do instituto família, se ponderada a potencialidade de deflagrar outras mudanças, com esta relacionada, tais como a substituição da licença maternidade pela licença parental quando do nascimento dos filhos. Há evidente possibilidade de a orientação jurisprudencial acima referida consistir em marco de mudanças na esfera legislativa, para um universo que vai além dos citados interesses econômicos no campo do Direito Privado. Abre-se quiçá a possibilidade de utilização de alterações legislativas por um caminho mais eficiente em prol das minorias, afastando-se da sistemática dos direitos sociais apontada por Hirsch.

Nesse complexo panorama até aqui retratado, o que se espera do Estado e do Direito é que evoluam no sentido de proporcionar maior efetividade às suas ações. Não se pode olvidar que os dois institutos são mutáveis, vale dizer, a funcionalidade do Estado e do Direito na promoção da igualdade material varia de acordo com elementos históricos e sociológicos, e até mesmo circunstanciais. As mudanças paradigmáticas do Direito são vistas pelas suas dimensões, mas nelas não se resumem. Hodiernamente, aponta-se para a concepção de *novos direitos*, que não se amoldam a nenhuma dimensão em específico, mas com todas elas guardando relação. Os *novos direitos* não são novos do ponto de vista do bem jurídico cuidado, mas sim do conteúdo informador desse bem jurídico. Novo é, portanto, o alcance, a formatação que se pretenda dar ao direito, frente às transformações do tempo, da sociedade, da economia.

A título de ilustração, o direito à igualdade de gênero. Se, num primeiro momento, o bem jurídico "igualdade" limitava-se a conquistas nas esferas políticas e jurídicas, hoje já se percebe a insuficiência destas. A igualdade de gênero comporta uma outra ordem de medidas, jamais pensadas quando da primeira concepção. Enxergar as mulheres, transgêneros e homossexuais como seres hu-

manos independentes e livres, com direito ao respeito, à educação e ao trabalho, e capazes de conquistarem seu espaço na esfera pública e social, tudo isso fez parte da evolução do direito à igualdade de gênero. Porém, a busca pela igualdade não morre nesses patamares. A sociedade muito caminhou no sentido de construir um universo de igualdade entre os gêneros, mas ainda falta muito por trilhar. O caminho para superação das contradições de gênero demanda muito mais que uma análise no campo da dogmática jurídica, isto é, uma reflexão restrita do direito, acerca das técnicas jurídicas e das questões que surgem com a prática do Direito, especialmente no que concerne às normas jurídicas e sua aplicação ao caso concreto. Em realidade, é preciso que se caminhe em direção ao que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denominou de *zetética* jurídica. Segundo Alysson Mascaro:

> Por *zetética* jurídica se compreenderia toda a reflexão a respeito das origens, da história, das causas e das relações sociais do direito, seus objetivos e finalidades. A zetética seria um estudo amplo, que investigasse as estruturas do fenômeno jurídico. O estudo dogmático do direito seria então fechado, e o estudo zetético aberto. Tal diferença, salienta Ferraz Jr., é apenas didática, porque o fenômeno jurídico que se apresenta de maneira total.[21]

Nesse caminhar, portanto, não basta aquilatar quais mudanças podem ser feitas no plano legislativo; há de se repensar o próprio papel do Direito como instrumento que deve propiciar justiça social numa sociedade eminentemente patriarcal. Sobre essa visão crítica do Direito, complementa Mascaro:

> Para que se compreenda de maneira correta o que é o fenômeno jurídico na atualidade é preciso, pois, um pensamento crítico, que saiba ver para além da aparência e do discurso do direito. Só a análise histórica e a contribuição de outros saberes, como a economia, a política, a sociologia, a filosofia, dentre tantos outros mais, unificados a partir de uma visão crítica, poderão auxiliar a dar corpo ao direito naquilo que ele efetivamente se apresenta no mundo contemporâneo.[22]

A sociedade deve caminhar para superação das contradições de gênero: compreender a imbricação existente entre gênero, patriarcado, capitalismo, Estado e Direito, para, em segundo momento aquilatar os papéis do Estado e do Direito, e maximizar a sua capacidade de propiciar mudanças voltadas à superação completa das contradições de gênero. Com relação ao Direito, há que se ponderar não só sua funcionalidade do ponto de vista da promoção de alterações legislativas que possam minimizar as condições de opressão suportadas, mas, principalmente, repensando-se o papel do próprio Direito, que hodiernamente é tido como instrumento legitimador da desigualdade verificada no plano concreto. Trata-se da possibilidade de abertura de novos caminhos seguros para serem trilhados na busca da concreção da igualdade material. A crise do Estado Social pós-moderno é incontestável e vem acarretando descrença geral na sua capacidade de pacificar os conflitos. Acaba, assim, por colocar em xeque a eficácia, e até mesmo a própria existência, dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, diante do sufocamento perpetrado pela ordem econômica. A respeito da questão, Marco Aurélio Romagnoli Tavares sustenta que:

> Ao se analisar a sociedade atual que apresenta descrença na capacidade de mudanças das práticas de políticas públicas pelo Estado, em especial no

21 MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65-66.

22 *Ibidem*, p. 53.

> atendimento de suas necessidades básicas, o que leva inevitavelmente ao acaso da civilidade, é imperioso se perguntar que tipo de Estado se quer instituir para a nação, tanto agora, como num futuro próximo. (...) É impossível negar que o Estado tem recorrentemente falhado na aplicação e implementação dos direitos sociais constitucionais. Inevitavelmente essa ausência traz à tona o que há de pior no ser humano, a sua desumanização, retirando de seu caráter a noção do cuidado com o próximo.[23]

É certo que os princípios da progressividade dos direitos sociais e da vedação do retrocesso impedem não só a reversibilidade dos direitos implementados no plano concreto, mas também determinam que se caminhe no sentido de ampliar o material subjetivo desses mesmos direitos. Entretanto, não se pode negar que "o desenlace do sistema econômico, adotado no Brasil, ainda se apresenta como base precária à sustentação da democracia".[24] Para o mesmo autor, o Estado social brasileiro necessita posicionar-se no contexto econômico mundial, convertendo seus ganhos para a satisfação plena dos direitos fundamentais sociais necessários para estabilização da sociedade. Nesse passo, exsurge a necessidade de mudanças de paradigmas, da concepção de novos caminhos e novas formas de elaboração e aplicação do Direito. Nas precisas palavras de Tavares:

> Portanto, para a realidade brasileira, não basta apenas relacionar a ausência de condição econômica para a negação de direitos sociais fundamentais, já que epistemologicamente está o problema centrado exatamente no conceito e modelo desejável de aplicação do capitalismo neoliberal contemporâneo, que, através da criação de "normas" sociais e jurídicas, anula o indivíduo em detrimento do sistema.[25]

Partindo-se do pressuposto de que a concepção do Direito como norma proveniente unicamente do Estado Soberano não tem se mostrado capaz de dar conta das graves contradições em nossa sociedade, é preciso enfrentar os riscos provenientes da abertura do Direito, para o universo dos *novos direitos*, como reflexos de lutas e conquistas de identidades coletivas e plurais, com seus prós e contras, como forma de maximizar os efeitos das ações que hoje ainda se encontram amarradas pela soberania estatal e sua burocracia inerente. No dizer de Boaventura de Souza Santos, "provavelmente as teorias que temos e os conceitos que utilizamos não são os mais adequados e eficazes para enfrentar os desafios e para buscar soluções para o futuro"[26]. E prossegue, com palavras marcantes:

> A sociedade capitalista moderna cria uma discrepância enorme entre experiências atuais e expectativas de futuro. Isto é, é a primeira vez que as experiências correntes da atualidade não coincidem com as experiências do futuro. Uma pessoa nasce pobre, mas pode morrer rica, uma pessoa nasce iletrada, mas pode morrer sendo pai e mãe de um médico; essa é a ideia de progresso, a ideia de que as expectativas superem as experiências e é isto o que chama a atenção entre a regulação e a emancipação. (...) Este conhecimento de regulação passou a dominar totalmente e ao dominar totalmente edificou, transformou, absorveu o conhecimento de emancipação, de forma que o conhecimento passou a ser a ignorância, a solidariedade passou a caos solidário entre cidadãos, o perigo da solidariedade en-

23 TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 84-85.

24 *Ibidem*, p. 86.

25 *Ibidem*, p. 89.

26 SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Encarte Clacso - Cadernos da América Latina X*. Disponível em: <http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Xcadernopensamentocritico.pdf>. Acesso em: 06 out. 2005.

> tre cidadãos; a emancipação passou de ignorância no colonialismo a ser ordem e o é de uma boa maneira. Isto é o que temos hoje: o conhecimento da emancipação está completamente absorvido pelo conhecimento de regulação e por isso fica difícil pensar a emancipação. Por isso é necessário pensar em outros mecanismos e reinventar a emancipação social talvez nos obrigue a repensar toda a questão do conhecimento.[27]

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, embora se referindo ao Direito Privado, apontam para a nova tendência das ciências jurídicas, que também é vista na órbita do Direito Público:

> A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos (*rectius*, aos entes dotados de personalidade como um todo, para que não se exclua parcela de interessados) perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. E reconheça-se que o *ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania*. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da Ciência Jurídica, será a ponte, o elo, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um Direito Civil mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um Direito mais real, humano e, por conseguinte, justo.[28]

Em realidade, a tendência contemporânea das ciências jurídicas consiste em *flexibilizar* o alcance das normas jurídicas, até então interpretadas de forma essencialmente positivista, a fim de que se adéquem aos princípios maiores buscados pelo nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito, vale dizer, a fim de propiciar a realização, no plano concreto, dos princípios e objetivos que justificam a existência de todo o aparato estatal. Quanto maior for o apego à interpretação essencialmente positivista da norma, na qual a regra prepondera sobre a justiça do caso concreto, à ideia de que o Direito somente será válido quando emanado do ente soberano estatal, mais nos desviaremos do caminho que leva à correção das distorções sociais. Nessa mesma linha de raciocínio, o apontamento de José Matias Pereira:

> No processo das transformações que vêm ocorrendo no mundo, o Estado mantém um papel fundamental, que passa a demandar, entretanto, o desenvolvimento de novas capacidades e competências, para garantir maior efetividade nas suas ações. A mudança fundamental do planejamento pode ser descrita como a transição do planejamento normativo, tradicionalmente adotado pelas organizações estatais até recentemente, e o direcionamento para um planejamento estratégico, que começa a ser discutido e adotado por tais organizações.[29]

Daí por que a imprescindibilidade de se buscar novos caminhos, novos rumos para a sociedade, mormente por meio da proposição de mecanismos inovadores para o Direito, que sejam capazes de minimizar as formas de opressão hodiernamente suportadas, até a sua superação por completo. Estes são, pois, os desafios que se colocam à frente dos *novos direitos* constitucionais. Acerca do que vem a ser os *novos direitos*, esclarece Antônio Carlos Wolkmer:

27 *Ibidem*.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 95.

29 MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

> A proposição nuclear aqui é considerar os "novos" direitos como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada formação societária. Neste sentido, como já foi descrito em outro contexto, importa assinalar que mesmo inserindo as chamadas necessidades em grande parte nas condições de qualidade de vida, bem-estar e materialidade social, não se pode desconsiderar as determinantes individuais, políticas, religiosas, psicológicas, biológicas e culturais. A estrutura das necessidades humanas que permeia o indivíduo e a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante "ausência" ou "vazio" de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Por consequência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de "novos" direitos. [30]

Conforme apontado pelo autor, os *novos direitos* são decorrentes de mudanças e desenvolvimento no modo de viver e de se relacionar dos indivíduos, grupos e classes, que determinam novos anseios, os quais transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Tratam-se de exigências contínuas da coletividade, que vão se delineando com particularidades até então não consideradas, advindas de novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Os *novos direitos*, na verdade, podem relacionar-se com direitos já previstos no sistema; a inovação portanto, diz respeito ao alcance, ao conteúdo e ao modo de obtê-los, haja vista "que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial – , mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída".[31] Afirma referido autor:

> Assim, a conceituação de "novos" direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabem se instituindo formalmente. O lastro de abrangência dos "novos" direitos, legitimados pela consensualidade de novos sujeitos sociais, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e exigências de um devir, direitos que "só se efetivam, se conquistados". [32]

Assim, os *novos direitos* advêm da necessidade de legitimação da ação de novos atores sociais, que sejam capazes de lidar com os mais complexos matizes assumidos pelas demandas individuais e sociais. Especificamente no que concerne às contradições de gênero, vê-se que a mulher conquistou a esfera pública, mas não logrou libertar-se da *escravidão doméstica*, da dupla moral e da maior carga de exploração no mercado de trabalho. Portanto, não basta o direito à igualdade formal, ao voto, à educação, ao trabalho, à autonomia. À mulher deve ser assegurada a libertação da *escravidão doméstica*, a igualdade de tratamento moral, o fim do preconceito sexual, a paridade no mercado de trabalho. Esses são conteúdos dos quais o direito não conseguirá se desviar; são estes

30 WOLKMER, Antônio Carlos. *Os "novos" direitos no Brasil*: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

31 *Ibidem*, p. 20.

32 *Ibidem*, p. 20.



os conteúdos da igualdade material, sonhada pela comunidade e prometida pelo Estado e pelo Direito. Sua realização ultrapassa o paradigma tradicional da ciência jurídica, caracterizado por um modelo individualista, formal e dogmático. Nesse passo, a criação e incorporação de novéis parâmetros para o Direito, por intermédio de um diálogo interdisciplinar e solidário, que permita aprofundar o conhecimento dos liames que caracterizam cada demanda pelo Direito, são essenciais. Certamente, importante passo foi dado pela Corte Suprema ao considerar a existência jurídica dos direitos à felicidade, ao amor, à realização da família, desaguando na admissão de uma nova forma familiar, diversa do modelo originariamente positivado. Assim como esse, outros importantes passos podem ser contemplados pelo Direito, possibilitando a superação e o aniquilamento dos elementos que são determinantes das contradições de gênero. Dentre eles está a assunção do olhar coletivo e plural propiciado por aqueles que se arriscam a pensar sobre os *novos direitos* e conceber caminhos coletivos diversificados daqueles então existentes.

É possível que a união de esforços no combate à discriminação de gênero, com a adoção, pelo Estado e pela sociedade, de medidas coletivas educativas e de esclarecimento, seja mais eficaz do que meras alterações legislativas de efeitos paliativos ou de políticas públicas que se encontrem amarradas pela insuficiência do orçamento estatal. Medidas de conscientização da necessidade de respeito às diferenças e que reforcem a responsabilidade dos homens pela execução compartilhada das tarefas domésticas, por exemplo, podem ser promovidas pelo Estado e pela comunidade no âmbito das escolas, das empresas, das repartições públicas, sem que isso implique gastos e sem necessidade de lei. Pouco se ousa caminhar no sentido de direcionar o gênero masculino também para dentro dos lares, a fim de que haja o compartilhamento das tarefas domésticas até então atribuídas exclusivamente ao gênero feminino.

O reconhecimento dos reais fatores que compõem a desigualdade de gênero, em toda sua extensão e intensidade, aliado à unificação de esforços provenientes da comunidade, do Estado e do Direito na defesa da igualdade, por meio da concepção de uma forma de tutela coletiva dessas mesmas demandas, que não se restrinja a alterações legislativas e políticas públicas, mas que seja capaz de alçar novos rumos fundados na proporcionalidade e razoabilidade que devem informar toda atuação estatal (jurídica, política, legislativa), é um horizonte que merece ser pensado.

V. Conclusão.

Em razão da complexidade assumida na sociedade contemporânea, a abordagem da questão de gênero se torna desafiadora para o Direito, pondo em xeque os instrumentos jurídicos convencionais. O grande desafio que se coloca está na proposição de caminhos plurais, seguros e justos, que se coadunem com a estrutura jurídica e estatal existentes, e que sejam mais eficazes no contínuo processo de superação de nossa grave desigualdade social. Trata-se da elaboração inovadora de programas de ação, em sentido amplo, com objetivos claramente identificados e sopesados frente à estrutura estatal, aos recursos disponíveis, às circunstâncias dadas pela realidade concreta, sem se desviar, nesse

processo de formulação, de premissas básicas que devem ser necessariamente respeitadas para que todo o programa tenha coerência e sustentação, sendo este o ponto chave da elaboração. Porque o cerne do desafio está na formulação de um caminho jurídico eficiente, que seja ao mesmo tempo inovador e seguro, notadamente no que concerne à sua composição jurídica, possibilitando o combate aos reais fatores de discriminação.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativas*: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo*: desigualdade y discriminación salarial. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica:* contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PESCHANSKI, João Alexandre. Exploração e opressão na teoria social de Erik Olin Wright, e um complemento marxiano. *Leviathan* – Cadernos de Pesquisa Política, n. 4, p. 138-149, 2012. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>. Acesso em: 10 set. 2015.

ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Encarte Clacso - Cadernos da América Latina X*. Disponível em: <http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Xcadernopensamentocritico.pdf>. Acesso em: 06 out. 2005.

SARGENT, Lydia, *et al. Women & revolution:* a discussion of the unhappy marriage of marxism and feminism. Quebec: Black Rose Books, 1981.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Os "novos" direitos no Brasil*: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

A atividade de radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995: da atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997



Raecler Baldresca
Juíza Federal da 1ª Turma Recursal Cível e Criminal de São Paulo. Professora de Direito Processual Penal. Mestre e Doutoranda pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disciplina contida na Lei nº 4.117/1962 e as alterações realizadas pelo Decreto-Lei nº 236/1967: criminalização da conduta. 3. Telecomunicações e radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995 – Reflexos penais na Lei nº 4.117/1962 e o princípio da legalidade. 4. A Lei nº 9.472/1997 e os serviços de telecomunicações. 5. Tutela penal na atualidade: a questão da revogação parcial da Lei nº 4.117/1962 pela Lei nº 9.472/1997. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Em 2003, defendi minha dissertação de mestrado sobre o tema "Da radiodifusão comunitária no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro", na qual tratava sobre os vários aspectos envolvendo o uso do espectro eletromagnético, especialmente a disciplina criminal, concluindo pela atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

A escolha do tema ocorreu pelo fato de haver no fórum criminal da Justiça Federal de São Paulo um expressivo número de feitos desta natureza, superando processos de crimes considerados mais graves ou potencialmente danosos.

A conclusão da atipicidade, contudo, foi decorrência do estudo da disciplina constitucional da atividade de radiodifusão e de telecomunicações que havia sofrido profunda alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 08/1995.

Apesar disso, passados mais de dez anos daquele estudo e mais de quinze anos da reforma constitucional das telecomunicações, ainda se percebe uma imensa contradição existente entre a ordem constitucional inaugurada em 1988 e reformada em 1995 e a política estatal de radiodifusão que, ao mesmo tempo em que beneficia pequenos grupos com penetração política ou econômica no país, reprime a atividade de uso local do espectro eletromagnético, ainda que em detrimento da contenção de graves delitos.

É o momento de se discutir o alcance da norma penal para o uso do espectro eletromagnético e mais do que nunca o Poder Judiciário é chamado a interpretar a legislação sobre o tema em conformidade com os dispositivos constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito e garantem a liberdade de comunicação em todos os seus níveis.

2. Disciplina contida na Lei nº 4.117/1962 e as alterações realizadas pelo Decreto-Lei nº 236/1967: criminalização da conduta.

É certo que, em sua redação original, a Lei nº 4.117/1962 garantia a liberdade de radiodifusão, não excluindo, porém, a possibilidade de punições aos que praticassem abusos no seu exercício, constituindo as penalidades previstas em multa, suspensão, cassação e detenção.

Segundo o artigo 53, constituiria abuso, no exercício da liberdade de radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no país, inclusive:

a) incitar a desobediência às leis ou às decisões judiciárias;

b) divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional;

c) ultrajar a honra nacional;

d) fazer propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social;

e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;

f) insuflar a rebeldia ou a indisciplina nas Forças Armadas ou nos serviços de segurança pública;

g) comprometer as relações internacionais do país;

h) ofender a moral familiar, pública ou os bons costumes;

i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros;

j) veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social.

Além disso, o artigo 78 previa o crime de instalação ou utilização de telecomunicações, quando não se observasse o disposto na lei e nos regulamentos sobre o assunto, ou seja, principalmente quando se praticassem as condutas acima descritas, ou quando o exercício da atividade fosse realizado para a prática de crime ou contravenção previsto na norma, configurando-se, em ambos os casos, o referido abuso.

Entretanto, com o advento do Decreto-Lei nº 236/1967, houve modificações na Lei nº 4.117/1962, sobretudo no sentido de ampliar o dispositivo criminal e restringir o exercício da liberdade de radiodifusão, o que foi resultado do processo político-militar inaugurado em março de 1964, quando ocorreu a deposição do Presidente da República João Goulart pelas Forças Armadas.

Com efeito, no auge do período de repressão e ditadura que se havia instalado no país, durante o qual o regime democrático e os direitos fundamentais foram absolutamente desprezados, não havia que se falar em liberdade de expressão. Assim, o governo militar, pretendendo calar seus adversários políticos, editou o referido Decreto-Lei e, dessa forma, alterou o Código Brasileiro de

Telecomunicações, para restringir a atividade de radiodifusão, incluindo outros dispositivos para esse fim, dentre os quais o atual artigo 70, que dispõe, *in verbis*:

> Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem a observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.
> Parágrafo único - Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Também houve a modificação constante do artigo 53 para incluir, dentre as hipóteses de abuso no exercício da liberdade de radiodifusão, a conduta de "colaborar na prática da rebeldia, desordens ou manifestações proibidas", o que confirma a ideologia que se pretendeu impor à nação, no sentido de impedir a existência e a articulação de grupos divergentes ao regime totalitário.



Com isso, a atividade de telecomunicações em geral sofreu os mesmos efeitos repressivos que caracterizaram o período, felizmente bastante distanciado da realidade presente, sendo imprescindível, pois, que se considere a ordem constitucional atual na interpretação da Lei nº 4.117/1962 e do Decreto-Lei que a complementa, eis que em seu conteúdo ainda repousam as marcas do regime que vigorava à época.

3. Telecomunicações e radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995 – Reflexos penais na Lei nº 4.117/1962 e o princípio da legalidade.

Originariamente, ao estabelecer a competência material da União, a Constituição Federal de 1988 tratava do serviço de radiodifusão como uma das espécies do gênero telecomunicações, na medida em que, inserindo-os em um único inciso do artigo 21, conferia-lhes o mesmo regime jurídico, conforme se verifica no artigo abaixo transcrito, *in verbis:*

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

Ocorre que, com a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, o referido artigo categorizou de maneira distinta os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, eis que dele passou a constar, *in verbis*:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Com a nova disciplina, o serviço de radiodifusão perdeu sua condição anterior – de espécie do gênero telecomunicações

– passando a constituir-se em figura autônoma com regime jurídico diverso; tanto assim que foi tratado separadamente, o que trouxe importantes modificações no âmbito infraconstitucional, sobretudo no sentido da inaplicabilidade da sanção penal prevista na Lei nº 4.117/1962.

Com efeito, na medida em que o novo tratamento constitucional deixou de recepcionar as definições contidas no Código de Telecomunicações, no que se refere à inclusão da radiodifusão sonora e televisiva no conceito de telecomunicações, impondo uma disciplina diferenciada, não há como incidir o crime previsto no artigo 70 dessa norma, cujo tipo penal refere-se apenas à atividade de "instalação ou utilização de telecomunicações".

Note-se que em face do princípio constitucional da legalidade do crime e da pena, segundo o qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais, não sendo possível interpretar-se o artigo 70 para incluir no termo "telecomunicações" a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens que não consta do tipo penal.

Nesse sentido, confiram-se as palavras de Celso Bastos que, ao comentar a Emenda Constitucional nº 08/1995, sustentou:

> (...) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão) passaram a constituir-se em nova modalidade de utilização do espectro radioelétrico, não abrangida juridicamente pelo gênero "telecomunicações", com imediatos reflexos normativos subconstitucionais, o que equivale dizer, com plenas conseqüências sobre a aplicabilidade da Lei nº 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações – no que respeita às definições dela constantes acerca da transmissão sonora e de sons e imagens (art. 4º), das espécies em que se subdividem esses serviços e, em especial, das sanções nela previstas, particularmente a veiculada em seu art. 70.
> (...)
> Com o advento dessa recente emenda, foram apartados os conceitos jurídicos de "telecomunicações" e "radiodifusão", ficando ainda mais patente a impropriedade conceitual do Código de Telecomunicações a que, eventualmente, se pudesse desejar submeter as rádios comunitárias.[1]

Conclui-se, pois, que a Lei nº 4.117/1962 não tem aplicação à radiodifusão, em razão da alteração constitucional ocorrida com a Emenda nº 08/1995, criando-se um vácuo infraconstitucional quanto a essa atividade que, até o momento, não foi preenchido no aspecto penal, conforme veremos mais adiante, a partir da análise da Lei nº 9.472/1997, que instituiu o novo Código de Telecomunicações.

4. A Lei nº 9.472/1997 e os serviços de telecomunicações.

Após mais de uma década da promulgação da Constituição da Federal de 1988, a Lei nº 9.472/1997, disciplinando amplamente a matéria, inaugurou um novo tratamento às telecomunicações, bastante diverso do conferido pela norma anterior, porquanto substancialmente afastado do contexto histórico que a envolvia.

Com efeito, ao contrário da Lei nº 4.117/1962, cuja marca fundamental foram as modificações realizadas durante o regime ditatorial, a nova lei "privilegiou os direitos fundamentais, colocando o Estado em segundo plano, como corretamente a Constituição determina".[2]

Nesse sentido, a Lei nº 9.472/1997, além de criar a Agência Nacional de Telecomuni-

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo: LTr, 1977, p. 23, 31-32.
2 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 132.

cações, permitiu um maior acesso às telecomunicações em geral, o que se pode observar pelo teor do artigo 128 que dispõe, *in verbis*:

> Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:
> I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
> II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
> III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
> IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
> V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Se não há dúvidas de que a Lei nº 9.472/1997 ampliou substancialmente o acesso às telecomunicações em geral e disciplinou a matéria de modo abrangente, cumpre-nos examinar o alcance dos dispositivos nela contidos, considerando a distinção constitucional entre telecomunicações e radiodifusão e, sobretudo, quanto à conduta delituosa nela prevista.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 08/1995, o Governo Federal iniciou uma reforma estrutural no campo das telecomunicações, buscando formular um novo modelo institucional para o setor.

Para isso, inicialmente, foi encaminhado ao Congresso Nacional um projeto de lei, que veio a se transformar na Lei nº 9.295/1996, cuja finalidade essencial era permitir e regular a atuação da iniciativa privada em alguns segmentos das telecomunicações, tais como o da telefonia móvel celular.

Posteriormente, houve um segundo projeto de lei, que veio, por sua vez, a transformar-se na Lei nº 9.472/1997, e que visava alterar a forma de exploração dos serviços de telecomunicações, a fim de que o Estado passasse da condição de provedor e detentor do monopólio para a condição de regulador da atividade, propiciando, assim, a livre competição.

Elaborada pelo Ministério das Comunicações, a proposta desse projeto de lei foi encaminhada à Presidência da República, juntamente com a Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, na qual foram apresentados os fundamentos para a reforma da Lei nº 4.117/1962. Segundo a referida Exposição de Motivos:

> Esse diploma legal, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, dispõe sobre os serviços de telecomunicações de uma maneira geral, e também sobre radiodifusão; entretanto, apenas os serviços de telecomunicações estão sendo tratados por este Projeto de Lei. Para a reforma completa do Código está previsto que, ao longo de 1997, seja desenvolvido novo projeto, a ser também submetido ao Congresso Nacional, que se pretende venha a se tornar a nova Lei de Radiodifusão.[3]

Dúvidas não há, pois, que a nova lei foi concebida para tratar apenas das telecomunicações, excluindo-se desse conceito a atividade de radiodifusão, em perfeito atendimento à distinção concretizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995. Tanto assim que consta da referida exposição de motivos que o projeto de lei trataria "sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador, e sobre outros aspectos institucionais desse setor, em

3 EXPOSIÇÃO de Motivos n. 231, de 10/12/1996 – Min. das Comunic. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>, p. 14. Acesso em: 21 maio 2015.

atendimento à Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995".[4]

Contudo, a Lei nº 9.472/1997, apesar de dirigir-se essencialmente à atividade de telecomunicações, acabou sendo aplicada também para a atividade de radiodifusão, por conter alguns dispositivos acerca dessa matéria.

De fato, a referida norma apontou a transmissão de imagens como uma das formas de telecomunicação (art. 69, parágrafo único), tendo também disciplinado o uso de radiofrequências, inclusive para os serviços de radiodifusão (arts. 158 e ss.). Ademais, em que pese ter excluído da jurisdição da Anatel a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a nova lei determinou caber à Agência a fiscalização das respectivas estações (art. 211).

Registre-se, de qualquer forma, que a incursão da lei na área de radiodifusão deu-se apenas no âmbito administrativo eis que, especificamente quanto ao aspecto penal, o legislador definiu como crime somente a atividade de telecomunicações desautorizada, sem operar a distinção imposta a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995.

De outra face, evidenciando sintonia com a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.472/1997 complementa os argumentos já expostos neste trabalho e confirma o entendimento no sentido de que, mesmo tratando de radiodifusão, a disciplina nela contida – tanto no sentido do controle da atividade quanto de uma maior restrição aos procedimentos de permissão, concessão ou autorização – dirige-se apenas às empresas exploradoras do serviço de telecomunicações e radiodifusão que tenham fins lucrativos.

De fato, a partir de um exame mais cuidadoso, verifica-se que a lei refere-se essencialmente à atividade empresarial de prestação de serviços dessa natureza, seja quando trata dos serviços prestados em regime público, seja quando trata dos serviços prestados em regime privado.

Tanto assim que basta a leitura de seus dispositivos, atentando para os termos neles contidos, para que se perceba quem são os destinatários da norma e o enfoque voltado para o controle do exercício da atividade lucrativa de telecomunicações. Confira-se a transcrição de alguns deles, *in verbis*:

> Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:
> I - a prática de subsídios para redução artificial de preços.
> (...)
> Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

E ao tratar dos serviços prestados em regime público:

> Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Quanto aos serviços prestados em regime privado:

> Art. 126. A exploração do serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.
> (...)

4 *Ibidem*, p. 3.

> Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no parágrafo 2º do artigo 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.
> (...)
> Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:
> I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;
> II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofreqüência;
> III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

Mesmo ao tratar do uso de radiofreqüência, a lei dispõe que:



> Art. 164. Havendo limitação técnica ao uso de radiofreqüência e ocorrendo o interesse na sua utilização, por parte de mais de um interessado, para fins de expansão de serviço e, havendo ou não, concomitantemente, outros interessados em prestar a mesma modalidade de serviço, observar-se-á:
> I - a autorização de uso de radiofreqüência dependerá de licitação, na forma e condições estabelecidas nos arts. 88 a 90 desta Lei e será sempre onerosa;

Por sua vez, determina o citado artigo 90 que, *in verbis*:

> Art. 90. Não poderá participar da licitação ou receber a outorga de concessão a empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência.

Assim, ao descrever termos como tarifas, preços, concorrência, empresa, atividade econômica, quando trata da organização dos serviços de telecomunicações, a norma limita seu campo de ação a atividades tipicamente empresariais, ainda mais considerando que nela não há dispositivos que envolvam a prestação gratuita dessa espécie de serviço.

E não poderia ser diferente, eis que a Lei nº 9.472/1997 foi concebida, principalmente, para regular os serviços de telefonia fixo e móvel celular, além da comunicação mediante TV a cabo e uso de satélite, o que impõe, inegavelmente, um controle mais rígido e detalhado, havendo, inclusive, a previsão de licitação para a prestação desses serviços remunerados.

Por essa razão, em todos os casos em que a exploração do serviço de telecomunicações visar a obtenção de lucro, a Lei nº

9.472/1997 será a aplicável, sendo diverso o tratamento nas hipóteses em que o serviço for prestado gratuitamente e com alcance local, objetivando atender ao interesse público, como é o caso das rádios comunitárias, para as quais, inegavelmente, não há a incidência do crime nela previsto.

5. Tutela penal na atualidade: a questão da revogação parcial da Lei nº 4.117/1962 pela Lei nº 9.472/1997.

Além de definir infrações administrativas e respectivas sanções, a Lei nº 9.472/1997, na esteira do Código de Telecomunicações, também descreveu uma conduta criminosa, impondo-lhe pena privativa de liberdade e multa, nos termos dos artigos 183 e 184, segundo os quais:

> Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
> Pena - Detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais).
> Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.
> Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:
> I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
> II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.
> Parágrafo único - Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofreqüência e de exploração de satélite.

Ocorre que, apesar de a Lei nº 9.472/1997 ter surgido no mundo jurídico após a distinção concretizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, o crime definido nos artigos supratranscritos fez referência apenas à telecomunicação, não incluindo a conduta daquele que desenvolve, ainda que clandestinamente, a atividade de radiodifusão, menos ainda a atividade de radiodifusão comunitária.

Não houvesse tal distinção, seria possível estender-se o alcance da norma para compreender que a radiodifusão é uma das espécies de telecomunicação, estando, pois, incluída no delito definido no artigo 183. Contudo, por não ser essa a realidade jurídica atual, a menos que o intérprete assuma a necessidade de ampliar o sentido do tipo penal ali previsto, não há que se falar na incidência do referido artigo para os que desenvolvam essa atividade.

O assunto mostra-se ainda mais complexo quando se atenta para o conteúdo do artigo 215, segundo o qual:

> Art. 215. Ficam revogados:
> I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

A questão que se coloca a partir das informações contidas neste dispositivo dirige-se, essencialmente, para o âmbito da aplicabilidade da norma, no que se refere ao crime nele descrito e ao exercício da atividade de radiodifusão.

Em outras palavras, como conciliar o crime do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 à realidade constitucional atual? Estaria ele revogado por ter a lei 9.472/1997 tratado de matéria penal em seu artigo 183? E como entender que os preceitos relativos à radiodifusão contidos na antiga lei não foram revogados pela Lei nº 9.472/1997, a qual, ainda que discretamente, acabou também por disciplinar essa matéria?

Quanto a essa última questão, a única alternativa possível é compreender-se que, no tocante à radiodifusão, a Lei nº 4.117/1962

não mais vigora, salvo quanto ao que não foi tratado pela lei nova, já que, como vimos anteriormente, a Lei nº 9.472/1997 também trouxe regras acerca dessa atividade.

No âmbito penal, a questão ganha maior interesse, eis que o tipo previsto no artigo 70, em que pese ser mais abrangente que o crime definido no artigo 183 – na medida em que se perfaz apenas com a instalação de telecomunicações – também desconsidera a distinção constitucional antes mencionada, já que não aponta expressamente a atividade de radiodifusão.

Há tamanha controvérsia sobre a questão, inclusive em nossos tribunais, que várias alternativas têm sido vislumbradas, seja no sentido da incidência do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 ou do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, seja no sentido da atipicidade da conduta daquele que exerce atividade de radiodifusão.

A primeira alternativa seria entender que a atividade de telecomunicações estaria submetida ao tipo penal descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, sendo que o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 estaria em vigor para tipificar apenas a atividade de radiodifusão, uma vez que, além da distinção constitucional entre ambos os conceitos, a lei nova ressalvou a vigência da lei antiga exatamente quanto ao tipo penal e à matéria relativa à radiodifusão (art. 215, I).

Esse posicionamento menciona a distinção constitucional entre telecomunicações e radiodifusão, entendendo, contudo, que como a Lei nº 9.472/1997 não teria cuidado de matéria penal relativa à radiodifusão, o delito de operar rádio clandestinamente estaria previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962.

Por outro lado, também há entendimento no sentido de que a atividade de radiodifusão estaria submetida ao artigo 70, em face da ausência de lei que diferencie as formas de exercício da telecomunicação, mesmo diante da separação que a Emenda Constitucional nº 08/1995 realizou.

Adotar ambas as posições, porém, significa aceitar uma interpretação legal que traz um gravame ao agente, na medida em que se sustentam a partir da desconsideração efetiva da distinção realizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995.

Outra hipótese que se apresenta ao intérprete – e que também não enfrenta o problema já exposto – seria no sentido de que houve revogação do delito previsto no artigo 70, uma vez que a nova lei tratou de toda a matéria penal em seu artigo 183, o qual se aplicaria tanto às telecomunicações quanto à radiodifusão em geral.

Contudo, há ainda outra alternativa possível, e que defendo, por entender que está em maior conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com os ditames contidos na Constituição Federal. Segundo esse entendimento, é atípica a conduta daquele que desenvolve, ainda que clandestinamente, atividade de radiodifusão, uma vez que ela não se encontra envolvida pelo tipo penal do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, nem tampouco pelo delito descrito no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, os quais se referem apenas ao serviço de telecomunicações.

De fato, mesmo contendo o termo telecomunicações, o tipo do artigo 70 sempre foi utilizado para tipificar atos de instalação e utilização irregular, tanto de telecomunicação quanto de radiodifusão, em razão da interpretação sistemática desse dispositivo com outros artigos da mesma lei, especificamente com os artigos 4º e 6º, alínea "d", concluindo-se, pois, que a atividade de telecomunicação seria gênero e dividida em várias outras atividades caracterizadas como espécies, dentre as quais se encontraria a atividade de radiodifusão.

E essa interpretação encontrava respaldo na Constituição Federal de 1988, na medida em que seu artigo 21, inciso XII, alínea "a", era expresso ao estabelecer a competência da União para explorar "os serviços de radiodifu-

são sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações", evidenciando que tratava da radiodifusão como espécie de atividade que integra o gênero telecomunicações.

Todavia, com a disciplina constitucional inaugurada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, que operou a distinção entre ambos os serviços, as normas penais que se referem às telecomunicações – e que antes eram aplicadas também à radiodifusão – não podem mais ser interpretadas extensivamente para a ampliação do tipo penal, não havendo recepção constitucional do artigo 70 e também do artigo 6º, alínea "d", da Lei nº 4.117/1962, por serem normas incompatíveis com o novo texto.

Da mesma forma, o artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, por referir-se apenas a telecomunicações, também não tem aplicabilidade para o serviço de radiodifusão, mesmo considerando o termo radiofreqüência contido no parágrafo único do artigo 184, uma vez que nele não há exclusão de outras formas de uso do espectro eletromagnético, podendo ser aplicada também à telecomunicação.

Tanto assim que, ao regular o espectro de radiofreqüência, o artigo 158 dessa lei se curva à opção constitucional de separar telecomunicação e radiodifusão, ao destinar faixas de radiofreqüência para ambos os serviços, em incisos diferentes (§ 1º, incs. II e III, respectivamente).

Por outro lado, não há como se sustentar que, diante do artigo 215 da Lei nº 9.472/1997, estaria em vigor o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, ainda que apenas com relação à radiodifusão. É que, muito embora aquele dispositivo determine que esta lei não estaria revogada quanto aos preceitos relativos à radiodifusão, na mesma ocasião, também determinou não ter havido revogação com relação à matéria penal não tratada na lei nova. Ocorre que, como já visto, a Lei nº 9.472/1997 tratou da matéria penal contida no artigo 70 da antiga lei, impondo a exclusão dessa hipótese das exceções indicadas no referido artigo 215.

A propósito, mesmo diante da ressalva contida nesse dispositivo, não há que se falar em repristinação do artigo 70, eis que, para a restauração da eficácia da lei revogada, seria necessária expressa disposição normativa nesse sentido, não bastando mera interpretação ou presunção, o que não ocorre nesse caso.

Conclui-se, pois, que o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 já estava revogado – quanto à radiodifusão – desde 1995, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 08/1995, tendo sido também revogado, quanto às telecomunicações, com o advento da Lei nº 9.472/1997, uma vez que seu artigo 183 tratou integralmente da matéria nele contida, nos termos do que consta no artigo 215, inciso I, da lei posterior.

Entende-se, portanto, que a prática de atividade de radiodifusão sem autorização, concessão ou permissão da União, por não se amoldar a nenhum tipo penal, é fato atípico, o que não exclui a possibilidade de haver repressão estatal, quando houver abuso no uso do espectro eletromagnético, no âmbito civil e administrativo. Daí a necessidade de que peritos efetivamente realizem o exame sobre os equipamentos responsáveis pelo funcionamento da rádio, e não somente analisem o parecer técnico emitido, reescrevendo as informações ali contidas.

De qualquer forma, se a discussão é extensa quanto à tipicidade das condutas referentes à radiodifusão em geral, dúvidas não deve haver acerca da não incidência das normas incriminadoras acima analisadas às situações relativas às rádios comunitárias ou rádios de pequeno alcance, seja em razão dos argumentos já explicitados e que se aplicam perfeita e indubitavelmente à hipótese, seja em face do alcance limitado e local que as rádios livres possuem, seja ainda pela falta de potencial lesivo ao sistema de telecomunicações, conforme tem sido decidido pelos tribunais.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância, confira-se entendimento do

Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Regionais Federais:



HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I – Conforme perícia efetuada pela Anatel, o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possuía capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma – segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume.

II – Rádio comunitária operada com os objetivos de evangelização e prestação de serviços sociais, denotando, assim, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta imputada ao paciente.

III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade da lesão jurídica.

IV – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela.

V – Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa.

(STF, HC 115.729/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/12/2012, DJe 13/02/2013)

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA SEM A DEVIDA CONCESSÃO ESTATAL. BAIXA FREQUÊNCIA. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS E DE DANOS A TERCEIROS. DESENVOLVIMENTO DE SÉRIA ATIVIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA AO PODER PÚBLICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DOLO.

- Havendo prova conclusiva de que a emissora foi organizada e era mantida pela própria comunidade, possui baixa frequência e desenvolvia séria atividade social, de interesse da comunidade, dela se valendo, inclusive, para fins públicos, as autoridades locais, bem assim não havendo quaisquer indicativos de quem com ela colabora tenha obtido vantagem financeira com a sua atividade, não se configura ilícito na esfera criminal, pela ausência de caracterização do dolo e pela inocorrência de potencialidade lesiva ao bem tutelado pela norma penal, já que

incapaz de causar danos à terceiros.
- Precedentes desta Corte e dos demais TRFs.
- Ordem concedida para trancar a ação criminal originária.
(TRF 5ª Região, HC 2001.05.00.004861-1/PE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria de Oliveira Lucena, j. 10/05/2001, DJ 06/07/2001)

PENAL. UTILIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO COMUNIDADE. BAIXA FREQUÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
1. O crime de utilização de telecomunicações, previsto no art. 70 da Lei nº 4.117, de 27/08/1962, não se caracteriza quando o aparelho dado como instalado é de baixa potência e alcance, sem demonstração de interferência nas telecomunicações.
2. Não é socialmente útil a apenação de tal conduta, que deve ser punida apenas na esfera administrativa. Não deve o aparelho punitivo do Estado ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. O direito penal somente deve incidir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.
3. Improvimento do recurso.
(TRF 1ª Região, RCCR 1999.01.00.089918-0/MG, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, j. 28/08/2001, DJ 05/10/2001)

6. Conclusão.

Os períodos de repressão à liberdade de manifestação do pensamento, além de impedirem que os brasileiros exercessem e exercitassem esse direito fundamental, também marcaram a forma pela qual o Estado e a sociedade passaram a tratar o uso dos meios de comunicação. São evidentes os critérios políticos e econômicos utilizados para a outorga e renovação de concessões, permissões ou autorizações para o exercício da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Em contrapartida, a atuação estatal contra o funcionamento de rádios locais de pequeno alcance nunca deixou de ocorrer e conta com especial atenção dos órgãos de combate à criminalidade.

É certo que essa situação foi bastante fragilizada com o advento da internet, das redes sociais e dos instrumentos tecnológicos que permitem a comunicação a longa distância de maneira difusa e em tempo real. Mas não há dúvidas de que a liberdade de produzir atividade de radiodifusão (televisão e rádio) ainda permanece atrelada praticamente aos mesmos grupos políticos e econômicos que sempre dominaram esse setor, havendo ainda hoje número expressivo de processos criminais envolvendo os tipos penais das Leis nºs 4117/1962 e 9.472/1997.

Da mesma forma, a interpretação das regras infraconstitucionais que foi construída ao longo dos anos sobre a atividade de radiodifusão, em vez de partir da ordem constitucional vigente e de um indispensável exame do contexto histórico em que determinadas leis foram editadas, baseia-se na análise isolada e mecânica dos dispositivos legais e acaba por reforçar, ainda que involuntariamente, o domínio de poucos, afastando qualquer possibilidade de acesso democrático aos meios de comunicação. Tanto assim que são raros os julgados que enfrentam efetivamente a alteração que a Emenda Constitucional nº 08/1995 concretizou, separando a atividade de radiodifusão das atividades de telecomunicações.

Registre-se que a atividade de radiodifusão não é ilimitada e também é indiscutível que a liberdade de manifestação do pensamento por esse veículo não é irrestrita, até porque os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados quando estiverem em conflito com outros direitos fundamentais, como o direito à honra, à imagem e à privacidade, por exemplo.

Exatamente em virtude da importância estratégica que os meios de comunicação

ostentam, já que podem ser utilizados como instrumento político, de controle ideológico e de formação da opinião pública, é que a Constituição Federal de 1988 tratou da questão, impondo ao Poder Público o dever de fiscalizar a atividade e regular a melhor forma de seu exercício.

Entretanto, a atuação estatal deve ter em conta a garantia da igualdade e dos demais direitos constitucionais, quanto ao uso dos meios de comunicação, eis que, diante da sociedade de massas da atualidade e do alcance que a informação pode ter, não há dúvidas de que a atividade de radiodifusão revela-se como uma das formas em que a cidadania pode ser plenamente exercida e por meio da qual podem os cidadãos manifestar seus desacordos, canalizar suas reivindicações e, principalmente, se comunicarem, em busca do conhecimento e da liberdade.

Referências bibliográficas.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____ . As rádios comunitárias e a Constituição de 1988. *Cadernos de direito constitucional e ciência política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, p. 61-73, out./dez. 1996.

_____ . *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo: LTr, 1997.

_____ . A liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, p. 48-52, jul./set. 1997.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antonio. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAPARELLI, Sérgio. *Comunicação de massa sem massa*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1986.

CASTELLO BRANCO, Carlos. *Os militares no poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

COELHO NETO, Armando. *Rádio comunitária não é crime, direito de antena*: o espectro eletromagnético como um bem difuso. São Paulo: Ícone, 2002.

EXPOSIÇÃO de Motivos n. 231, de 10/12/1996 – Min. das Comunic. Disponível em:<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>, p. 14. Acesso em: 21 maio 2015.

FERRARETTO, Luiz Artur. *Rádio*: o veículo, a história e a técnica. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

KIENTZ, Albert. *Comunicação de massa*: análise de conteúdo. Rio de Janeiro: Eldorado, 1973.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ . Da concessão e exploração de radiodifusão. *In*: VERRI JR., Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 295-345.

NUNES, Márcia Vidal. Rádios comunitárias no século XXI: exercício da cidadania ou instrumentalização da participação popular? *In*: MOREIRA, Sonia Virgínia; DEL BIANCO, Nélia (Orgs.). *Desafios do rádio no século XXI*. São Paulo: INTERCOM; Rio de Janeiro: UERJ, 2001. p. 234-250.

NUNES, Marisa Aparecida Meliani. *Rádios livres*: o outro lado da voz do Brasil. Monografia (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Departamento de Jornalismo e Editoração da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *A radiodifusão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário da comunicação*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Rádio comunitária: a liberdade de expressão e opinião e a restrição ao seu exercício. *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo: Artchip, ano IV, n. 47, p. 3-11, mar. 2002.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SILVA, Hélio. *O poder militar*. Porto Alegre: L&PM, 1984.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Rádios comunitárias. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 2, n. 1, out. 1999.

_____ . *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil*: de Getúlio a Castelo. Rio de Janeiro: Saga, 1969.

TAVARES, Reynaldo C. *Histórias que o rádio não contou*. 2. ed. São Paulo: Harbra, 1999.

VICHI, Bruno de Souza. Democracia nos meios de comunicação social. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 30, p. 190-216, 2000.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0003163-94.2003.4.03.6100
(2003.61.00.003163-1)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP
Apelada: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FADESP
Parte Ré: CARLOS MIGUEL AIDAR
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe de Processo: ApelReex 1581195
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELÊTRONICO 02/10/2015

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA PROFISSIONAL CONDICIONADA À REGULARIDADE FINANCEIRA PERANTE A OAB/SP. RESOLUÇÃO 07/2002 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. ILEGALIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
- Preliminar de carência superveniente de ação por perda de objeto afastada.
- Ao condicionar a expedição do documento de identificação profissional ao adimplemento perante o Conselho Seccional da OAB, a Resolução nº 07/2002 extrapolou o limite imposto pelo princípio da legalidade. Isso porque a Constituição Federal autoriza que a norma regulamentadora estabeleça apenas e tão-somente qualificações profissionais como limitadoras da liberdade de ofício, e a condição de adimplente não está relacionada com qualificações profissionais.
- Sucumbência recíproca.
- Apelação e remessa oficial parcialmente provida.

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 parcial provimento à remessa oficial e à apelação do réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação em ação civil pública ajuizada pela Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo - FADESP em face do Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e de seu Presidente Carlos Miguel Aidar, com pedido de tutela antecipada, buscando a condenação dos réus na obrigação de não

fazer, consistente em não condicionar o recadastramento ou a expedição de documentos da OAB/SP à regularidade financeira do advogado perante a entidade, bem como pretendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 34, XXIII, 37, I, §§ 1º e 2º, 54, V e 78 da Lei 8.906/94.

Houve parcial deferimento da tutela antecipada, para o fim de excluir o Presidente da OAB/SP do polo passivo e de determinar à ré OAB/SP que passasse a proceder ao recadastramento dos advogados inadimplentes sem exigir a prova de quitação das pendências financeiras (fls. 216-235).

A r. sentença julgou extinto o feito sem julgamento do mérito no tocante ao pedido de declaração de inconstitucionalidade e, no mais, julgou os pedidos parcialmente procedentes, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, determinando à requerida que: i) não recuse o recadastramento ou a expedição de documentos de identificação profissional aos inscritos na Seccional de São Paulo da OAB em razão de eventuais dívidas de qualquer natureza com a instituição; ii) não suspenda o exercício das funções dos advogados inscritos na Seccional Paulista, tampouco imponha qualquer sanção ético-disciplinar ou promova a busca e apreensão de carteira profissional em razão de dívidas com a instituição. Esse *decisum* impôs, ainda, ao réu, o pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, corrigidos monetariamente (fls. 335-339).

Em suas razões de apelação (fls. 349-352), a recorrente Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) alega, em suma, que:

a) o recurso deve ser recebido no efeito suspensivo, porquanto presente o receio de irreversibilidade da execução da sentença não definitiva;

b) houve carência superveniente da ação, pois a decisão de deferimento parcial da tutela antecipada determinou, e desde então o réu vem cumprindo, a obrigação de não condicionar o recadastramento dos advogados inadimplentes à prova de quitação das pendências financeiras;

c) a Constituição Federal estabelece que certas profissões poderão receber tratamento jurídico legal diferenciado e, no caso específico da advocacia, isso se dá por meio da Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil;

d) ainda nos termos da Lei 8.906/94, a Ordem dos Advogados do Brasil pode fixar e cobrar de seus inscritos contribuição, preços de serviços e multas, pois não participa de recursos orçamentários públicos, sendo mantida por seus próprios inscritos;

e) por ser regida por normas de direito público e ter delegação do Estado na realização de atividades sancionadoras, a OAB pode exercer poder disciplinar sobre seus inscritos, incluídas as medidas que coíbam a inadimplência;

f) ser de rigor, portanto, a inversão do julgado ou, subsidiariamente, que sejam revistas as verbas honorárias imputadas somente à ré, pois houve sucumbência recíproca, devendo cada litigante arcar com parte desse encargo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 369). Dessa decisão, a OAB/SP interpôs agravo de instrumento (fls. 375-395), cujo provimento foi negado; sendo assim, a OAB/SP interpôs recurso especial, cuja admissibilidade foi negada pela Vice-Presidência desta Corte (fls. 426-433 do vol. 2 do apenso). A OAB/SP ajuizou, então, pedido de suspensão de execução de sentença e, ao final, obteve a requerida suspensão (fls. 410-417).

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões (fls. 396), vieram os autos a este e. Tribunal.

A d. Procuradoria Regional da República da 3ª Região, em parecer subscrito pela e. Procuradora Sandra Akemi Shimada Kishi, opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 422-426).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

A presente ação civil pública foi ajuizada pela Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo - FADESP, buscando, em suma, a condenação dos réus em obrigação de não fazer, consistente em deixar de condicionar o recadastramento ou a expedição de documentos da OAB/SP à regularidade financeira do advogado perante a entidade, bem como pretendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 34, XXIII, 37, I, §§ 1º e 2º, 54, V, e 78 da Lei 8.906/94.

Aduz a autora que as Resoluções nº 03/2001 e nº 07/2002, expedidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, condicionam o recadastramento e a expedição da carteira profissional dos advogados à comprovação de que não estejam em débito perante a instituição.

Sustenta que, ao fazer essa exigência, as resoluções teriam extrapolado o princípio da legalidade e violado as garantias constitucionais de dignidade da pessoa humana e de liberdade profissional. Alega, ademais, que, nos moldes do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, a regulamentação do direito à liberdade de ofício deve se ater exclusivamente às qualificações profissionais, não podendo cercear o exercício da profissão em razão de débito do profissional perante o conselho de classe.

A r. sentença julgou o feito parcialmente procedente e o réu, Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, apelou.

De início, cumpre consignar que está prejudicada a preliminar de carência superveniente de ação por perda de objeto, deduzida sob o fundamento de que a antecipação dos efeitos da tutela determinada na r. sentença vem fazendo com que a OAB/SP não esteja condicionando o recadastramento dos advogados inadimplentes à prova de quitação de pendências financeiras.

Com efeito, posteriormente à interposição da apelação, a aludida tutela antecipatória acabou cassada por meio de decisão proferida pela e. Presidência desta Corte Regional (fls. 416/417), desobrigando, dessa forma, a OAB/SP de cumprir imediatamente os comandos ordenados na r. sentença.

E ainda que tal cassação não tivesse ocorrido, nem por isso se poderia cogitar de perda superveniente de objeto. Ora, é de sabença notória que a medida de urgência consistente em antecipação da tutela é, de regra, precária, devendo ser confirmada ou não por um provimento efetivo de mérito. Logo, caso estivesse vigente a antecipação da tutela e sobreviesse decisão reconhecendo a carência da ação, desapareceria qualquer óbice à ré de proceder como bem lhe aprouvesse, restando evidente, portanto, mesmo assim, a existência de interesse jurídico a embasar o seguimento da presente ação.

Nessa linha, mesmo que disso não se tenha cogitado na apelação, cumpre assinalar que a Resolução nº 07/2002 do Conselho Federal da OAB acabou revogada, no curso deste processo, pela Resolução nº 01/2009 do mesmo órgão. Porém, também por esse motivo não há falar-se em perda superveniente do objeto, uma vez que o cerne da questão é a possibilidade de a OAB restringir ou não o recadastramento ou a expedição de documentos somente aos inscritos

adimplentes, previsão essa que acabou repetida no art. 5º da nova Resolução.

No que tange ao mérito, é de se ressaltar que o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, constitui efetivo limite à atuação dos entes públicos e dos agentes privados, estabelecendo que somente a lei em sentido estrito possa criar direitos e estabelecer obrigações.

Outrossim, o próprio artigo 5º da Constituição Federal assenta, em seu inciso XIII, a liberdade de ofício, desde que atendidas as qualificações profissionais previstas em lei. Sendo assim, no caso específico do exercício da advocacia, a lei que o regulamenta é a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

O citado Estatuto dispõe, no respectivo artigo 54, sobre as atribuições do Conselho Federal da OAB, situando entre elas a de editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessários (inciso V). Deste modo, ao editar as Resoluções nº 03/2001 e nº 07/2002, que regulamentaram a expedição dos documentos de identificação profissional, o Conselho Federal da OAB, em princípio, exerceu regularmente sua competência.

Ocorre que a Resolução nº 07/2002 rezava, em seu artigo 6º, que somente poderiam obter novos documentos de identificação profissional os advogados inscritos que estivessem em dia com o pagamento das anuidades, contribuições, multas e preços de serviços fixados pelo Conselho Seccional.

Ao condicionar a expedição do documento de identificação profissional ao adimplemento perante o Conselho Seccional da OAB, a Resolução nº 07/2002 extrapolou o limite imposto pelo princípio da legalidade. Isso porque a Constituição Federal autoriza que a norma regulamentadora estabeleça apenas e tão-somente qualificações profissionais como limitadoras da liberdade de ofício, e a condição de adimplente não está relacionada com qualificações profissionais.

Ao impedir a expedição da carteira profissional do advogado, o Conselho Seccional da OAB obstaculiza o exercício da própria advocacia e afronta o princípio da razoabilidade, haja vista que, no desempenho de seu mister, o advogado pode, a qualquer momento, ser chamado ou, ele próprio, sentir a necessidade de identificar-se profissionalmente.

Ressalte-se também que o Conselho Seccional dispõe de meios para exigir as contribuições e anuidades dos advogados que estejam inadimplentes, podendo promover processo de execução fiscal, observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Nesse sentido, a conduta do Conselho Seccional da OAB violou também o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, há jurisprudência desta e. Corte, notadamente desta c. Sexta Turma:

> *ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ANUIDADES EM ATRASO. RECADASTRAMENTO E EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA PENA DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA. I - A restrição ao exercício de atividades profissionais do advogado inadimplente, como forma indireta de coação ao pagamento das contribuições devidas, atenta contra o princípio da legalidade e da garantia ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, assegurados na Constituição da República.* II - A legislação pertinente à matéria assegura às autarquias de fiscalização profissional os meios próprios para a cobrança de anuidades, observado o devido processo legal e o princípio do contraditório, ou seja, por meio de execuções fiscais. III - Apelação improvida. Remessa Oficial improvida. (TRF-3, AMS 00045946620034036100, DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2013, grifei)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INTERVENÇÃO DO MP COMO CUSTOS LEGIS. NULIDADE SANÁVEL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. PORTARIAS DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. LEGITIMIDADE. RECADASTRAMENTO. PAGAMENTO DE CONFECÇÃO DA CARTEIRA. POSSIBILIDADE. CONDICIONAMENTO À INEXISTÊNCIA DE ANUIDADES PENDENTES. Em mandado de segurança, a autoridade coatora é o agente público que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas. Cumpre à Seccional analisar os requisitos para o deferimento ou não do pedido de recadastramento. As autoridades coatoras apresentaram as informações. Por se tratar de mandado de segurança, rito que não admite a dilação probatória, aplica-se o disposto no art. 515, § 3º, do CPC. O Magistrado Singular reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam*, matéria a qual, por ter natureza de ordem pública, pode ser apreciada *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 301, § 4º, do CPC), independentemente de prévia manifestação do Ministério Público. Seria demasiado apego às formas, na contramão do pensamento processual mais moderno, anular o feito e repetir atos que, de antemão, já se sabe que serão os mesmos, em conteúdo e forma. Precedente da Turma. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, estabelece que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Os arts. 46 e 54, inciso X, da Lei nº 8.906/1994, autorizam o Conselho Federal da OAB a regulamentar a identificação dos profissionais, e, por conseguinte, a cobrança para a confecção de uma nova carteira de identificação. *Apesar da cobrança pela carteira profissional ser admissível, a emissão dessa identidade encontra-se vinculada à inexistência de anuidades pendentes de satisfação (art. 6º, da Resolução nº 7/2002, do Conselho Federal da OAB). Tal dispositivo, ao condicionar a possibilidade de substituição do documento de identidade ao adimplemento das anuidades, compele ao advogado, de forma indireta e por meios impróprios, ao cumprimento da obrigação em atraso, o que se constitui contrário aos ditames da Lei nº 8.906/1994*. O advogado, uma vez inscrito, está apto a exercer a sua profissão em sua amplitude, somente deixando de assim atuar quando praticar alguma infração disciplinar prevista na Lei nº 8.906/1994, dando ensejo à cassação e/ou a suspensão de seu registro profissional. E, não existe, em qualquer norma dessa Lei, a validade do registro profissional como causa para o cancelamento e/ou suspensão do registro. Precedentes. Apelação do MPF não provida. Apelação dos impetrantes provida. Concessão parcial da segurança. (TRF-3, AMS 00025203920034036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/03/2010 PÁGINA: 286, grifei)

Também é esse o entendimento do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMESSA EX OFFICIO *EM MANDADO DE SEGURANÇA. OAB-SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO. RESOLUÇÃO N° 07/2002 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. RECADASTRAMENTO E TROCA DAS CARTEIRAS PROFISSIONAIS CONDICIONADOS AO PAGAMENTO DE OBRIGAÇÕES ATRASADAS. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. LEI 8.906/94. IMPOSSIBILIDADE. 1- A OAB, como entidade autárquica, encontra-se submetida ao princípio da estrita legalidade. A Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia, não prevê, em relação à eventual inadimplência dos profissionais inscritos, as restrições contidas na Resolução 07/2002, no sentido de que sejam impedidos de exercer sua atividade profissional.* 2- Com efeito, a OAB possui meios legais para evitar a inadimplência dos profissionais inscritos. Não se fazendo presentes as hipóteses elencadas no art. 11 da Lei 8.906/94, não pode o advogado ser impedido de exercer sua profissão. 3- A OAB poderá se valer dos próprios meios oferecidos por seu Estatuto como forma de exigir a quitação de obrigações por parte dos profissionais inscritos, bem como

poderá lançar mão dos outros meios legais previstos no ordenamento jurídico para cobrança de seus créditos, sendo inadmissível impor óbice ao exercício da profissão para cobrança de anuidades e outras obrigações. *4- É irrazoável a aplicação da sanção prevista no Estatuto dos Advogados. A suspensão do exercício profissional do inadimplente, com o objetivo de forçá-lo a quitar o débito, não faz sentido, uma vez que retira justamente os meios que o impetrante dispõe para obter dinheiro para quitar sua dívida.* Vale dizer que a OAB possui meios legais menos gravosos para a cobrança do débito, sendo possível fazê-lo pela via judicial própria, conforme previsto no art. 46 da Lei nº 8.906/94. 5- Remessa necessária desprovida. Sentença confirmada. (TRF-2, REO 200951020002994, Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 18/05/2010 - Página: 226/227, grifei)

ADMINISTRATIVO - EXERCÍCIO DA ADVOCACIA - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À OAB - INADIMPLÊNCIA - SUSPENSÃO TEMPORARIA DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL - BUSCA E APREENSÃO DA CARTEIRA PROFISSIONAL - COERÇÃO IMPRÓPRIA PARA ASSEGURAR O PAGAMENTO DE ANUIDADES - IMPOSSIBILIDADE. 1. O recolhimento da carteira profissional em razão da decretação de suspensão do exercício profissional, até que o apenado pague integralmente o débito referente às anuidades da OAB, constitui violação ao direito de livre exercício profissional insculpido no inciso XIII do art. 5º da CF/88. 2. As normas constantes da Lei nº 8.906/94, art. 34, XXIII e art. 36, I e §§ 1º e 2º - que prevêem a aplicação da pena de suspensão do exercício profissional ao advogado que deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB - extrapolam os limites constitucionais de restrição ao direito fundamental do livre exercício profissional. 3. Precedentes: REO 2001.51.10.003706-0/RJ - Relator D.F. Guilherme Calmon/no afast. do Relator -DJU: 26/06/2006; (AC nº 2001.02.01.038830-8/RJ- Relator Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira - DJU - Data: 29/02/2008) 4 - Apelação e remessa necessária improvidas. (AC 200202010014050, Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 19/06/2009 - Página: 268.)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADIMPLÊNCIA. ANUIDADES DEVIDAS À OAB. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE COBRANÇA DO CRÉDITO DEVIDO. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. - Agravo de instrumento, com requerimento de atribuição de efeito suspensivo, objetivando a reforma de decisão, proferida pelo MM Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que, nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Rio de Janeiro, deferiu o pedido liminar para obstar a utilização de meios indiretos de cobrança de valores referentes a anuidades não pagas. - *A medida adotada pela agravante carece de razoabilidade, na medida em que tem por escopo impedir o impetrante, ora agravado, de exercer sua atividade profissional como meio de obrigá-lo a pagar os valores referentes a anuidades não pagas, quando, em verdade, a OAB já dispõe da via do processo executivo como instrumento eficaz e adequado de cobrança.* - Obstar o exercício de atividade profissional como meio de cobrança ofende a dignidade da pessoa humana e *viola a garantia constitucional estampada no art. 5º, XIII, segundo o qual "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".* - Outrossim, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veda o manejo de sanções políticas com o fito de compelir a parte devedora a cumprir obrigação inadimplida (AI 589001 /RS, Rel. Ministro Celso de Mello, j. em 24/04/2006, DJ de 10/05/2006, p. 57). - Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado. (TRF-2, AG 200602010111114, Des. Federal VERA LUCIA LIMA, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 19/03/2007 - Página: 273.) (grifei)

E a corroborar o entendimento exarado nesta fundamentação, cumpre também destacar trecho do parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República, Dra. Sandra Akemi Shimada Kishi, acostado às fls. 422-426 dos autos, que de forma escorreita apreciou a questão posta em debate:

> (...) 4 - Quanto ao mérito, conforme se verá, merece ser mantida a r. sentença de primeiro grau, uma vez que a conduta da Apelante de condicionar o exercício da advocacia ao pagamento das anuidades e demais encargos devidos à OAB viola o direito fundamental de liberdade profissional, previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, bem como ofende os princípios de legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.
> A lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) estabelece, no artigo 34, como infração disciplinar do advogado, deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo. Contudo, de acordo com o artigo 36, embora essa conduta seja passível de suspensão dos quadros da ordem, este fato somente poderá ser efetivado após prévio processo administrativo em que seja resguardada a ampla defesa.
> Ocorre que a Resolução nº 03/01, ratificada pela Resolução nº 07/02, ao proibir o advogado ainda não suspenso de substituir sua carteira profissional - a qual, diga-se de passagem, é de uso obrigatório no exercício da atividade advocatícia -, bem como ao condicionar o recadastramento à regularidade financeira do advogado inscrito quanto ás contribuições devidas à OAB, impediu o direito constitucional ao exercício de sua profissão, numa tentativa de constrangê-lo, por outros meios que não os previstos em lei, a quitar suas obrigações.
> Fica clara, portanto, a inovação da Resolução na ordem jurídica, ato inaceitável no âmbito infralegal, e que afronta, dessa forma, o princípio da legalidade, por ser a Resolução norma de hierarquia inferior à lei, que não pode impor restrições além das previstas no texto legal. Assim, verifica-se que a conduta da Apelante viola o princípio da proporcionalidade, pois o condicionamento do recadastramento dos advogados inscritos ao pagamento dos débitos eventualmente existentes, imposta pelas Resoluções acima mencionadas, não se mostra adequado ao fim visado, qual seja, garantir o pagamento das contribuições e outros valores devidos à OAB. Isso porque a suspensão do registro dos advogados impede que esses profissionais exercitem sua profissão e, dessa forma, obtenham os recursos necessários ao pagamento das contribuições, multas e preços de serviços devidos à Autarquia profissional, o que dificulta a regularização do registro profissional. (...)

Nessa esteira, os acórdãos destacados pela recorrente, em suas razões de apelação (fls. 362/363), não encontram similitude com a hipótese ora sob exame. De fato, tais arestos remetem à possibilidade de restrição do direito de voto interno aos inadimplentes inscritos na OAB e à validade das sanções ético-disciplinares previstas na Lei 8.906/94, incluída nestas a infração por inadimplência, que pode acarretar, após ampla defesa, na suspensão do causídico até que satisfeita a obrigação. Porém, ainda que se compreenda a intenção da apelante em demonstrar a possibilidade de que a falta de pagamento das anuidades pode gerar consequências graves ao advogado, em nenhuma delas está presente a gravidade verificada nesta situação, ou seja, o verdadeiro cerceamento do exercício da profissão por ato unilateral da OAB, com fulcro em norma de regulamento sem correspondência na lei.

Por fim, incabível a condenação em verba honorária e custas, ante a sucumbência recíproca.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tão somente para fixar a sucumbência recíproca.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005447-94.2003.4.03.6126
(2003.61.26.005447-3)

Apelante: ILKKA MIIKKA EERIKKI PALIN
Apelados: JOUKO KALEVI KAKKO E EDSON BIANCHI
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1455522
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PATENTE DE INVENÇÃO. MODELO DE UTILIDADE. INOVAÇÃO. ESTADO DA TÉCNICA. APELAÇÃO IMPROVIDA.
I - Trata-se de ação cujo objetivo é a anulação da patente de invenção PI 9604119-6, intitulada "SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA COM VIDROS MÓVEIS", depositada em 20/08/1996, expedida pelo INPI e garantida a propriedade e o uso exclusivo do privilégio de invenção.
II - Segundo a parte autora, as características técnicas constantes das reivindicações formuladas pelo réu já se encontravam no estado da técnica, antes mesmo de ser depositado o pedido de privilégio, comprovada tal arguição através da juntada da patente americana de número 5.448.855, de 12/09/1995, depositada em 26/03/1992, intitulada "SISTEMA DE ELEMENTO DESLIZANTE".
III - É certo que foi dada oportunidade às partes, havendo nos autos despachos para que especificassem as provas que pretendessem produzir, comprovando os fatos constitutivos de direito e de fato, qual seja, se as invenções em debate possuem formas construtivas totalmente distintas, se o registro anulando já estava no estado da técnica antes mesmo de seu depósito, ou seja, a existência de justificativas relevantes para manter ou não a validade do privilégio concedido.
IV - Sendo o juiz o destinatário da prova, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, cabe a ele verificar a necessidade de realização de alguma das espécies admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.
V - Destarte, levando-se em conta a natureza da ação, os fatos que se pretendem provar independem da produção de prova pericial, sendo certo que as provas juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia posta no feito.
VI - O direito ao uso exclusivo do privilégio de invenção, patente PI 9604119-6, intitulada "SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA COM VIDROS MÓVEIS", foi reexaminado, em contestação, manifestando-se o INPI pela comprovação de que tal patente não apresentava novidade na época em que foi depositada, sem qualquer dúvida com relação à sua indevida concessão, uma vez que não representava qualquer inovação, tendo em vista que suas características já pertenciam ao estado da técnica quando de seu depósito.
VII - Conforme acima exposto, o INPI, de pronto, reconhece a ausência de novidade do objeto protegido pela patente nº 9604119-6 e consequente nulidade do privilégio concedido.

VIII - A manifestação no processo, através do parecer da Diretoria de Patentes do INPI, é pela não patenteabilidade da patente PI 9604119-6, por não constituir atividade inventiva perante o estado da técnica, constituído pela patente americana US 5.448.855, que define todas as características pleiteadas pela PI 9604119-6.
IX - Ao confrontar as ilustrações e tradução da patente americana 5448855, com os desenhos do objeto da patente nacional concedida, há identidade entre os dois dispositivos (sistema deslizante e fechamento com vidros móveis) em seu aspecto construtivo e de finalidade, não representando nenhuma inovação nessa linha de equipamento, uma vez que já compreendido pelo estado da técnica (art. 11 da Lei 9279/96) e anteriores (26/03/1992) à data do depósito do pedido de patente no Brasil (20/08/1996).
X - Em relação à alegação de que a sentença recorrida denota desrespeito e falta de amparo legal por se basear em parecer do INPI, não prospera, pois não está devidamente justificada, quer pela qualificação e atuação diligente da autarquia, quer pela mera irresignação ao conteúdo do referido parecer.
XI - Observe-se que a sentença ao se basear nas provas trazidas aos autos não traz qualquer desrespeito legal, considerando-se que, embora não esteja o Juízo vinculado às conclusões de especialista (art. 436 do CPC), pode valer-se da mesma para formar seu convencimento.
XII - Em relação à patente US 5.448.855 - tendo como característica ser um "Sistema de elemento deslizante" - verifica-se que o mesmo antecipa todas as características reveladas na reivindicação da PI 9604119-6, ou seja, esta reivindicação traz em seu bojo um sistema de fechamento de sacadas móvel, que já fora antecipado na patente US 5.448.855, ressaltando, inclusive, ser este o posicionamento do INPI, no laudo emitido pelo parecer técnico da autarquia, assim como o do próprio perito contratado pela parte ré se pronunciou, afirmando que o sistema americano antecipa em diversos aspectos a patente brasileira em debate (Patente PI 9604119-6), no que concerne a um sistema para montagem de painéis deslizantes, podendo ser aplicados a sacadas, varandas, terrações e janelas, observando, no entanto, que a invenção americana apresenta uma construção mais complexa, destinando-se a diversas utilizações e aplicações, enquanto o sistema da patente brasileira apresenta: a) desenho simplificado dos perfis/seção guia, sem abas, projeções e reentrâncias para a fixação de elementos de vedação; b) sistema de espessura específica dos painéis; c) sistema de rotação para o movimento angular dos painéis e d) acabamento dos perfis.
XIII - Quanto ao fato do desenho do pedido de patente de invenção PI 9604119-6 ser mais simplificado, com perfis sem abas, sem projeções e reentrâncias para a fixação de elementos de vedação, ou cujo sistema é restrito a uma única espessura, sem ajuste para diferentes espessuras dos painéis, retirando, enfim, elementos constituídos pela patente americana US 5.448.855, que, no total, define todas as características pleiteadas pela PI 9604119-6, entre outras, não representando esta última nenhuma inovação nessa linha de equipamento, uma vez que já compreendido pelo estado da técnica, não caracteriza, portanto, invenção.
XIV - Conforme os autos do processo de pedido de patente, junto ao INPI, nº 9604119-6, anexado aos autos, não foi alterada a natureza do pedido de Patente de Invenção para Modelo de Utilidade, tratando-se, a presente de ação, de nulidade de patente de invenção e não de nulidade de modelo de utilidade, devendo ser considerada, dessa forma, que a patente US 5.448.855 antecipa claramente todas as características fundamentais da PI 9604119-6.

XV - Assim, uma invenção é desprovida de atividade inventiva quando se pode perceber que a solução trazida pela invenção não passa de uma combinação dos meios divulgados no estado da técnica, ou seja, tudo que se tornou acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, no Brasil ou no exterior.
XVI - O artigo 9º, da mesma lei, considera patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte dele, suscetível de aplicação na indústria, que apresente nova forma ou disposição envolvendo ato inventivo, resultando melhoria funcional no seu uso ou na sua fabricação, desde que não compreendido no estado da técnica.
XVII - Partindo de tais determinações legais, observa-se dos documentos constantes nos autos, que, realmente, o pedido de patente PI 9604119-6 não é novo frente ao estado da técnica, quando do seu pedido, na medida em que, já existia a anterioridade.
XVIII - Sendo assim, verifica-se que o Juízo *a quo* analisou devidamente todos os aspectos da demanda, confrontando o registro da patente de invenção PI 9604119-6 com o registro apontado como anterioridade impeditiva à concessão da mesma.
XIX - Apelação improvida.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de agosto de 2015.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelação interposta por ILKKA MIIKKA EERINKKI PALIN contra a r. sentença da MMª Juíza Federal da 1º Vara Federal de Santo André/SP que, nos autos ação de rito ordinário de nulidade de ato administrativo com pedido de antecipação de tutela ajuizada por JOUKO KALEVI KAKKO E OUTRO em face do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI e do ora apelante, julgou procedente a ação, anulando a patente PI 90041119-6 e deixando de condenar os réus ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que o INPI não resistiu ao pedido e ILKKA MIIKKA EERIKKI PALIN obteve a patente, que ora se anula, de boa-fé e pelos meios legais que dispunha.

Citado, o INPI informa que, ante a patente americana US 5448855, mencionada pelos autores da ação, a Diretoria de Patentes lavrou novo parecer (fls. 121/122), no qual considera não patenteável a patente PI 9604119-6, admitindo a procedência da ação (fls. 111/115).

Alega o recorrente, em suas razões de apelação (fls.355/366):

1 - que os produtos da apelante, objeto da Carta Patente PI 9604119-6, depositada em 20/08/1996 e concedida pelo INPI, possuem formas construtivas totalmente distintas, simplificando o produto antecipado pela patente americana apresentada pelos apelados, detendo características próprias;

2 - que os apelados juntaram uma patente extremamente complexa, que levaria a patente do apelante ao estado da técnica contida em sua descrição, sem que demonstrassem indubitavelmente que se trata de antecipação dos conceitos concedidos no privilégio da patente em debate;

3 - que o laudo técnico oferecido pelo INPI não é suficiente para embasar a concessão da tutela, tamanha a complexidade da matéria, eis que fora oferecido por técnico da própria Autarquia, portanto, com interesse particular no assunto e sem expressar opinião sobre conter ou não o estado da técnica na patente do apelante;

4 - que a sentença recorrida denota desrespeito e falta de amparo legal, haja vista a conversão do julgamento em diligencia, transferindo para uma das partes rés a incumbência de analisar a questão, baseando sua decisão em opinião unilateral;

5 - que o laudo técnico do especialista em patentes, contratado pelo apelante, para analisar a definição construtiva de ambas as invenções, traçando suas semelhanças e diferenças, concluiu que não há dúvida que a patente de invenção do apelante não está contida integralmente na patente americana apresentada pelos apelados, e indevidamente aceita pelo INPI, possuindo expressiva melhoria técnica, por isso a sugestão, em 14/06/2002, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que não concedesse o pedido como Patente de Invenção, e sim como Patente Modelo de Utilidade (MU);

6 - que o modelo de utilidade, segundo o art. 9º da LPI, é o "objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação", ou seja, é justaposição de elementos conhecidos, causando efeito novo;

7 - que não havia nos autos quaisquer argumentos, provas ou mesmo indícios de que o registro estava no estado da técnica antes mesmo de seu depósito;

Pugna pelo provimento da apelação com vistas seja reformada totalmente a sentença, julgando improcedente a ação e condenação dos apelados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões (fls. 380/383), subiram estes autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

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

Sem razão o apelante.

Trata-se de ação cujo objetivo é a anulação da patente de invenção PI 9604119-6, intitulada "SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA COM VIDROS MÓVEIS", depositada em 20/08/1996, expedida pelo INPI e garantindo a propriedade e o uso exclusivo do privilégio de invenção ao apelante.

Segundo a parte autora, as características técnicas constantes das reivindicações formuladas pelo apelante já se encontravam no estado da técnica, antes mesmo de ser depositado o pedido de privilégio, comprovada tal arguição através da juntada da patente americana de número 5.448.855, de 12/09/1995, depositada em 26/03/1992, às fls. 48/56 e respectiva tradução às fls.57/74, intitulada "SISTEMA DE ELEMENTO DESLIZANTE".

É certo que foi dada oportunidade às partes, havendo nos autos despachos para que especificassem as provas que pretendessem produzir, (fls. 290, 296, 302, 332, 333v e 334), comprovando os fatos constitutivos de direito e de fato, qual seja, se as invenções em debate possuem formas construtivas totalmente distintas, se o registro anulando já estava no estado da técnica antes mesmo de seu depósito, ou seja, a existência de justificativas relevantes para manter ou não a validade do privilégio concedido.

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

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

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

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

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

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

Nessa linha é o entendimento jurisprudencial:

> REMESSA NECESSÁRIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - NULIDADE DE PATENTE DE INVENÇÃO - FALTA DE REQUISITOS BÁSICOS - REMESSA DESPROVIDA.
> I - A prova pericial não deixa dúvida de que a patente em questão carece de requisitos básicos, como novidade e atividade inventiva, havendo nos autos farta prova documental confirmando a semelhança com outras já registradas, bem como com produtos em oferta no mercado produzidos por terceiros.
> II - Remessa Necessária desprovida.
> (TRF/2ª Região - Segunda Turma Especializada - Apelação Cível 2005.51.01.507120-7; E-DJF2R: 03/05/212 - fl.149/150 - Relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto)

O direito ao uso exclusivo do privilégio de invenção, patente PI 9604119-6, intitulada "SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA COM VIDROS MÓVEIS", foi reexaminado, em contestação, manifestando-se o INPI pela comprovação de que tal patente não apresentava novidade na época em que foi depositada, sem qualquer dúvida com relação à sua indevida concessão, uma vez que não representava qualquer inovação, tendo em vista que suas características já pertenciam ao estado da técnica quando de seu depósito.

Conforme acima exposto, o INPI, de pronto, reconhece a ausência de novidade do objeto protegido pela patente nº 9604119-6 e consequente nulidade do privilégio concedido.

A manifestação no processo, através do parecer da Diretoria de Patentes do INPI, é pela não patenteabilidade da patente PI 9604119-6, por não constituir atividade inventiva perante o estado da técnica, constituído pela patente americana US 5.448.855, que define todas as

características pleiteadas pela PI 9604119-6.

Ao confrontar as ilustrações (fls. 39/41 com 49/51, 310/317) e tradução da patente americana 5448855 (fls. 48/56 e 57/74), com os desenhos do objeto da patente nacional concedida, há identidade entre os dois dispositivos (sistema deslizante e fechamento com vidros móveis) em seu aspecto construtivo e de finalidade, não representando nenhuma inovação nessa linha de equipamento, uma vez que já compreendido pelo estado da técnica (art. 11 da Lei 9279/96) anteriores (26/03/1992) à data do depósito do pedido de patente no Brasil (20/08/1996).

Em relação à alegação de que a sentença recorrida denota desrespeito e falta de amparo legal por se basear em parecer do INPI, não prospera, pois não está devidamente justificada, quer pela qualificação e atuação diligente da autarquia, quer pela mera irresignação ao conteúdo do referido parecer.

Observe-se que a sentença ao se basear nas provas trazidas aos autos não traz qualquer desrespeito legal, considerando-se que, embora não esteja o Juízo vinculado às conclusões de especialista (art. 436 do CPC), pode valer-se da mesma para formar seu convencimento.

No caso concreto, observa-se que a patente PI 9604119-6 possui os seguintes dados (fl. 30/42):

> - Patente de invenção PI 9604119-6:
> - Depósito: 20/08/96
> - Data da patente:
> - Título: SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA
> - Contendo o seguinte resumo do quadro de reivindicações (fl. 42):
> (...)
> RESUMO
> SISTEMA DE FECHAMENTO DE SACADA COM VIDROS MÓVEIS, um sistema de fechamento de sacadas, terraços, pátios ou janelas com o uso de vidros ou outras placas transparentes que se movimentam sobre perfis de alumínio, por meio de rodas que giram em eixo vertical, o que permite recorrer os perfis retos ou curvos, não importando o ângulo que voltam a formar, o perfil possui uma abertura lateral, que permite a saída de um eixo, possibilitando assim abertura do vidro de forma de uma porta comum, no final do percurso do perfil; quando o vidro gira, um limitador bloqueia o avanço do outro eixo, limitando seu movimento apenas ao de rotação.
> A patente americana US 5.448.855, apontada como impeditiva à concessão da patente PI 9604119-6, ante a sua anterioridade, possui os dados abaixo (fls. 48/56, tradução fls. 57/74):
>
> - Patente US 5.448.855
> - Depósito: 26/03/92
> - Data da patente: 12/09/95
> - Título: Sistema de elemento deslizante.
> - Contendo o seguinte resumo do quadro de reivindicações (fls. 61/64):
> (...)
> RESUMO DA INVENÇÃO
> Conforme ensinado pela invenção, as rodas de cada conjunto de rodas guia foram dispostas, juntamente com os respectivos suportes, para reter e conduzir o elemento deslizante (vidros ou placas transparentes) em todas as direções, exceto na direção de movimento definida pela seção guia (perfil) e pelos suportes (caneletas).
> O sistema de elemento deslizante (sistema de fechamento de sacada com vidros móveis) pode ser instalado em qualquer posição, porque os suportes (caneletas) conduzem e braceiam os conjuntos de rodas guia em todas as direções, exceto na direção de movimento, sem inter-

> ferir de qualquer maneira com a função do sistema. Elemento deslizante (vidro) é entendido como significando qualquer elemento estrutural que seja quer tenha sido disposto para ser móvel, conduzido em seções guia. Os elementos deslizantes (vidros) podem ser montados na posição vertical, na posição horizontal, ou em qualquer outra direção, dependendo da aplicação. Os elementos deslizantes são sempre conduzidos com igual firmeza pelas seções guia, independentemente da posição. Uma aplicação em particular consiste em sistemas de envidraçar sacadas, nos quais uma sacada é isolada do ar externo por meio de elementos de vidro móveis e abríveis.
> Em uma concretização do sistema, o suporte (caneleta) compreende uma ranhura em forma de canal, com a configuração em seção cruzada desta ranhura e a configuração em seção cruzada da superfície de contato da periferia da roda cooperando com a mesma estando disposta para conformar-se substancialmente entre si.
> (...)
> O sistema compreende, além disso, uma cobertura com a qual a abertura na parede da seção guia pode ser parcialmente coberta, de modo que quando esta cobertura for instalada para constituir uma cobertura parcial da abertura, a roda mais externa do eixo do segundo conjunto de rodas guia será sustentada pela referida cobertura enquanto o segundo conjunto de rodas guia é movido através da abertura sem ser dificultado pela cobertura, para que o elemento deslizante possa ser girado, de modo que o eixo do segundo conjunto de rodas guia atue como eixo pivô em torno do qual o giro ocorre.
> (...). (grifos em parênteses nossos)

Em relação à patente US 5.448.855 - tendo como característica ser um "Sistema de elemento deslizante" - verifica-se que o mesmo antecipa todas as características reveladas na reivindicação da PI 9604119-6, ou seja, esta reivindicação traz em seu bojo um sistema de fechamento de sacadas móvel, que já fora antecipado na patente US5.448.855, ressaltando, inclusive, ser este o posicionamento do INPI, no laudo emitido pelo parecer técnico da autarquia, assim como o do próprio perito contratado pela apelante se pronunciou, afirmando que o sistema americano antecipa em diversos aspectos a patente brasileira em debate (Patente PI 9604119-6), no que concerne a um sistema para montagem de painéis deslizantes, podendo ser aplicados a sacadas, varandas, terrações e janelas, observando, no entanto, que a invenção americana apresenta uma construção mais complexa, destinando-se a diversas utilizações e aplicações, enquanto o sistema da patente brasileira apresenta: a) desenho simplificado dos perfis/seção guia, sem abas, projeções e reentrâncias para a fixação de elementos de vedação; b) sistema de espessura específica dos painéis; c) sistema de rotação para o movimento angular dos painéis e d) acabamento dos perfis.

Quanto ao fato do desenho do pedido de patente de invenção PI 9604119-6 ser mais simplificado, com perfis sem abas, sem projeções e reentrâncias para a fixação de elementos de vedação, ou cujo sistema é restrito a uma única espessura, sem ajuste para diferentes espessuras dos painéis, retirando, enfim, elementos constituídos pela patente americana US 5.448.855, que, no total, define todas as características pleiteadas pela PI 9604119-6, entre outras, não representando esta última nenhuma inovação nessa linha de equipamento, uma vez que já compreendido pelo estado da técnica, não caracteriza, portanto, invenção.

Conforme os autos do processo de pedido de patente, junto ao INPI, nº 9604119-6, anexado aos autos (fls. 12/42), não foi alterada a natureza do pedido de Patente de Invenção para Modelo de Utilidade, tratando-se, a presente de ação, de nulidade de patente de invenção e não de nulidade de modelo de utilidade, devendo ser considerada, dessa forma, que a patente US 5.448.855 antecipa claramente todas as características fundamentais da PI 9604119-6.

Vejamos o que dispõe o art. 8º da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14/05/96):

> Art. 8º. É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Por sua vez, reza o art. 13:

> Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Assim, uma invenção é desprovida de atividade inventiva quando se pode perceber que a solução trazida pela invenção não passa de uma combinação dos meios divulgados no estado da técnica, ou seja, tudo que se tornou acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, no Brasil ou no exterior.

O artigo 9º, da mesma lei, considera patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte dele, suscetível de aplicação na indústria, que apresente nova forma ou disposição envolvendo ato inventivo, resultando melhoria funcional no seu uso ou na sua fabricação, desde que não compreendido no estado da técnica.

Partindo de tais determinações legais, observa-se dos documentos constantes nos autos, que, realmente, o pedido de patente PI 9604119-6 não é novo frente ao estado da técnica.

A patente de invenção PI 9604119-6 já se encontrava no estado da técnica quando do seu pedido, na medida em que, já existia a anterioridade.

Sendo assim, verifica-se que o Juízo *a quo* analisou devidamente todos os aspectos da demanda, confrontando o registro da patente de invenção PI 9604119-6 com o registro apontado como anterioridade impeditiva à concessão da mesma.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo, mantendo na íntegra a sentença recorrida.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001895-43.2005.4.03.6000
(2005.60.00.001895-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL - MEX
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 98/100
Apelante: TERESINHA AUXILIADORA DANTAS E SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL - MEX
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AMS 280962
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/08/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO EX-COMBATENTE. LEI 8.059/90. FILHA INVÁLIDA. DIREITO À PENSÃO INDEPENDENTEMENTE DO ESTADO CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL
1. É pacífico o entendimento de que a lei vigente na data do óbito do instituidor da pensão deve ser a aplicável na análise da pretensão de reversão. O óbito do pai da requerente ocorreu em 2003, sendo aplicável, portanto, os ditames da Lei nº 8.059/90.
2. A própria Junta de Inspeção de Saúde do Exército atestou que a impetrante é inválida, equivalente à paralisia irreversível e incapacitante, sendo a doença preexistente à sua maioridade. Logo, a invalidez já existia ao tempo do óbito do pai.
3. Não obstante a sentença tenha negado a pensão sob o fundamento de a impetrante ostentar a condição de filha inválida e casada, o que seria vedado pela citada lei, tratou o Superior Tribunal de Justiça de interpretar o inciso III do artigo 5º, sedimentando o entendimento de que a norma confere o direito ao filho ou filha inválido, independente do estado civil. Precedentes.
4. Sobre o outro óbice apontado pela administração, referente ao inciso II do artigo 14, não se sustenta, tendo em vista que a impetrante se enquadra no inciso IV, que estabelece que a extinção da pensão devida ao filho inválido só se dá com a cessação da invalidez. Precedentes.
5. Nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.059/90, a pensão não é acumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários. No caso dos autos, observa-se que a impetrante recebe vencimentos dos cofres públicos municipais.
6. Ocorre que a impetrante relata na exordial que, no decorrer do processo administrativo de requerimento da pensão especial, optou pelo benefício em questão, devendo ser suspenso o recebimento dos vencimentos, o que foi efetivamente providenciado. A jurisprudência tem posicionamento favorável à opção pela substituição dos vencimentos pela pensão. Precedentes.
7. Quanto à correção monetária, fixada conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Res 267), observo que, de fato, os julgamentos proferidos nas ADI's 4.357/DF e 4.425/DF, inclusive a questão de ordem que modulou os efeitos das decisões, abordaram, *precipuamente*, a forma de atualização do

precatório conferida no parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 62/2009. Não se pode ignorar, contudo, que os precedentes firmados também trouxeram efeitos em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, no tocante à atualização monetária até a expedição do requisitório, tendo em vista que, por arrastamento, o artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu a redação atual do 1º F da Lei nº 9.494/97, foi igualmente declarado inconstitucional. 8. Agravo legal a que se nega 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, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela União diante de decisão de fls. 98/100 que, com base no artigo §1º-A do Código de Processo Civil deu provimento a recurso de apelação de Teresinha Auxiliadora Dantas e Silva.

A agravante afirma que não era cabível decisão monocrática e, no mérito, que é aplicável ao caso a Lei nº 8.059/90, que prescreve em seu artigo 14, II que a cota-parte da pensão é extinta pelo casamento do pensionista. Não seria devida, assim, pensão à apelante. Subsidiariamente, requer que se aplique o art. 1º-F da Lei 9.494 à correção monetária, deixando de ser usado o IPCA como índice de correção. (fls. 102/110)

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

A agravante apenas reitera argumentos que já haviam sido apresentados em suas contrarrazões e devidamente enfrentados pela decisão recorrida.

Com efeito, a decisão se baseou em interpretação consolidada do Superior Tribunal de Justiça em relação à Lei 8.059/90, segundo a qual "o filho inválido, independentemente da idade ou estado civil, faz jus à pensão especial de ex-combatente de que trata a Lei nº 8.059/90, desde que se comprove que a invalidez é anterior à morte do instituidor do benefício" (AARESP 200900337190, 2014).

Quanto à correção monetária, fixada conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Res 267), observo que, de fato, os julgamentos pro-

feridos nas ADI's 4.357/DF e 4.425/DF, inclusive a questão de ordem que modulou os efeitos das decisões, abordaram, *precipuamente*, a forma de atualização do precatório conferida no parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 62/2009.

Não se pode ignorar, contudo, que os precedentes firmados também trouxeram efeitos em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, no tocante à atualização monetária até a expedição do requisitório, tendo em vista que, por arrastamento, o artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu a redação atual do 1º F da Lei nº 9.494/97, foi igualmente declarado inconstitucional.

Dito isso, como não foram apresentados quaisquer argumentos que modificassem o entendimento deste relator, peço vênia para transcrever os fundamentos da decisão agravada, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo legal:

> Trata-se de recurso de apelação interposto por Teresinha Auxiliadora Dantas e Silva, diante da sentença que denegou a segurança.
> Em razões recursais, a impetrante sustenta que a Lei 8.059/90 confere o direito à pensão de ex-combatente na condição de filha inválida, independente do fato de ser casada ou solteira.
> Contrarrazões da União às fls. 86/88.
> O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 91/96, opinou pelo não provimento da apelação.
> Decido.
> O compulsar dos autos denota que a impetrante, na condição de portadora de invalidez permanente, buscou a reversão da pensão especial de seu falecido pai, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial. O benefício foi concedido em 05.04.2005, sendo cancelado posteriormente pela administração, por contrariar o disposto nos artigos 4º e 14º, inciso II, da Lei nº 8.059/90.
> É pacífico o entendimento de que a lei vigente na data do óbito do instituidor da pensão deve ser a aplicável na análise da pretensão de reversão. O óbito do pai da requerente ocorreu em 2003, sendo aplicável, portanto, os ditames da Lei nº 8.059/90 que traz o rol de dependentes no artigo 5º:
> "Art. 5º Consideram-se dependentes do ex-combatente para fins desta lei:
> I - a viúva;
> II - a companheira;
> III - o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos;
> IV - o pai e a mãe inválidos; e
> V - o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos.
> Parágrafo único. Os dependentes de que tratam os incisos IV e V só terão direito à pensão se viviam sob a dependência econômica do ex-combatente, por ocasião de seu óbito".
> Por primeiro, cumpre dizer que a própria Junta de Inspeção de Saúde do Exército atestou que a impetrante é inválida, equivalente à paralisia irreversível e incapacitante, sendo a doença preexistente à sua maioridade (fl. 24). Logo, a invalidez já existia ao tempo do óbito do pai.
> Não obstante a sentença tenha negado a pensão sob o fundamento de a impetrante ostentar a condição de filha inválida e casada, o que seria vedado pela citada lei, tratou o Superior Tribunal de Justiça de interpretar o inciso III do artigo 5º, sedimentando o entendimento de que a norma confere o direito ao filho ou filha inválido, independente do estado civil.
> Cito precedentes:
> "...EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FILHO INVÁLIDO. INVALIDEZ ANTERIOR AO ÓBITO DO INSTITUIDOR.
> 1. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação

do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. O filho inválido, independentemente da idade ou estado civil, faz jus à pensão especial de ex-combatente de que trata a Lei nº 8.059/90, desde que se comprove que a invalidez é anterior à morte do instituidor do benefício. Precedentes. 3. Ausência de interesse recursal quanto ao percentual dos juros moratórios, uma vez que já foi determinada sua incidência no patamar de seis por cento ao ano. 4. Agravo regimental não provido. ..EMEN:"
(AARESP 200900337190, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:10/11/2014 ..DTPB:.)
"...EMEN: ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. ART. 53, II, DO ADCT. LEI 8.059/1990. FILHO INVÁLIDO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. 1. O STJ, interpretando o disposto no art. 5º, III, da Lei 8.059/1990, sedimentou o entendimento de que, em se tratando de filho inválido, independente de sua idade ou estado civil, será considerado dependente de ex-combatente quando a doença for preexistente à morte do instituidor do benefício, o que ocorreu na hipótese em exame. 2. Com efeito, esta Corte entende que o termo inicial para a concessão do benefício por morte de ex-combatente é a data do requerimento administrativo ou, na sua falta, do pleito judicial ou da habilitação nos autos do processo. 3. Contudo, em relação ao absolutamente incapaz, este Tribunal Superior orienta-se no sentido de que não corre a prescrição contra incapazes, resultando na conclusão de que são devidas as parcelas a partir da data do falecimento do instituidor da pensão, independentemente do momento em que formulado o requerimento administrativo ou de quando ocorreu a citação judicial válida. 4. Agravo Regimental não provido. ...EMEN:"
(AGRESP 201300640088, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 22/04/2014 ..DTPB:.)
Sobre o outro óbice apontado pela administração, referente ao inciso II do artigo 14, não se sustenta, tendo em vista que a impetrante se enquadra no inciso IV, que estabelece que a extinção da pensão devida ao filho inválido só se dá com a cessação da invalidez:
"Art. 14. A cota-parte da pensão dos dependentes se extingue:
I - pela morte do pensionista;
II - pelo casamento do pensionista;
III - para o filho, filha, irmão e irmã, quando, não sendo inválidos, completam 21 anos de idade;
IV - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez.
Parágrafo único. A ocorrência de qualquer dos casos previstos neste artigo não acarreta a transferência da cota-parte aos demais dependentes."
Esta Corte tem precedentes nesse sentido:
"SERVIDOR - MILITAR - REVERSÃO DE PENSÃO DE EX-COMBATENTE - FILHA INVÁLIDA - DIREITO À PENSÃO - PROVA DA INVALIDEZ - ATESTADO MÉDICO EXARADO PELO PRÓPRIO HOSPITAL GERAL DO EXÉRCITO - VALIDADE - ESTADO CIVIL - VIÚVA OU CASADA - INDIFERENÇA DIANTE DA SITUAÇÃO DE INVALIDEZ - COTA-PARTE A QUAL TEM DIREITO À DEPENDENTE DO EX-MILITAR FALECIDO - REVERSÃO DO DIREITO À PENSÃO DEIXADA POR SEU GENITOR, EX-MILITAR E EX-COMBATENTE. 1 - Preliminarmente, a sentença que extinguiu o mandado de segurança deve ser reformada, eis que não há necessidade alguma de dilação probatória quanto à demonstração acerca da invalidez da apelante, que pretende a percepção de pensão deixada por ex-combatente, seu genitor, eis que tal fato é incontroverso nos autos, passando este E. Tribunal à análise do mérito do feito. 2 - A situação de invalidez permanece, ainda que a apelante tenha contraído matrimônio, o que não descaracteriza a dependência econômica presumida em lei em relação ao seu genitor, eis que a capacidade laborativa da dependente está comprometida, não podendo ela prover seu auto-sustento, cessando seu direito apenas caso cesse a invalidez. 3 - A cota-parte da dependente, filha inválida de ex-militar e ex-combatente, é direito resultante da reversão originária da pensão deixada por seu genitor, não se tratando de repasse de be-

nefício deixado por sua genitora, que se extinguiu nos termos do artigo 14, inciso I, da Lei nº 8.059/90. 4 - Apelação parcialmente provida."
(TRF 3ª Região, AMS 200061000151477, Relator(a) JUIZ CARLOS LOVERRA, SEGUNDA TURMA, Fonte DJU DATA: 02/09/2005 PÁGINA: 312)
"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. FILHO INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA EM RAZÃO DA INVALIDEZ. ESTADO CIVIL. IRRELEVÂNCIA. ARTS. 5º E 14, DA LEI Nº 8.059/90.
1. Aponta-se como autoridade coatora aquele que, na condição de responsável pelo setor de inativos e pensionistas do Exército, determina a suspensão do pagamento da pensão especial de ex-combatente ao seu beneficiário.
2. Nos termos do inciso III, do art. 5º, da Lei nº 8.059/90, consideram-se dependentes do ex-combatente o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos.
3. O casamento do pensionista inválido não lhe subtrai o direito ao recebimento da pensão especial, uma vez que, neste caso, referido benefício só se extinguiria pela cessação da invalidez, conforme estabelece o inciso IV, do art. 14, da Lei nº 8.059/90. 4. Remessa oficial e apelação desprovidas."
(TRF 3ª Região, AMS 279436, Processo: 2004.61.00.024157-5/SP, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 29/08/2006, Data da Publicação/Fonte DJU DATA: 15/12/2006 PÁGINA: 281).
Por fim, cumpre dizer que, nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.059/90, a pensão não é acumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários.
No caso dos autos, observa-se que a impetrante recebe vencimentos dos cofres públicos municipais (fl. 15). Ocorre que a impetrante relata na exordial que, no decorrer do processo administrativo de requerimento da pensão especial, optou pelo benefício em questão, devendo ser suspenso o recebimento dos vencimentos, o que foi efetivamente providenciado.
A jurisprudência tem posicionamento favorável à opção pela substituição dos vencimentos pela pensão, porque não fere o disposto em lei. Faço transcrever precedentes:
"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. LEIS Nº 4.242/63 E Nº 8.059/90. OPÇÃO QUANTO À PERCEPÇÃO DE OUTROS RENDIMENTOS PAGOS PELO ERÁRIO. - Hipótese na qual o agravante é militar aposentado do Exército e objetiva a implantação especial de ex-combatente, alegando fazer jus ao referido benefício em razão de sua participação na Segunda Grande Guerra Mundial; - De acordo com as Leis nº 4.242/63 (art. 30) e nº 8.059/90 (art. 4º), a pensão de ex-combatente é inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, devendo o beneficiário, se acaso os perceber, exercer o direito de opção pela pensão ou por aqueles; - Agravo de instrumento provido".
(AG 200405000286572, Desembargador Federal Petrucio Ferreira, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data: 21/11/2005 - Página: 647 - Nº: 222.)
"MILITAR - EX-COMBATENTE - PENSÃO ESPECIAL CORRESPONDENTE A DEIXADA POR UM SEGUNDO-TENENTE DAS FORÇAS ARMADAS NOS TERMOS DO ART. 53 DO ADCT E DA LEI Nº 8.059/90. - O Autor faz jus a percepção de pensão especial, correspondente a de Segundo-Tenente das Forças Armadas, como instituída pelo art. 53, II, do ADCT da CF/88. - Também entendo que o Autor fez a devida opção, às fls. 58, pois o referido benefício constitucional é inacumulável com quaisquer outros rendimentos recebidos pelos cofres públicos, ressalvando-se o direito de opção. - Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. Sentença Confirmada."
(AC 9702165849, Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE, TRF2 - TERCEIRA TURMA, DJU - Data: 28/06/2001.)
Enfim, por preencher os requisitos legais, é caso de restabelecer a pensão especial.
Os juros de mora, nas condenações impostas contra a Fazenda Pública, devem incidir a partir

da citação (artigo 219 do CPC), observando-se, na esteira do entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores, o princípio *tempus regit actum* da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança (Resp 937.528/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 1º/9/11).

Faço transcrever precedentes nesse sentido, a saber: STF, AI 842063, Rel. Min. Presidente, j. 16/06/2011; STJ, REsp 1205946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. 19/10/2011, pendente de publicação; REsp 1280866, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16/11/2011; REsp 1238411, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 03/11/2011), que alterou a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança (STJ Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197 - RS 2001/0028141-3; REsp 1280866, REsp 1238411).

No que tange ao critério de correção monetária, deverá ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, de acordo com a Resolução nº 267, de 02/12/13, que determina a incidência do IPCA para as sentenças condenatórias em geral.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação.

Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0009123-98.2007.4.03.6000
(2007.60.00.009123-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 420/429v
Apelantes: JUNIOR AMORIM FOGAÇA E UNIÂO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ApelReex 1700109
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE DEFINITIVA COMPROVADA. REFORMA *EX OFFICIO*. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DANOS NÃO COMPROVADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, *CAPUT*, DO CPC.

1 - A interposição do agravo legal submete a apreciação da matéria ao órgão colegiado, o que, por si só, afasta eventual alegação acerca de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como ao art. 557 do CPC. Precedentes do STJ.

2 - Sindicância realizada pelo Exército Brasileiro confirmou que lesão sofrida constituiu acidente em serviço. Laudo pericial atesta a irreversibilidade dessa lesão, bem como a incapacidade definitiva do autor para as atividades castrenses. Invalidez - incapacidade para qualquer trabalho no âmbito civil - não verificada. Mantida a reforma *ex officio* com fundamento nos arts. 106, II, e 108, III, da Lei nº 6.880/80.

3 - Não existem motivos ensejadores da responsabilização da União Federal por danos materiais e morais. Simplesmente não há ato - tanto comissivo quanto omissivo - atribuível à Administração Pública ou a qualquer agente estatal que tenha, por consequência, causado a enfermidade do apelante, ou a tenha agravado. Não havendo ato, inexiste nexo causal com a lesão sofrida. Mesmo que esse não fosse o caso, o apelante não logrou demonstrar a ocorrência dos danos materiais e morais. Com relação aos danos morais, conquanto seja difícil comprová-los - contrariamente aos materiais -, é indispensável que se lhes faça alguma referência no conjunto probatório, além da simples argumentação. Não se está a tratar da modalidade *in re ipsa*, conforme jurisprudência do STJ.

4 - Na petição inicial, pediu-se condenação em honorários advocatícios com base no valor da condenação - danos materiais e morais. Valor atribuído à causa de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais). MM. Juízo sentenciante arbitrou, indevidamente, honorários nos moldes do art. 20, § 4º , do CPC, diante da sucumbência recíproca, ao invés de aplicar disposto no art. 21, *caput*, compensando-os. Cada parte deve arcar individualmente com as despesas efetuadas. Inteligência da Súmula 306 e da jurisprudência do STJ.

5 - Reintegração pressupõe preservar situação já existente, a qual foi rompida pela Administração Pública, quando procedeu à desincorporação. As verbas a serem re-

cebidas em decorrência da reintegração em sede de tutela antecipada têm evidente natureza alimentar. Ausência de violação ao art. 2º -B da Lei nº 9.494/97. Não se trata de concessão ou extensão de vantagens a servidor público. A fundamentação da tutela antecipada verifica-se da motivação como um todo, sendo despiciendo maiores elucubrações quanto à necessidade da medida, razão por que não há carência de fundamentação.
6 - Agravo legal a que se nega provimento.

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, 20 de outubro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão monocrática (fls. 420/429 vº) que - com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil - negou seguimento à apelação interposta pelo autor e - com fulcro no §1º -A do mesmo dispositivo legal - deu parcial provimento ao recurso da própria União, para anular a condenação que lhe foi imposta a título de honorários advocatícios.

A agravante alega, em breve síntese, que: (i) a jurisprudência a que se fez referência não é dominante; (ii) a decisão agravada constitui ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, porquanto priva as partes do esgotamento de instância; (iii) o agravado, à época do licenciamento, era militar temporário acometido tão somente de incapacidade temporária, o que permite a desincorporação com base no artigo 140, nº 6, do Decreto nº 57.654/66; (iv) a legislação militar permite à Administração continuar prestando-lhe assistência médica após o desligamento, sem receber remuneração.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

A interposição do presente agravo legal submete a apreciação da matéria ao órgão colegiado, o que, por si só, afasta eventual alegação acerca de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como ao artigo 557 do Código de Processo Civil. Para corroborar esse entendimento, cito acórdãos proferidos pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO REVISIONAL DE CON-

TRATOS - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFERIDA NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA DO MINISTRO PRESIDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO CONHECENDO DO AGRAVO, PARA, DE PRONTO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL - IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. 1. É possível a decisão monocrática denegatória de seguimento proferida pelo relator nos casos de recurso manifestamente improcedente ou contrário à jurisprudência dominante do Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. *Ademais, a interposição de agravo regimental para o colegiado permite a apreciação de todas as questões suscitadas no reclamo, suprindo eventual violação do artigo 557, § 1º -A, do CPC*. 2. A análise dos fundamentos que ensejaram o reconhecimento do preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada exige o reexame probatório dos autos, inviável por esta via especial, ante o óbice do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 3. Segundo orientação jurisprudencial adotada por esta Corte, é possível a fixação, pelo Tribunal *a quo*, de multa diária por descumprimento de decisão judicial que obsta a inscrição do nome da devedora em cadastro restritivo de crédito, ainda que veiculada em ação revisional. 4. Agravo regimental desprovido. ..EMEN: (AGARESP 201402034600, MARCO BUZZI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:17/11/2014 ..DTPB:.). (Grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DA AÇÃO. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS. INDÍCIOS DE PRÁTICAS DE ATOS ÍMPROBOS. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. 1. Possível o julgamento monocrático do recurso especial nas hipóteses em que a decisão recorrida estiver em "manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". 2. Não há cerceamento de defesa no julgamento monocrático do recurso especial, pois a interposição de agravo regimental possibilita o exame da controvérsia pelo órgão colegiado, em estrita obediência ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Precedente. 3. Não ocorre ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 4. Em ação civil pública por ato de improbidade, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. 5. Para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º , 8º e 9º , da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AGARESP 201200072779, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/09/2013 ..DTPB:.).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DO ART. 557, § 1º , DO CPC. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA PARA CONTRA-ARRAZOAR. PRECEDENTES DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ÔNUS DO RECOLHIMENTO. CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. RESPONSABILIDADE PESSOAL, DIRETA E EXCLUSIVA DA EMPRESA TOMADORA DO SERVIÇO. PRECEDENTE JULGADO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não há previsão legal ou regimental que obrigue o relator a intimar a parte agravada para apresentar contrarrazões quando, interposto o agravo previsto no art. 557, § 1º , do CPC, sobrevém a reconsideração do seu pronunciamento anterior. *Ademais, a possibilidade de reapreciação do recurso pelo respectivo órgão colegiado neutraliza plenamente eventual alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de todas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça*. 2. As matérias de ordem pública, categoria ju-

rídica na qual se insere a decadência, não estão a salvo da exigência do prequestionamento, conforme pacífica jurisprudência desta Corte. 3. Não há falar em maltrato ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem dirime a lide de forma clara e suficiente, não obstante de modo contrário às pretensões da embargante. 4. Segundo entendimento sedimentado por julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, "A partir da vigência do art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, a empresa contratante é responsável, com exclusividade, pelo recolhimento da contribuição previdenciária por ela retida do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, afastada, em relação ao montante retido, a responsabilidade supletiva da empresa prestadora, cedente de mão-de-obra" (REsp 1.131.047/MA, Primeira Seção, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 2/12/10). 5. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AARESP 200500143428, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:25/10/2012 ..DTPB:.). (Grifo nosso)

No mais, todos os argumentos aduzidos pela ora agravante, em suas razões recursais, já foram apreciados por ocasião do julgamento monocrático, motivo pelo qual adoto seus fundamentos para julgar o presente recurso.

Por conseguinte, transcrevo a decisão recorrida em sua totalidade e adoto seus fundamentos quanto a ambos os recursos interpostos, *in verbis*:

Vistos, etc.
Descrição fática: trata-se de ação ordinária ajuizada por *JÚNIOR AMORIM FOGAÇA* em face da *UNIÃO FEDERAL*, cujos pedidos se resumem à reintegração para fins de tratamento médico-hospitalar, à reforma *ex officio* e à indenização por danos materiais e morais, em decorrência de acidente sofrido em exercício militar e consequente desligamento ilegal das fileiras do Exército Brasileiro no ano de 2006. Às fls. 60/61, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, consistente na reintegração na condição de agregado/adido para tratamento médico.
Sentença: o MM. Juízo de Primeiro Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos inicias, determinando à União Federal que proceda à reforma *ex officio* do autor com proventos correspondentes ao posto que ocupava na ativa, sem prejuízo de valores devidos desde seu desligamento ilegal. Ademais, rejeitou os pleitos indenizatórios. Por fim, antecipou a tutela jurisdicional para determinar a imediata reintegração do autor na condição de adido/agregado, a fim de receber tratamento médico-ambulatorial e proventos devidos.
Apelação/Reexame necessário: o autor alega, em breve síntese, que: (i) faz jus ao recebimento de soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que ocupava na ativa, devido a sua invalidez; (ii) a indenização por danos morais lhe é devida, na medida em que estes não precisam estar demonstrados, para serem devidos; (iii) a ilegalidade do licenciamento foi causa para que sua honra fosse atingida; (iv) os honorários advocatícios arbitrados nos termos do artigo 20, §4º , do Código de Processo Civil são irrisórios, desrespeitando-se a regra mínima de 10% (dez por cento) presente no antecedente § 3º .
Apelação da União: sustenta-se, resumidamente, que: (i) o ato de desincorporação foi legal, porquanto, em inspeção de saúde, se constatou tratar-se de "Incapaz B-2"; (ii) a desincorporação de militar classificado como "Incapaz B-2" está prevista no artigo 140, nº 6 c.c. §6º, do Decreto nº 57.654/66; (iii) essa categoria de incapacidade é particular, pois vislumbra recuperação apenas no longo prazo, vide o artigo 52, nº 3, do aludido decreto; (iv) não há base para a reforma *ex officio*, já que em nenhum momento ele foi considerado incapaz definitivamente; (v) a parte da sentença que determinou antecipação de tutela carece de adequada fundamentação, razão por que é nula; (vi) esta apelação deve ser recebida integralmente no efeito suspensivo; (vii) tendo havido sucumbência recíproca, deve-se aplicar o disposto no artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Com contrarrazões.
É o relatório.
Decido.
O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557, caput e § 1º -A, do Código de Processo Civil, porquanto a matéria foi amplamente discutida no âmbito da jurisprudência pátria.
I - Da reforma ex officio
Inicialmente, como tanto o autor quanto a União Federal se insurgem contra a classificação dada ao estado de saúde daquele na sentença recorrida - se inválido ou se tão somente Incapaz B-2 -, passo a analisar essa controvérsia em específico, para depois analisar, separadamente, cada recurso.
Em sindicância realizada pela Organização Militar a que estava vinculado, concluiu-se que o acidente sofrido pelo autor se deu em exercício militar de rotina, sem que tenha sido resultado de transgressão disciplinar, imprudência ou desídia (fl. 130). Dessa forma, eventual reforma *ex officio* deverá ser enquadrada nos termos do artigo 108, III, da Lei nº 6.880/80.
Basta, pois, determinar se se trata de invalidez ou de incapacidade B-2, uma vez que, para o MM. Juízo *a quo*, ficou configurada a incapacidade definitiva para as atividades militares, conforme o artigo 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66. Para tanto, é imprescindível uma análise acurada do contexto fático-probatório, principalmente o laudo pericial (fls. 230/233).
Aos quesitos elaborado pelo MM. Juízo, respondeu assim o expert, *in verbis*:
"1) O autor, à época de seu desligamento do serviço militar, era incapaz?
Sim.
2) Caso positiva a resposta nº 1, a incapacidade dizia respeito ao serviço militar apenas, ou para todo e qualquer trabalho 'civil'?
Incapacidade parcial, ou seja, diz respeito apenas ao serviço militar e atividades afins.
3) Caso positiva a resposta nº 1, a incapacidade era temporária ou definitiva?
Incapacidade parcial temporária.
4) Ainda caso positiva a resposta nº 1, a incapacidade do autor possui nexo de causalidade com o serviço militar por ele prestado?
Sim".
De todas essas respostas, fica consignado que o autor, à época de seu desligamento do Exército Brasileiro, era incapaz tão somente para a vida na caserna, embora a incapacidade tenha sido considerada temporária.
Dos muitos quesitos apresentados pelo autor, vale destacar estes, *in verbis*:
"d) Há relação de causa e efeito (nexo causal) entre lesão atual e as atividades militares exercidas pelo autor?
Sim.
(...)
f) *Na medicina contemporânea, existe algum tipo de intervenção cirúrgica ou tratamento fisioterápico que coloque o autor nas mesmas condições físicas naturais (100%), como era antes do acidente?*
Não.
g) Então o dano é permanente?
Sim.". (Grifo nosso)
As respostas a esses quesitos são de fundamental importância para o julgamento desta demanda. Não obstante o perito haver afirmado, nos quesitos apresentados pelo MM. Juízo, que, à época do desligamento, a incapacidade era temporária, o crucial é que, quando se realizou a perícia, ele foi taxativo ao afirmar que os danos são, atualmente, *permanentes e irreversíveis*. Ora, esse diagnóstico é incompatível com a tese defendida pela União Federal, de que a lesão do autor é plenamente recuperável no longo prazo (Incapaz B-2). Não o é. Os danos causados a ele não podem ser desfeitos. Fica configurado, pois, o caráter perene de seu quadro clínico, em perfeita consonância com o advérbio "definitivamente", presente no inciso II do artigo

106 da Lei nº 6.880/80.
Falta determinar se o quadro dele é de incapacidade.
Nesse sentido, os quesitos de letras "i" a "k" descrevem uma série de atividades físicas próprias de um integrante das Forças Armadas. A todas as perguntas que os finalizam - "O autor está em condições de saúde para praticar tais exercícios físicos (militares)?" - as respostas são uníssonas e diretas: "Não".
Consequentemente, verifico que o autor é, de fato, incapaz definitivamente para a carreira militar, porquanto não dispõe de condições físicas necessárias para desempenhar atividades básicas. Está, pois, de acordo com o que preceitua o artigo 52, nº 4, do Decreto nº 57.654/66.
Por fim, no que se refere à hipotética invalidez do autor, o perito foi novamente taxativo ao rejeitar a ideia de que ele estaria incapacitado de trabalhar no meio civil, *in verbis*:
"h) Esta lesão em serviço causou uma redução da força do autor? Ele pode 'ombrear' um saco de cimento, por exemplo?
Não. Sim.
(...)
o) A lesão no joelho do autor comprometeu tal capacidade laborativa do inspecionado?
Não.
p) Então pode ser dito que existe impossibilidade física para prover seu próprio sustento e dos seus dependentes, no meio civil, podendo ser considerado inválido para sua profissão anterior?
Não".
Diante das respostas taxativas a perguntas assaz diretas, verifico que o autor não está inválido, porque tem condições físicas de realizar trabalhos que não exijam esforços físicos.
Por conseguinte, o MM. Juízo sentenciante agiu com acerto, ao considerar o autor incapaz definitivamente para as atividades militares. Em decorrência disso, ele faz jus à reforma *ex officio* nos termos dos artigos 104, II, 106, II e 108, III, todos do Estatuto dos Militares.
Como não se trata de inválido - como restou suficientemente demonstrado - o autor não faz jus ao recebimento de valores correspondentes ao grau hierárquico imediato (artigo 110, §1º).
A jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que, em se tratando de militar incapaz definitivamente em decorrência de acidente sofrido em serviço, a reforma *ex officio*, com remuneração correspondente ao grau que ocupava na ativa, é a medida a ser tomada.
É entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:
"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO ATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO A CONDIÇÕES INERENTES AO SERVIÇO. REINTEGRAÇÃO E REFORMA. POSSIBILIDADE. ARTS. 106, II, E 108, IV, DA LEI 6.880/80. COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA AS ATIVIDADES MILITARES, MEDIANTE LAUDO TÉCNICO HÁBIL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. I. *A jurisprudência do STJ reconhece que o militar temporário ou de carreira que se torna definitivamente incapacitado para o serviço ativo das Forças Armadas, em decorrência das causas previstas nos incisos I a IV do art. 108 da Lei 6.880/80 - que contemplam hipóteses com relação de causa e efeito com as atividades militares -, faz jus à reforma, com soldo correspondente ao que recebia na ativa, independentemente de seu tempo de serviço, conforme determina o art. 109 da Lei 6.880/80*. II. Hipótese em que o autor, ora agravado, provou que, em decorrência da atividade militar, está incapaz definitivamente para o serviço ativo das forças armadas, fazendo jus, pois, à reforma, nos termos dos arts. 106, II, e 108, IV, da Lei 6.880/80, com soldo correspondente ao que recebia na ativa. Precedentes do STJ. III. Consoante a jurisprudência do STJ, 'o Militar, temporário ou de carreira, que se torna definitivamente incapacitado para o serviço ativo das Forças Armadas em decorrência das causas elencadas nos incisos I a V do art. 108 da Lei nº 6.880/80, faz jus à reforma, independentemente de seu tempo de serviço, conforme determina o art. 109 do Estatuto Militar. A incapacidade total e definitiva para qualquer trabalho somente é exigida do temporário quando o acidente ou doença, moléstia

ou enfermidade, não tenha relação de causa e efeito com o serviço (art. 108, VI, da Lei nº 6.880/80), hipótese diversa à dos autos, em que reconhecido o nexo de causalidade entre o acidente ocorrido e a doença que acomete o militar. REsp 1328915/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/4/2013, DJe 10/4/2013' (STJ, AgRg no AREsp 498.944/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2014). IV. Tendo o Tribunal de origem, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, notadamente da prova pericial, reconhecido a incapacidade definitiva do militar para o serviço castrense, infirmar tal conclusão é medida vedada, na via do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 do STJ. V. Agravo Regimental improvido. ..EMEN: (AGARESP 201400918820, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/09/2014 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

"ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO CASTRENSE. REFORMA *EX OFICIO*. MESMO GRAU HIERÁRQUICO. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º -F DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. 1. Discute-se o ato de reforma de militar temporário no grau superior hierárquico ao que ocupava na ativa, em decorrência de lesão na mão esquerda causada pelo disparo acidental em sua arma de fogo durante período do serviço militar. 2. É defeso reapreciar a interpretação do acórdão recorrido, com base nas provas produzidas no processo, segundo o teor da Súmula 07/STJ. Por isso, mostra-se inviável aferir a capacidade do recorrido para o serviço, mantendo-se a alegada deficiência do militar para o exercício de suas atividades laborais. 3. *A jurisprudência deste Tribunal reconhece que o militar, ainda que temporário, declarado incapaz para o serviço militar, tem direito à reforma ex officio no mesmo grau hierárquico que ocupava na ativa, por força do que dispõem os arts. 106, II e 108, III, c/c o art. 109 da Lei nº 6.880/80. Precedentes.* 4. O art. 1º -F da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedente sob o rito do artigo 543-C, REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves. 5. Recurso especial conhecido em parte e provido em parte. ..EMEN: (RESP 201001385475, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/02/2012 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

No mesmo sentido, vem decidindo este Tribunal Regional Federal, *in verbis*:

"AGRAVO LEGAL. ART. 557. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE. ACIDENTE EM SERVIÇO MILITAR. AGRAVO LEGAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Comprovado que o autor apresenta lesão física definitiva decorrente de acidente sofrido durante a prestação do serviço militar. O servidor militar considerado inválido, definitivamente, para o serviço do Exército em decorrência de acidente ocorrido em serviço faz jus à reforma, nos termos dos artigos 106, II; 108, III; e 109 do Estatuto dos Militares. A lei não exige, para a reforma do militar acidentado em serviço, a caracterização da incapacidade total e permanente para toda e qualquer atividade laboral. Agravo legal a que se nega provimento. (APELREEX 00016740220064036105, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)".

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICABILIDADE. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. DIREITO À REFORMA RECONHECIDO. DANO MORAL. ALEGAÇÃO NÃO CONHECIDA, ANTE A OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. RETROAÇÃO DO PEDIDO DE REFORMA À DATA DO EVENTO DANOSO. IMPOSSIBILIDADE, EM RAZÃO DA PRECLUSÃO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO DA UNIÃO DESPROVIDO E AGRAVO DO AUTOR CONHECIDO, EM PARTE, E NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito do tema. Ademais, o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com

súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ. 2. Não deve ser conhecido o agravo do autor na parte em que postula a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista que não houve interposição de recurso em face da sentença que afastou tal pretensão, não sendo dado à parte reacender discussão em torno de matéria a cujo respeito se operou a preclusão. 3. Encontra-se preclusa a pretensão autoral de fazer retroagir a reforma à data do evento danoso, vez que o autor não apelou da sentença que reconheceu o direito apenas a contar da data do ajuizamento da ação. 4. Não merece ser conhecido o pleito de declaração, como tempo de serviço militar, do período em que o autor permaneceu ilegalmente licenciado, haja vista que tal pretensão não consta da inicial, constituindo, pois, inovação recursal. 5. *Restando comprovada nos autos a incapacidade do autor para a atividade militar, em razão de acidente sofrido no deslocamento para o serviço, faz ele jus à reforma ex officio, com fulcro no art. 106, II, c/c art. 108, III e art. 109 da Lei nº 6.880/80*. 6. Os fundamentos trazidos pelos agravantes não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada. 7. Agravo da União não provido e agravo do autor conhecido, em parte, e não provido. (APELREEX 00111275020034036000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

"PROCESSUAL CIVIL - SERVIDOR MILITAR - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO DO MILITAR NO POSTO ANTERIORMENTE OCUPADO - INCAPACIDADE - DECRETO-LEI Nº 57.654/66 - RECURSO IMPROVIDO. - Não incidem ao caso as vedações à antecipação de tutela em desfavor do ente público, pois não se trata de hipótese de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou de concessão, ou de extensão de vantagens, ou mesmo de pagamentos de vencimentos, ou vantagens pecuniárias; com efeito, não se está concedendo aumento nem estendendo vantagem a servidor público, mas apenas restaurando uma situação anterior. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Consta da decisão agravada que o autor desenvolveu moléstia incapacitante, sendo desincorporado a partir de 30 de outubro de 2010, com fundamento no item 6, § 6º , do artigo 140 do Regulamento da Lei do Serviço Militar (Decreto-Lei nº 57.654/66). - Os militares estão sujeitos a regime jurídico próprio, conforme estabelecido pelo Estatuto dos Militares - Lei nº 6.880/80. A mencionada legislação prevê a possibilidade de reforma do militar da ativa, nos casos de acidente em serviço, sempre que verificada incapacidade definitiva total e permanente (art. 108, inciso III c/c art. 110, §1º , ambos do Estatuto dos Militares). - Dispõe a Lei nº 6.880/80, ainda, que o militar será agregado quando julgado incapaz temporariamente após um ano contínuo de tratamento ou quando julgado incapaz definitivamente durante o processo de reforma (art. 82, inciso I e V), ficado adido, para efeitos de remuneração à organização militar (art. 85). - Os casos de agregação, bem como os de reforma, ambos previstos no Estatuto dos Militares, referem-se à incapacidade total para o serviço militar. Mesmo o militar temporário, enquanto não licenciado, faz jus aos direitos inerentes à atividade militar, mormente aqueles que asseguram amparo em razão de acidentes em serviço. Inteligência do artigo 3º do Estatuto dos Militares. - O d. juiz da causa mencionou na interlocutória que 'diante da prova documental acostada aos autos, tenho como possível e necessária a reincorporação do autor às fileiras do Exército, com a consequente submissão a tratamento médico a ser dispensado pela Organização Militar'. - Sucede que a agravante não colacionou ao instrumento cópias de documentos que serviram de suporte à decisão recorrida neste aspecto, pelo que inexistem elementos suficientes para infirmar os fundamentos da decisão recorrida. - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI 00018911720124030000, JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)".

Por essas razões, a decisão a respeito da reforma do autor não merece reparos.

II - Da apelação do autor/Do Reexame necessário

Apesar da ilegalidade do ato administrativo que resultou na desincorporação do ora apelante das fileiras do Exército Brasileiro, não vislumbro motivos ensejadores da responsabilização

da União Federal por danos materiais e morais. Em verdade, simplesmente não há ato - tanto comissivo quanto omissivo - atribuível à Administração Pública ou a qualquer agente estatal que tenha, por consequência, causado a enfermidade do apelante, ou a tenha agravado. Dessa forma, não havendo ato, inexiste nexo causal com a lesão sofrida.
Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal, *in verbis*:
"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO: MILITAR. TREINAMENTO FÍSICO. MAL SÚBITO. MORTE. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. I - *No âmbito da responsabilização civil indenizável, é necessária a configuração de um dano, decorrente de uma conduta ilícita, onde se apure o nexo de causalidade entre esta e aquele*. Excetuadas as hipóteses em que o dano moral se prova por si mesmo, não basta mera alegação para restar comprovada a sua ocorrência. Apesar de não ser possível a prova direta do dano moral, os fatos e os reflexos dele decorrentes devem ser comprovados, aptos a atingir a esfera subjetiva da vítima, causando-lhe dor e sofrimento, a justificar a indenização pleiteada. II - Relativamente ao dano experimento em virtude de morte decorrente de mal súbito no âmbito do aquartelamento, é de ser verificada se houve a responsabilidade civil do Estado, decorrente da teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo (artigo 37, § 6º , da Constituição Federal). *Pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade da União Federal prescinde da comprovação de dolo ou culpa na conduta do seu agente, admitindo-se, no entanto, a demonstração de causas excludentes da responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. No caso em apreciação, conforme amplamente comprovado pelos documentos juntados, o evento danoso está caracterizado pela morte do autor em conseqüência dos exercícios de flexão de braço na barra fixa na pista de treinamento em circuito*, nas dependências do 5º Batalhão de Infantaria Leve, por ordem de seu superior hierárquico. III - Seja no preparo para mobilização seja no treinamento diário, o militar convive com risco de lesões físicas e de morte, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida, de forma que o filho dos autores também esteve sujeito a qualquer desses infortúnios. *Da leitura da cópia dos documentos juntados, em nenhum momento se consegue vislumbrar a ocorrência de ordem dos seus superiores que fosse determinante à produção do resultado óbito. Neste cenário, não se pode atribuir o resultado senão ao caso fortuito, vez que o militar falecido, repita-se, tinha a obrigação de participar do treinamento físico*. IV - O fato de o evento que culminou com a morte ter sido realizado durante o período de prestação do serviço militar, por si só, não caracteriza responsabilidade do Estado a justificar o pagamento de verbas indenizatórias, bem assim a pensão mensal, uma vez que não restou comprovada a ação ou omissão da entidade estatal e de seus prepostos. V - *Não há dúvida de que o ocorrido, ainda que tenha se dado nas dependências do aquartelamento, não se dera por culpa da administração militar, não se verificando, nesse caso, ação ou omissão do Estado em relação ao evento que culminou com o evento morte*. Não prospera, bem por isso, a alegação de que, se a vítima não tivesse sido submetida a exercícios extenuantes a morte não teria ocorrido. Também não se sustenta a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova testemunhal e pela ausência dos exames complementares retratados no laudo necroscópico. VI - Apelação improvida. (AC 00009578220054036118, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)
"DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. UNIÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ART. 37, § 6º , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORTE DE SOLDADO. SERVIÇO MILITAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Caso em que os autores postulam ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos devido ao falecimento do filho, após a prestação de serviço militar, como soldado, no 12º Grupo de Artilharia de Campanha (GAC) - Grupo Barão de Jundiahy, em que se constatou que o mesmo fazia uso de anabolizantes. 2. *Para aferir a responsabilidade do Estado e o consequente reconhecimento do direito*

à indenização pelos prejuízos causados, é necessário que se prove o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a omissão/conduta atribuíveis ao Poder Público, ou aos que agem em seu nome, por delegação. 3. No caso dos autos, é incontroverso que o falecimento do militar ocasionou prejuízos aos genitores, porém, *os documentos anexos à inicial e contestação, bem como os testemunhos prestados não demonstram que a medicação aplicada na enfermaria do Exército deu causa à sua morte.* 4. *Conforme consta dos depoimentos de Willian Soares dos Santos, Evandro Rodrigues, Osmar Dionísio Rodrigues e Marco Antônio da Silva, restou confirmado que o próprio Emerson tomava anabolizantes, e que o fazia depois do expediente.* 5. *Não existe prova nos autos de que a infecção generalizada, a causa da morte de Emerson, seja uma decorrência lógica da aplicação de injeção de Voltaren na enfermaria do Exército.* Pelos documentos e prontuários juntados com a inicial, em nenhum momento Emerson comunicou aos médicos, seja do Exército, seja do Hospital São Vicente, que vinha injetando anabolizante e que assim tinha feito na véspera da aplicação da injeção de Voltaren. 6. Como se observa, não restou comprovado o nexo causal entre o dano sofrido e a conduta da Administração, não sendo assim devida a indenização tal como postulada na inicial. 7. Sobre a denunciação da lide, encontra-se firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que é inviável quando nela se objetive discutir responsabilidade de natureza distinta daquela versada na ação originária, envolvendo o autor e o réu-denunciante, inserindo, assim, fundamentação nova e específica, cuja abordagem certamente prejudicaria o regular andamento da ação indenizatória proposta pelo autor em face do réu, daí emergindo à responsabilidade da União, não importando a verberada natureza da decisão, ante o princípio da causalidade. 8. A verba honorária de R$ 2.000,00 (dois mil reais) não é ilegal, nem excessiva, diante dos critérios do artigo 20, § 4º , do Código de Processo Civil, considerando os critérios de equidade, grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço. 9. Apelações desprovidas. (AC 00134769420064036105, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. UNIÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ART. 37, § 6º , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOENÇA. HEPATITE B. APÓS INCORPORAÇÃO AO SERVIÇO MILITAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Caso em que a autora postulou ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos devido ao falecimento do filho, após a prestação de serviço militar, como soldado, na Força Aérea Brasileira, em que se constatou que o mesmo era portador do vírus da Hepatite B. 2. Para aferir a responsabilidade do Estado e o consequente reconhecimento do direito à indenização pelos prejuízos causados, é necessário que se prove o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a omissão/conduta atribuíveis ao Poder Público, ou aos que agem em seu nome, por delegação. 3. Embora incontroverso que o falecimento do militar ocasionou prejuízos à genitora, o conjunto probatório não demonstra que o exercício da atividade militar deu causa à morte do servidor. 4. Ainda que, quando do ingresso do filho da requerente na carreira militar não possuísse sintomas da doença, segundo o laudo pericial, 'a infecção pelo vírus da hepatite B pode manter-se sem manifestações clínicas por longos períodos'. 5. Nem se alegue negligência e imperícia na realização dos exames de aptidão, visto que esses testes possuem o escopo de averiguar se o candidato está em boas condições de saúde para prestar o serviço militar, que exige demasiado esforço físico. 6. Conforme laudo pericial a realização de esforços físicos, 'per si, não é fator determinante para a evolução da infecção pelo vírus da hepatite B'. 7. *Conquanto provados os danos sofridos pela autora, do conjunto probatório não foi possível concluir que os serviços prestados tenha sido a causa específica do óbito,ou seja, não demonstra que o exercício na função de soldado tenha nexo causal com a morte do filho da autora.* 8. *Não atestada a existência de nexo de causalidade entre a conduta/omissão da requerida e os prejuízos sofridos pela requerente, resta indevida à indenização.* 9. *Precedentes.* (AC 00021942520024036000, DESEMBARGADOR FEDERAL

CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

Por conseguinte, estando ausente o nexo de causalidade entre o dano e ato atribuível à Administração Pública, afasta-se a responsabilidade desta por danos materiais e morais, nos termos pretendidos pelo apelante.

Mesmo que esse não fosse o caso, o apelante não logrou demonstrar a ocorrência dos danos materiais e morais.

Quanto aos danos materiais, simplesmente não há elementos que demonstrem a ocorrência deles. Pelo contrário, os elementos fático-probatórios atestam que o procedimento cirúrgico e o tratamento foram realizados em instalações próprias do Exército Brasileiro, a exemplo dos documentos de fls. 41/42, 47/48, 51/57 e 99/114.

Com relação aos danos morais, conquanto seja difícil comprová-los - contrariamente aos materiais -, é indispensável que se lhes faça alguma referência no conjunto probatório, além da simples argumentação. *In casu*, os meios de prova concentraram-se exclusivamente nas circunstâncias do acidente sofrido em serviço, na extensão da lesão sofrida e nas consequências para o pedido de reforma. Aos pleitos indenizatórios, fez-se-lhes referência tão somente nas peças assinadas pelos patronos do autor.

Nesse sentido, constato que a Administração Pública militar cumpriu com seu dever de prestar assistência médico-hospitalar a seus membros, conforme determina o artigo 50, IV, "e", da Lei nº 6.880/80, o que é mais um fator a afastar sua responsabilidade extracontratual.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou alguns casos em que o dano moral é presumido (*in re ipsa*), bastando, tão somente, a demonstração do ato atribuível à Administração Pública e do nexo causal. Como exemplo, menciona-se a hipótese de indenização pedida por genitores em razão da morte de filhos. Ante a gravidade desse evento, dispensa-se a prova do sofrimento psicológico, o qual é considerado como um dado. Nesse sentido, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALECIMENTO DE MILITAR NO CUMPRIMENTO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO. PRESCINDIBILIDADE. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. 12% AO ANO A PARTIR DO CC/2002. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. (...) 7. Em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, o direito dos autores à indenização prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa estatal), porquanto suposto vício na manifestação da vontade teria lugar apenas em ação de regresso, o que não se aplica no caso concreto. Precedentes do STJ. 8. A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas, sim, uma compensação parcial pela dor injusta que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico da perda a qual foi submetida. 9. *No dano moral por morte, a dor dos pais e filhos é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito, cabendo ao réu fazer prova em sentido contrário, como na hipótese de distanciamento afetivo ou inimizade entre o falecido e aquele que postula indenização.* (...) 14. Recurso Especial não provido. ..EMEN: (RESP 200701448582, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/08/2009 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

Além disso, presume-se a ocorrência do dano moral em casos a envolver inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, de responsabilidade bancária, de atraso de voo, de diploma sem reconhecimento, de equívoco administrativo e de credibilidade desviada.

(*h*ttp://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255)

Obviamente, a hipótese destes autos não se coaduna com esse preceito jurisprudencial, mais uma razão por que se deve rejeitar o pleito indenizatório.

III - Da apelação da União Federal

No que se refere aos honorários advocatícios, há razões para a reforma da sentença recorrida.

À causa, foi-lhe dado o valor de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), vide fl. 31. Ocorre que, devido aos pedidos indenizatórios, se pediu que as verbas honorárias fossem fixadas em 20% (vinte por cento) do valor da condenação. O MM. Juízo sentenciante houve por bem recorrer ao disposto no artigo 20, §4º , do Código de Processo Civil, diante da sucumbência recíproca, e fixou-as em R$ 1.000,00 (mil reais).

Essa decisão relativa aos honorários advocatícios não atentou para o conteúdo do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil. Esse dispositivo legal estabelece que, na hipótese de sucumbência recíproca, as custas e os honorários advocatícios serão proporcional e reciprocamente compensados. Neste caso, tendo sido deferida a gratuidade de justiça, esse comando vale para os honorários.

Por conseguinte, devido a essa reciprocidade, anulo a condenação imposta à União Federal a título de honorários advocatícios e determino que cada parte arque individualmente com as verbas de seus respectivos patronos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corporificada na Súmula 306, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. NÃO EXISTÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE E DE EMPRÉSTIMO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TERMO FINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. ENUNCIADOS 296 E 306 DA SÚMULA DO STJ. 1. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso. 2. Excluída a comissão de permanência, os juros remuneratórios, nos termos do enunciado 296 da Súmula do STJ, são devidos até o efetivo pagamento da dívida. 3. *Havendo sucumbência recíproca, o valor dos honorários advocatícios deverá ser compensado, a teor do disposto no verbete sumular 306 do STJ.* 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. ..EMEN: (EDRESP 200302209490, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:09/05/2012 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR - REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO - COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Incidência da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 2.- A devolução em dobro dos valores pagos a maior pelo mutuário é cabível apenas quando demonstrada má-fé. 3.- O Plano de Equivalência Salarial - PES somente se aplica para o cálculo das prestações mensais a serem pagas pelo mutuário, sendo incabível a sua utilização como índice de correção monetária do saldo devedor, o qual deverá ser atualizado segundo o indexador pactuado, em obediência às regras do Sistema Financeiro de Habitação. 4.- É possível a utilização da TR na atualização do saldo devedor de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ainda que firmado anteriormente ao advento da Lei 8.177/91, desde que pactuado o mesmo índice aplicável à caderneta de poupança. 5.- *Nos termos da Súmula 306/STJ : 'Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.*'. 6.- Agravo Regimental a que se nega provimento. ..EMEN: (AGARESP 201102248020, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:02/05/2012 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

Igualmente, é a jurisprudência deste Tribunal Regional Federal, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM VALOR FIXO. ATUALIZAÇÃO

MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. I - Não é cabível a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC, uma vez que, por se tratar de execução contra Fazenda Pública, impõe-se observar rito específico, previsto nos artigos 100 da Constituição da República e 730 do CPC. II - Os valores apurados, a título de atualização monetária, pelo embargante (índice de atualização: 1,046195671) e pelo exequente (índice de atualização: 1,0472406118), apresentam diferença ínfima (R$ 0,73), não se vislumbrando a aplicação de critérios distintos pelas partes. Dessa forma, tomo como correto o valor indicado pela parte exequente (R$ 733,06 para setembro de 2014). III - É pacífico o entendimento no sentido de que, na execução de honorários advocatícios fixados em valor fixo, devem incidir juros moratórios. IV - Os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei 11.960/09, devendo prevalecer, neste ponto, o cálculo elaborado pelo embargante, que apontou a taxa de juros no importe de 4,5%. V - Considerando que deve ser excluída a multa prevista no art. 475-J do CPC e aplicada taxa de juros de 4,5%, o valor devido da presente execução resulta em R$ 766,04 (setecentos e sessenta e seis reais e quatro centavos) para setembro de 2014. VI - *Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil*. VII - Embargos à execução interpostos pelo INSS parcialmente procedentes. (EE 00307983120144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

Posteriormente, não há razões para a irresignação da União Federal quanto à decisão do MM. Juízo *a quo* em haver concedido em favor do ora apelado antecipação de tutela, por que ele foi reintegrado para fins de tratamento médico.

Reintegrá-lo pressupõe preservar situação já existente, a qual foi rompida pela Administração Pública, quando procedeu à desincorporação. Além disso, as verbas a serem recebidas pelo ora apelado em decorrência da reintegração em sede de tutela antecipada têm evidente natureza alimentar. Não há, dessa forma, violação ao artigo 2º -B da Lei nº 9.494/97, porquanto não se trata de concessão ou extensão de vantagens a servidor público.

Ainda, a fundamentação da tutela antecipada verifica-se da motivação como um todo, sendo despiciendo maiores elucubrações quanto à necessidade da medida, razão por que não considero haver carência de fundamentação.

Nesse sentido, é jurisprudência deste Tribunal, *in verbis*:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EXTRA PETITA REJEITADA. INOCORRENCIA DE PRESCRIÇÃO, QUE NÃO CORRE CONTRA O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O TRABALHO EM VIRTUDE DE ESQUIZOFRENIA QUE SE MANIFESTOU DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CASTRENSE OBRIGATÓRIO. REFORMA COM PROVENTOS CALCULADOS COM BASE NO SOLDO DO GRAU HIERÁRQUICO IMEDIATO. CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA (NATUREZA ALIMENTAR DO DIREITO VINDICADO). JUROS DE MORA A INCIDIR A PARTIR DA CITAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 1º -F DA LEI Nº 9.494/97, COM INCIDÊNCIA IMEDIATA DA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DIANTE DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Preliminar de nulidade da sentença por suposto julgamento extra petita rejeitada porque, em que pese a falta de técnica, o autor pleiteou a concessão de posto de carreira da reserva. Em outros termos, o autor pugnou pela concessão da reforma que lhe foi concedida. 2. A prescrição não corre contra incapazes e o fato de a incapacidade só ter sido reconhecida por meio de decisão judicial em 15.08.1994, quando foi decretada a interdição do apelado, não altera o entendimento adotado, pois a prova dos autos evidencia a incapacidade desde o tempo em que o autor prestava o Serviço Militar obrigatório. 3. Ao militar sem estabilidade (caso do temporário) está assegurada a reforma se efetivamente

comprovada a doença mental. Não se exige que a doença tenha relação de causalidade com o serviço militar. Basta que a doença se manifeste durante o período de prestação do serviço militar e que torne o militar incapaz para o serviço nas Forças Armadas. Inteligência da Lei nº 6.880/80 e jurisprudência pacífica do STJ. 4. O material probatório dos autos não deixa dúvidas quanto a doença mental do apelado, portador de esquizofrenia crônica, doença irreversível, sem relação de causa e efeito com o serviço militar, cuja manifestação aguda surgiu durante a prestação do serviço castrense; entretanto o GEM ou NUCLEO PSICÓTICO já existiam, eram latentes e nem sempre aparentes. Ademais, a doença incapacita o apelado para o exercício de qualquer atividade laborativa. 5. O fato de o apelado ter mantido alguns vínculos de trabalho após o licenciamento não desmerece a pretensão deduzida, pois os mesmos caracterizam-se pela transitoriedade, o que demonstra sem dúvida alguma que o apelado era mesmo incapacitado para o labor persistente. 6. O caso dos autos subsume-se à regra do art. 108, V, da Lei nº 6.880/80, sendo de rigor a reforma do autor com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que o militar ocupava quando de seu licenciamento, nos termos do art. 110 § 1º da Lei nº 6.880/80, pagando-se os atrasados desde o indevido licenciamento. 7. *Quanto à tutela antecipada, a sentença está devidamente fundamentada e a conclusão pela presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela são extraídos da motivação como um todo, donde se dessume que o apelado possui um quadro de esquizofrenia crônica, que eclodiu por ocasião da prestação do serviço militar e que o incapacita total e permanentemente para qualquer trabalho. Não há, pois, nulidade de fundamentação.* 8. Tratando-se de prestação de natureza alimentar é possível a concessão *ex officio* de antecipação de tutela, sendo aplicável por analogia o entendimento da Súmula 729/STF: 'A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.' 9. *Há que se ressaltar, ainda, que não há qualquer empecilho à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública no caso em tela, pois não se trata de concessão ou extensão de vantagens a servidores públicos, mas sim de preservação de uma situação que o militar já gozava e que foi rompida pela Administração por ocasião de seu licenciamento.* 10. *A antecipação de tutela não encontra óbice no art. 2º -B da Lei nº 9.494/97, cujo discurso não se aplica ao tema específico dos autos.* 11. Os juros de mora devem incidir a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês, conforme redação dada ao art. 1º -F da Lei nº 9.494/97 pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, até o advento da Lei nº 11.960/09. A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Resolução nº 134/CJF, desde a data em que devida cada parcela, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009. A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 tanto a correção monetária como os juros de mora incidirão nos termos do disposto no artigo 1º -F na Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela mencionada lei. 12. Os honorários advocatícios devem ser compensados, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, tendo em vista a configuração da sucumbência recíproca diante do julgamento de improcedência do pedido indenizatório formulado pelo autor. 13. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e reexame necessário parcialmente providos. (APELREEX 00034031019944036000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/10/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º , DO CPC - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, 'CAPUT', DO CPC - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO. 1. Decisão que, nos termos do artigo 557 , 'caput', do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso, vez que a prova pericial realizada no feito principal revela que o agravado se tornou incapaz para o exercício de atividade laboral, impossibilitado total e permanentemente para a realização de qualquer trabalho a lhe garantir a subsistência. 2. Ocorre que a teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o militar, ainda que temporário, acometido de doença incapacitante que se manifestou durante a prestação do serviço na caserna, mesmo que não presente o nexo causal entre a moléstia e suas atividades castrenses, tem direito à reforma com proventos

equivalentes ao soldo do posto imediatamente superior ao que ocupava quando em atividade e também à percepção de auxílio-invalidez (AgRg no Agrg no Ag 819.354/RJ, j. 24.04.07, DJ 21.05.07, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; REsp 639736/RJ, j. 07.02.06, DJ 06.03.06, Rel. Min. Hamilton Carvalhido). 3. Por outro lado, *a antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes como foi concedida, não é tema que se insere dentre as proibições previstas na Lei nº 9.494/97, visto que o disposto em seu artigo 1º refere-se apenas à vedação da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública especificamente no que se refere à majoração de vencimentos e proventos dos servidores públicos, o que não é o caso.* 4.Ausente qualquer eiva de ilegalidade ou abuso de poder, mantenho a decisão agravada, que negou seguimento ao recurso, em conformidade com o disposto no artigo 557, 'caput', do Código de Processo Civil. 5. Agravo improvido. (AI 00119743920054030000, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/11/2011 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)". (Grifo nosso)

IV - Dispositivo

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, §1º -A, do Código de Processo Civil, dou *parcial provimento à apelação interposta pela União Federal*, tão somente para anular a condenação imposta à União Federal a título de honorários advocatícios e determinar que cada parte arque individualmente com as verbas de seus respectivos patronos; e, com base no *caput* do mesmo artigo, nego seguimento à apelação do autor.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* ao agravo legal.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003126-44.2011.4.03.6114
(2011.61.14.003126-0)

Apelante: MAPPEL INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA DA 4ª REGIAO - CRQ4
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1713136
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/08/2015

DECISÃO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Mappel Indústria de Embalagens Ltda*, em face da sentença que julgou improcedente o pedido de anulação do auto de infração nº 15915/2010, lavrado pelo Conselho Regional de Química - 4ª Região, por resistência à fiscalização.

Aduz a apelante que:

a) a sentença é nula porquanto não oportunizou a produção de prova testemunhal acerca da oposição à fiscalização, fato controverso nos autos;

b) não criou embaraço à fiscalização;

c) não exerce atividade sujeita à fiscalização do Conselho.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o sucinto relatório. Decido.

Inicialmente, rejeito a preliminar arguida, pois restou incontroverso, por meio da farta documentação contida nos autos, que a apelante não permitiu, em diversas ocasiões, o ingresso do agente de fiscalização em seu parque industrial, fato que chegou a admitir e que, é suficiente para caracterizar a recusa à fiscalização.

Ademais, a autora não trouxe elemento de convicção apto a deixar clara a imprescindibilidade da oitiva de testemunha para o esclarecimento da alegada controvérsia, podendo, destarte, o juiz, nos termos do Código de Processo Civil, decidir pela necessidade da dilação probatória, indeferindo-a se entendê-la desnecessária ou impertinente.

Com efeito, não basta alegar que não obstou a fiscalização e que se tratou de mal entendido, tampouco de que se dispôs à fiscalização, quando a documentação carreada aos autos revela o contrário, pois, é certo que a apelante impediu a análise de sua atividade pelo Conselho, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Passo à análise do mérito.

A questão dos autos cinge-se à ocorrência de recusa à fiscalização do Conselho Regional de Química e não se a atividade básica sujeita-se ou não ao registro no respectivo órgão de classe.

Vale lembrar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o poder de polícia, conferido aos Conselhos Profissionais, permite a fiscalização de atividades de pessoas físicas ou jurídicas, *ainda que não estejam inscritas no órgão específico*, em razão da neces-

sidade de apuração de eventual omissão de registro ou aferição de qual deva ser o registro predominante, conforme a respectiva atividade básica, caso já exista inscrição em outro conselho profissional, *verbis*:

> AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTUAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.
> 1. Despicienda a análise da submissão ou não da apelante ao conselho em razão da atividade exercida, haja vista que o objeto da multa aplicada é tão somente o embaraço à fiscalização empreendida, ponto sobre o qual deve circunscrever-se a presente discussão.
> 2. Os conselho s profissionais, dentre os quais, o conselho Regional de Química (CRQ), têm, em razão do exercício do poder de polícia, competência para fiscalizar as atividades que lhe forem afetas e cobrar as correspondentes multas administrativas, nos casos previstos na legislação pertinente.
> 3. A Certidão de Dívida Ativa nº 085/98 foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 e no art. 202, do Código Tributário Nacional, pelo que goza de presunção de liquidez e certeza, produzindo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída, pelo que, não tendo a apelante apresentado qualquer prova inequívoca de sua nulidade (art. 204, do CTN), merecem ser afastadas suas alegações.
> 4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
> 5. Agravo legal improvido.
> (AC 01158491119994039999, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 22/11/2012)

> PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA-CRQ - MULTA - MULTA POR RESISTÊNCIA À FISCALIZAÇÃO - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA - IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. 1. Como o revela a instrução coligida ao feito, patente incorreu a parte apelante em equívoco de conduta, ao sequer permitir adentrasse em sua sede o conselho-recorrido. 2. Inoponível se afigura a afirmação do segredo de patente ou de qualquer outro direito intelectual para que não comparecesse em seu interior o órgão apelado, cujo mister, precisamente, também é o de identificar a natureza da atividade ali a preponderar, para assim então praticar subsunção ou não do conceito do fato ao da norma do art. 1º, da Lei 6.839/80. 3. A apriorística negativa da parte recorrente em admitir sequer o ingresso do órgão em destaque em seu interior põe-se a exprimir como ilegítima e injustificável tal postura, pois a impossibilitar a averiguação sobre o que seja seu mister prevalecente, seja em atividade química ou não. 4. Tamanha a precocidade da resistência oferecida que sequer cabe aqui adentrar ao mérito do quanto laborem ou não os atores da cena cotidiana naquela atividade empresarial, cuja demonstração, aliás, desejou o fazer a parte apelante puramente por meio de provas, testemunhais. 5. Não se há de se falar em cerceamento de defesa, tal como sustentado em apelo, pois a própria parte apelante veio de impedir análise de sua atividade, em relação ao conselho-recorrido, como resulta dos autos. 6. De todo legitima a imposição sancionatória em causa, pois a decorrer do descumprimento explícito de dever de fazer inerente a qualquer fiscalizado: admitir que o órgão corporativo em questão *in loco* constate sobre a natureza da atividade ali desenvolvida, da mesma forma inadmitindo-se a precoce suspeição de violação sobre o segredo das patentes, ausente qualquer evidência a respeito. 7. Observante o órgão recorrido ao tema da legalidade de seus atos, pois na linha de sua incumbência em lei a diligência instaurada perante a parte recorrente, nenhuma ilicitude se extrai de tal agir, assim se impondo a manutenção de r. sentença com o decorrente improvimento ao apelo interposto. 8. Improvimento à apelação.
> (AC nº 1077483, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, DJ de 27/09/2006)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. CDA. NULIDADE AFASTADA. MULTA. VALORAÇÃO. LEGALIDADE. MULTA POR RESISTÊNCIA À FISCALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. I - A Apelante foi devidamente notificada de todos os atos administrativos, consoante os documentos juntados aos autos. Nulidade da CDA afastada. II - Multas previstas na CLT sucessivamente modificadas, ao longo do tempo, passando a ter gradação, quando for o caso, estabelecendo-se os valores em UFIR, com atualização monetária pela Taxa SELIC a partir de 1º de abril de 1995 (Decreto nº 75.704/75, Leis nº s. 6.205/75, 6.986/82, 7.784/89, 7.85/89, 8.383/91 e 9.065/95 e Portaria 290/97, do Ministério do Trabalho). III - Hipótese dos autos em que a multa foi estabelecida dentro dos parâmetros legais. IV - Multa imposta pelo conselho Regional de Química não por ausência de registro ou de manutenção de profissional da química como responsável técnico, mas por resistência da empresa à fiscalização daquele órgão. V - Visita do agente fiscalizador com fundamento no Poder de Polícia atribuído ao conselho Regional de Química pelos arts. 1º e 15, da Lei nº 2.800/56 e no art. 343, "c", da CLT, a fim de identificar a natureza da atividade desenvolvida pela Embargante, objetivando constatar a necessidade ou não do registro da empresa naquele órgão, nos termos do art. 1º, da Lei nº 6.839/80, bem como da contratação de profissional da química como responsável técnico. VI - Resistência injustificada da Embargante, incorrendo, assim, em infração aos mencionados dispositivos legais, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso por parte do Apelado. VII - Apelação improvida.
(AC 00079663720054036105, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, e-DJF3 Judicial 1 03/11/2010)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. MULTA POR RESISTÊNCIA À FISCALIZAÇÃO . LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - Multa imposta pelo conselho Regional de Química não por ausência de registro ou de manutenção de profissional da química como responsável técnico, mas por resistência da empresa à fiscalização daquele órgão. 2 - Visita do agente fiscalizador com fundamento no Poder de Polícia atribuído ao conselho Regional de Química pelos arts. 1º e 15, da Lei nº 2.800/56 e no art. 343, "c", da CLT, a fim de identificar a natureza da atividade desenvolvida, objetivando constatar a necessidade ou não do registro da empresa naquele órgão, nos termos do art. 1º, da Lei nº 6.839/80, bem como da contratação de profissional da química como responsável técnico. 3 - Resistência injustificada. Legalidade da infração e aplicação de multa, fixada dentro dos parâmetros legais. 4. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.
(APELREEX 00051110820024036100, Rel. Juiz Convocado HERBERT DE BRUYN, e-DJF3 Judicial 1 08/11/2013)

In casu, extrai-se dos autos (f. 41-54) que por diversas tentativas o agente de fiscalização tentou realizar seu ofício, sendo que encaminhou e-mails com a documentação exigida, atendendo às solicitações dos setores administrativos e jurídico da autora e retornou ao local, esclarecendo os motivos da fiscalização, mas foi impedido de adentrar ao parque industrial, em todas as ocasiões, revelando-se, destarte, a recusa apta a legitimar a multa imposta.

Diga-se, em conclusão, que, diante do poder de polícia conferido ao Conselho e de que a fiscalização é permitida, independentemente da atividade desenvolvida sujeitar-se à inscrição no respectivo órgão, - até porque o objetivo da fiscalização é a correta apuração da atividade desenvolvida e posterior enquadramento - a recusa da apelante não se justifica, logo, ausente qualquer nulidade no auto de infração impugnado.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO à apelação.

Intimem-se.

Decorridos os prazos recursais, remetam-se os autos à origem, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0020005-03.2013.4.03.6100
(2013.61.00.020005-7)

Agravante: MASTERCON MATERIAIS DE INFORMÁTICA LTDA - EPP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: MASTERCON MATERIAIS DE INFORMÁTICA LTDA - EPP
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe de Processo: AC 2072611
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO EM AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. PREGÃO ELETRÔNICO. NÃO ATENDIMENTO DO EDITAL. APLICAÇÃO DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE. REDUÇÃO DA MULTA. IMPOSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A autora participou de Pregões Eletrônicos não se sagrando vencedora. Porém, as licitantes vencedoras foram desclassificadas na fase de habilitação, motivo pelo qual foram examinadas as ofertas da autora, nos termos do art. 4º, XVI, da Lei nº 10.520/02.

2. A referida lei, no art. 7º, apresenta as sanções possíveis para os casos em que, diante da convocação, o licitante deixar de apresentar documentação necessária para celebração do contrato, assim descritas: *impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; descredenciamento no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º da mencionada lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

3. O edital do Pregão Eletrônico, por seu turno, sujeita o infrator à multa correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor global do contrato, sem prejuízo da possibilidade de aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

4. Na hipótese, a aplicação da penalidade encontra amparo legal e foi devidamente prevista nos editais dos certames, não existindo qualquer ilegalidade no ato administrativo que culminou na aplicação de multa pecuniária à autora.

5. A autora não pode alegar o desconhecimento da previsão da penalidade em razão do princípio da obrigatoriedade da norma, segundo o qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la e, também, em razão do princípio da vinculação do edital.

6. Diante da legalidade da multa aplicada não é desproporcional o montante fixado, até em consideração que o Edital e a lei que regulamenta os pregões (Lei nº 10.520/02) prevê penas mais graves, como o descredenciamento, e a fixação de multa em 10% sobre o valor do contrato é percentual comumente utilizado para contratações públicas e privadas.

7. Os precedentes apresentados pela agravante nas razões de sua irresignação não

apresentam fundamentação que se assemelhe a hipótese destes autos.
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, 24 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela apelante contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu parcial provimento à apelação somente para reduzir a condenação nos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC e consoante entendimento desta E. Sexta Turma.

Por sua vez, a apelação foi interposta em ação de rito ordinário, com pedido de antecipação da tutela, em que se objetiva a substituição das penalidades impostas à autora pela participação em pregões eletrônicos. Pugna pela aplicação de pena de advertência, com anulação das multas impostas. Subsidiariamente, requer a redução do valor da pena imposta.

Pretende a ora agravante 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 sede de ação ordinária, com pedido de antecipação da tutela, em que se objetiva a substituição das penalidades impostas à autora pela participação em pregões eletrônicos. Pugna pela aplicação de pena de advertência, com anulação das multas impostas. Subsidiariamente, requer a redução do valor da pena imposta.
> O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido, determinando o depósito do valor devido para suspender o protesto dos títulos.
> As partes não manifestaram interesse na produção probatória.
> O r. Juízo *a quo* julgou improcedente os pedidos. Condenou a autora ao pagamento de custa processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atuali-

zados conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal.
Apelou a autora, aduzindo em suas razões que participou de pregões eletrônicos, porém não se sagrou vencedora. Ocorre que as primeiras colocadas foram desclassificadas e a autora, por falta de experiência, deixou de acompanhar a disputa, não enviando a documentação necessária no prazo de estipulado. Diante da situação, a autora aponta a falta de proporcionalidade na aplicação da pena imposta pela não apresentação dos documentos. Por fim, sustenta a ilegalidade do ato administrativo e a necessidade de redução dos honorários advocatícios.
Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.
Passo a decidir com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.
Ressalto 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.
A autora participou dos Pregões Eletrônicos nº 01.2011 e nº 10.2011 perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não se sagrando vencedora. Porém, as licitantes vencedoras foram desclassificadas na fase de habilitação, motivo pelo qual foram examinadas as ofertas da autora, nos termos do art. 4º, XVI, da Lei nº 10.520/02, *in verbis*:
"Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;"
A referida lei apresenta as sanções possíveis para os casos em que, diante da convocação, o licitante deixar de apresentar documentação necessária para celebração do contrato:
"Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."
Neste sentido, os editais dos respectivos pregões previam:
"Pregão nº 01.2011. 39. A licitante que desistir dos lances ofertados, bem como aquela que deixar de apresentar a documentação técnica e/ou amostras exigidas na norma prevista no subitem 29.4 do presente instrumento convocatório ou a documentação exigida na forma prevista no subitem 29.2, ou ainda, se ficar caracterizado que o material ofertado não atende às especificações constantes na respectiva proposta, ficará sujeito à multa correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor global do contrato, sem prejuízo da possibilidade de aplicação da sanção prevista no item 38 do presente Edital". (fls. 65).
"Pregão nº 10.20111. 42. A licitante que desistir dos lances ofertados, bem como aquela que deixar de apresentar a documentação técnica e/ou amostras exigidas na norma prevista no subitem 29.4 do presente instrumento convocatório ou a documentação exigida na forma prevista no subitem 29.2, ou ainda, se ficar caracterizado que o material ofertado não atende às especificações constantes na respectiva proposta, ficará sujeito à multa correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor global do contrato, sem prejuízo da possibilidade de aplicação da sanção prevista no item 41 do presente Edital". (fls. 98).
Destarte, a aplicação da penalidade encontra amparo legal e foi devidamente prevista nos editais dos certames, não existindo qualquer ilegalidade no ato administrativo que culminou na aplicação de multa pecuniária à autora.

Ademais, a autora não pode alegar o desconhecimento da previsão da penalidade. Inicialmente, em razão do princípio da obrigatoriedade da norma, segundo o qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la e, também, em razão do princípio da vinculação do edital.

Neste sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÕES E CONTRATOS - FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS - RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS RETIDAS A TÍTULO DE PIS E COFINS - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - PRAZO DE CUMPRIMENTO DA AVENÇA - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - MULTA - PREVISÃO EM LEI E NO CONTRATO - ATRASO INJUSTIFICADO - PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO - PENALIDADE LEGÍTIMA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Quanto à devolução das quantias retidas a título de PIS e COFINS, verifica-se a superveniente ausência de interesse de agir, na medida em que a ré reconheceu a isenção dos equipamentos adquiridos, procedendo à restituição dos referidos valores, fato comprovado nos autos. Irreparável a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC. 2. *A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, pelos participantes do certame. Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo.* 3. Adjudicado o objeto licitado, incumbe àquele que se sagrou vencedor do certame observar os termos do edital reproduzidos no contrato, aos quais, repise-se, aderiu voluntariamente por ocasião de seu credenciamento, não se afigurando legítima a recusa de seu cumprimento. O mesmo dever decorre, por outro lado, do princípio do 'pacta sunt servanda', estampado no art. 66 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), segundo o qual 'o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial'. 4. *In casu*, considerados os termos contratuais, é certo que a entrega dos equipamentos objeto do Primeiro Termo Aditivo, celebrado em 20/11/2006, deveria ter ocorrido até 19/01/07, isto é, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias previamente estabelecido em contrato (item 4.1.1, alínea 'a', Anexo 1). Ocorre, todavia, que aludidos equipamentos foram entregues tão somente em maio de 2007, quando em muito superado o prazo contratual. 5. Legítima a aplicação da multa estampada no item 8.1.2.1, alíneas 'a' e 'b', c/c item 8.1.2.3 do contrato, penalidade que encontra guarida na legislação de regência da matéria, consoante se colhe da previsão contida no art. 86 da Lei nº 8.666/93. 6. A circunstância de terem sido assinados dois termos aditivos em nada socorre a recorrente, na medida em que nenhum deles teve por finalidade a alteração do prazo de entrega dos equipamentos contratados. 7. Como esclarecido na Nota Jurídica ASJUR/DR/MS nº 158/2007, 'os impasses ocorridos por ocasião da entrega inicial de equipamentos não poderiam impedir que a PROVIDER deixasse de cumprir a entrega dos 6 (seis) kits adicionais, por se entender que, enquanto em pleno vigor o Contrato, as partes tem o dever de o cumprir a risca' (fls. 263/264). Entendimento diverso, impende ressaltar, iria de encontro ao princípio da continuidade, segundo o qual os serviços públicos devem se desenvolver regularmente, sem interrupções. 8. Sentença mantida."

(Sexta Turma, AC 00263257920074036100, Rel. Des. Mairan Maia, e-DJF3 14/11/2014)

Assim, diante da legalidade da multa aplicada, deve-se ressaltar a inexistência de desproporcionalidade no montante fixado. Como salientado pelo r. Juízo *a quo* a lei que regulamenta os pregões (Lei 10.520/02) prevê a possibilidade de penas mais graves, como o descredenciamento, e a fixação de multa em 10% sobre o valor do contrato é percentual comumente utilizado para contratações públicas e privadas (fls. 164/169).

Não obstante, acolho o pedido da autora em relação à redução dos honorários advocatícios, que devem ser fixados em 10% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC e

consoante entendimento desta E. Sexta Turma.
Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 557, §1º-A, do CPC, *dou parcial provimento à apelação* somente para reduzir à condenação ao pagamento de honorários advocatícios.
Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.
Intimem-se.

De qualquer modo, os precedentes apresentados pela agravante nas razões de sua irresignação não apresentam fundamentação que se assemelhe a hipótese destes autos.

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

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000816-14.2014.4.03.6000
(2014.60.00.000816-1)

Apelante: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL - IFMS
Apelada: DAIANA DOS SANTOS CARVALHO
Origem: JUIZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AMS 355001
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE.
1. Apelação contra sentença que assegurou a manutenção do contrato de prestação de serviços de professora temporária até o final da licença maternidade, conforme o disposto no art. 7º, XVIII e no art. 10, II, "b", do ADCT, mantendo todas as garantias e benefícios a que fazia jus em razão do referido negócio jurídico.
2. Dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1998, o legislador houve por bem incluir o direito social de proteção à maternidade (art. 6º, *caput*, da CF/88).
3. A excepcionalidade da tutela constitucional conferida à maternidade, particularmente à gestante, está evidenciada na vedação à despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", do ADCT - CF/88) e na licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII, da CF/88).
4. O fato de o vínculo da impetrante com a instituição de ensino ser de natureza temporária, não obsta o direito fundamental de proteção à maternidade, porquanto decorre de norma constitucional.
5. As disposições constitucionais asseguram a toda mulher com vínculo de trabalho a garantia de licença maternidade e tendo em vista que estava presente esse vínculo no início da gestação da impetrante, conforme comprovado nos autos, deve ser mantida a sentença concessiva.
6. Precedentes STF.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Daiana dos Santos Carvalho visando compelir à impetrada a não rescindir o contrato de prestação de serviços, assegurando sua estabilidade provisória, bem como o salário maternidade e as demais garantias e benefícios a que faz jus no respectivo período.

Sustenta a impetrante exercer a atividade remunerada junto ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul, na função de professora temporária do ensino básico técnico e tecnológico, para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público, mediante contrato administrativo, cuja vigência tem sido sucessivamente prorrogada, tendo como termo final a data de 08/02/2014.

Narra a impetrante haver engravidado durante a vigência do aludido contrato e, preocupada com o bem estar de seu filho, pleiteou junto à instituição de ensino a estabilidade provisória de seu contrato de trabalho, a qual se limitou a informar o término do contrato em 08/02/2014.

Notificada, a impetrada prestou informações.

A sentença concedeu a segurança para assegurar a estabilidade da impetrante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, mantendo-se todas as garantias e benefícios a que faria jus em razão o referido negócio jurídico. Reexame necessário na forma da lei.

Em apelação, a instituição de ensino pugnou pela reforma da sentença.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

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

A impetrante celebrou contrato administrativo temporário com a impetrada na função de Professora Temporária do Ensino Básico Técnico e Tecnológico para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público, cujo término dar-se-ia em 08/02/2014.

Em 18 de setembro de 2013, ou seja, na vigência do aludido contrato, a impetrante descobriu-se em estado fisiológico de gravidez, fato a ensejar a estabilidade gestante.

O artigo 11 da Lei 8.745/93 lista taxativamente os direitos do pessoal contratado sob a égide daquela lei e nenhuma menção faz à estabilidade de gestante.

Embora incontestável a condição de servidora temporária da impetrante, devendo regra especial pautar sua relação com a Administração - a consistir na ausência do direito à estabilidade assegurado aos servidores de carreira -, entende-se não poder o ato administrativo contrastar com a determinação constitucional de proteção à maternidade e à própria proteção da saúde da gestante e do nascituro, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1998, o legislador incluiu o direito social de proteção à maternidade (art. 6º, *caput*, da CF/88).

A excepcionalidade da tutela constitucional conferida à maternidade, particularmente à gestante, evidencia-se na vedação à despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", do ADCT - CF/88) e na licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII, da CF/88).

O fato de o vínculo da impetrante com a instituição de ensino ser de natureza temporária, não obsta o direito fundamental de proteção à maternidade, porquanto decorre de norma constitucional.

Como se vê, as disposições constitucionais asseguram a toda mulher com vínculo de trabalho a garantia de licença maternidade e tendo em vista que estava presente o aludido vínculo no início da gestação da impetrante, conforme comprovado nos autos, deve ser mantida a sentença concessiva.

Este fato, aliás, foi objeto de manifestação do Ministério Público Federal, ao assinalar (fls. 78/80):

> Ainda que o artigo 11 da Lei nº 8.745/1993(a qual dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público) não faça qualquer menção à estabilidade da gestante, verifica-se que essa ausência de previsão legal na referida lei não pode contrastar com a determinação constitucional de proteção à maternidade e à própria proteção da saúde da gestante e do nascituro.
> Isso porque, em que pese ter sido a impetrante contratada em caráter temporário, para atendimento de excepcional interesse público, inegável é o seu direito à licença-maternidade, por ser este erigido à categoria de um dos "Direitos e Garantias Fundamentais", situação consentânea com o viés social adotado pela Carta Magna, aqui prestigiado nas disposições que tutelam os direitos do nascituro e da mulher gestante previstos no art. 7º, XVIII, e estendido aos funcionários públicos por força do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, bem como no artigo 10, b, do ADCT. (fls. 78/80)
> Assim, sem dúvida, faz jus a impetrante à licença gestante que a Constituição garante, sem prejuízo do salário, pois à duração por prazo certo do contrato, sobreveio acontecimento natural que a Constituição protege com licença por 120 (cento e vinte) dias, o que não caracteriza uma benesse, mas uma proteção ao nascituro.

A respeito do tema, confiram-se os seguintes arestos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal:

> E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, "b") - CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes.
> - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de

função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b"), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952.
- Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes.
(RE-AgR 634.093, CELSO DE MELLO, STF)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO.
A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento.
(RE 287.905, relator para acórdão JOAQUIM BARBOSA, STF.)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO.
1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE nº 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE nº 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS nº 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AI-AgR 804.574, LUIZ FUX, STF.)

Destarte, evidenciado nos autos ajustar-se a sentença proferida à diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmada na matéria em referência, nada havendo nela a retocar.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0008114-15.2014.4.03.0000 (2014.03.00.008114-8)

Embargante: ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe de Processo: AI 529281
Disponibilização de Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA COLETIVA. ARTIGO 475-O, CPC. LEITOS DE UTI. 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, à luz da legislação aplicável, decidiu expressamente que "as determinações contidas no deferimento do cumprimento provisório de sentença, na antecipação de tutela recursal no agravo de instrumento e na sentença de parcial procedência da ação civil pública, possuem, na sua essencialidade, condenações em obrigação de fazer idênticas, no sentido de impor às rés a internação de pacientes em UTI de unidades de atendimento hospitalar público ou, caso indisponíveis, sua transferência para UTI de hospitais particulares, custeando tal internação, sob pena de multa diária, demonstrando, assim, inexistir a inovação alegada pela agravante na decisão ora impugnada. Cabe ressaltar que a decisão desta Corte, no agravo de instrumento, foi confirmada em sentença, cujo recurso de apelação foi recebido apenas no efeito devolutivo, demonstrando ser legítimo o deferimento da execução provisória da sentença, nos termos do artigo 475-O, CPC".

2. Decidiu o acórdão que "a possibilidade de em eventual execução individual futura serem fixadas astreintes para o descumprimento da mesma obrigação de fazer constante da sentença não constitui escusa para afastar o cumprimento provisório da sentença em pretensão coletiva. Isto porque a alegação de litispendência ou duplicidade no sancionamento por multa diária tem como âmbito adequado o eventual cumprimento de sentença a ser requerido de forma individual, pois somente nesse momento é que se poderá ser caracterizada eventual coincidência entre pedido, causa de pedir e partes, bem como reiteração de multa diária, sob pena de, ao se analisar tal questão em momento anterior, se objetivar a prolação de decisão abstrata com efeitos 'erga omnes'. Nada impede, ademais, que requerido o cumprimento de sentença de forma individualizada, tal pretensão seja adequada a fim de não se caracterizar duplicidade de sanções e medidas objetivadas com o cumprimento de sentença coletivo".

3. Quanto à multa, decidiu o acórdão que "a fixação da multa por descumprimento da

decisão, nos moldes em que efetuada, não se mostra excessiva, pois em consonância com a finalidade de impedir o inadimplemento das obrigações de fazer impostas judicialmente (461, §§, CPC), mormente considerando o objeto da ação, relacionada ao direito fundamental à saúde".

4. 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 458, II do CPC; 5º, I, II, LIV, LV, 93, IX da CF, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios.

5. Para corrigir suposto *error in judicando*, 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.

6. 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, 24 de setembro de 2015.

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 fixação das *astreintes* e o prejuízo ao erário público foram excessivos; *(2)* ausentes as provas quanto à falta de leitos hospitalares na macrorregião de Dourados/MS; *(3)* ausentes as provas quanto à recusa de atendimento municipal; *(4)* houve exorbitância dos limites da coisa julgada, ao impor a transferência imediata para hospital público ou privado de pacientes que necessitem de internação em UTI, sob pena de aplicação de multa-hora no valor de R$1.000,00, a qual consiste em dupla penalidade, tendo em vista as penas de multa advindas das execuções individuais; e *(5)* a imposição de políticas públicas que privilegiem os usuários do SUS localizados na macrorregião de Dourados, em detrimento dos demais, é inconstitucional. Requereu o prequestionamento dos artigos 458, II do CPC; 5º, I, II, LIV, LV, 93, IX 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, à luz da legislação aplicável, decidiu expressamente que "as determinações contidas no deferimento do cumprimento provisório de sentença, na antecipação de tutela recursal no agravo de instrumento e na sentença de parcial procedência da ação civil pública, possuem, na sua essencialidade, condenações em obrigação de fazer idênticas, no sentido de impor às rés a internação de pacientes em UTI de unidades de atendimento hospitalar público ou, caso indisponíveis, sua transferência para UTI de hospitais particulares, custeando tal internação, sob pena de multa diária, demonstrando, assim, inexistir a inovação alegada pela agravante na decisão ora impugnada. Cabe ressaltar que a decisão desta Corte, no agravo de instrumento, foi confirmada em sentença, cujo recurso de apelação foi recebido apenas no efeito devolutivo, demonstrando ser legítimo o deferimento da execução provisória da sentença, nos termos do artigo 475-O, CPC" (f. 575 v/6).

Decidiu o acórdão que "a possibilidade de em eventual execução individual futura serem fixadas astreintes para o descumprimento da mesma obrigação de fazer constante da sentença não constitui escusa para afastar o cumprimento provisório da sentença em pretensão coletiva. Isto porque a alegação de litispendência ou duplicidade no sancionamento por multa diária tem como âmbito adequado o eventual cumprimento de sentença a ser requerido de forma individual, pois somente nesse momento é que se poderá ser caracterizada eventual coincidência entre pedido, causa de pedir e partes, bem como reiteração de multa diária, sob pena de, ao se analisar tal questão em momento anterior, se objetivar a prolação de decisão abstrata com efeitos 'erga omnes'. Nada impede, ademais, que requerido o cumprimento de sentença de forma individualizada, tal pretensão seja adequada a fim de não se caracterizar duplicidade de sanções e medidas objetivadas com o cumprimento de sentença coletivo" (f. 576).

Quanto à multa, decidiu o acórdão que "a fixação da multa por descumprimento da decisão, nos moldes em que efetuada, não se mostra excessiva, pois em consonância com a finalidade de impedir o inadimplemento das obrigações de fazer impostas judicialmente (461, §§, CPC), mormente considerando o objeto da ação, relacionada ao direito fundamental à saúde" (f. 576).

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 458, II do CPC; 5º, I, II, LIV, LV, 93, IX 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 judicando*, 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 LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0016142-05.2014.4.03.6100
(2014.61.00.016142-1)

Agravante: JOSÉ LUIZ TOSCANO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO EM SÃO PAULO - CRECI/SP
Apelado: JOSÉ LUIZ TOSCANO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AMS 356903
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA DA SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CARTEIRA PROFISSIONAL DE CORRETOR DE IMÓVEIS. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. CRECI. CURSO TÉCNICO. COLEGIO LITORAL SUL. INSCRIÇÃO CANCELADA.

I - Observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera 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. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

II - O adicional constitucional de um terço de férias e as férias indenizadas representam verbas indenizatórias conforme posição firmada no Superior Tribunal de Justiça.

III - Lei nº 6.530/1978, em seu artigo 2º, prevê o principal requisito para o exercício da profissão de corretor de imóveis.

IV - A autorização para funcionamento de curso regular (no caso, o curso Técnico em Transações Imobiliárias) é de competência da Secretaria da Educação, a quem também compete fiscalizar as escolas que mantêm esses cursos.

V - A Portaria do Coordenador de Gestão da Educação Básica, da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, publicada em 15/07/2014, dispôs a respeito do cancelamento da inscrição do impetrante junto ao CRECI, tendo o impetrante sido notificado para a devolução da sua carteira profissional de corretor de imóveis e do cartão anual de regularidade profissional - CARP (fl. 31).

VI - Com efeito, consolidada a jurisprudência no sentido de que a declaração de nulidade dos atos escolares, referentes à habilitação profissional de curso técnico, vincula o conselho de classe ao cancelamento do registro concedido anteriormente.

VII - Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de outubro de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto por José Luiz Toscano, contra decisão monocrática que deu provimento à apelação e à remessa oficial para o fim de denegar a segurança, nos autos do mandado de segurança impetrado pela agravante objetivando a suspensão do ato de cancelamento de sua inscrição perante o Conselho Regional de Corretores de Imóveis - CRECI/SP.

A parte impetrante agrava pedindo a reconsideração do julgado, arguindo que o cancelamento da inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região, foi praticado sem a observância do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, bem como normas procedimentais administrativas em curso (comissão de verificação de vida escolar do aluno pela Diretoria de Educação da Região de São Vicente), ou que se leve o feito em mesa.

Apresentado o feito em mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, inciso I, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

De início, observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera 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. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

A r. decisão agravada decidiu o seguinte:

> (...) O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e 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.
É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".
"Na categoria dos writs constitucionais constitui direito instrumental sumário à tutela dos direitos subjetivos incontestáveis contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". (Diomar Ackel Filho, *in* Writs Constitucionais, Ed Saraiva, 1988, pág 59).
A objetividade jurídica do Mandado de Segurança está ligada ao resguardo de direitos lesados ou ameaçados por atos ou omissões de autoridades ou seus delegados, quando não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*.
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).
A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, XIII, que:
"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
A Lei nº 6.530/1978, em seu artigo 2º, prevê o principal requisito para o exercício da profissão de corretor de imóveis:
"Art. 2º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias".
Por sua vez, a autorização para funcionamento de curso regular (no caso, o curso de Técnico em Transações Imobiliárias) é de competência exclusiva da Secretaria de Educação, a quem também compete fiscalizar as escolas que mantêm esses cursos.
Na espécie, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo deferiu, a inscrição do apelante, por ter concluído em 16/11/2010, o curso de Técnico em Transações Imobiliárias, no Colégio Litoral Sul - COLISUL, conforme diploma expedido (f. 24/24vº).
No entanto, a Portaria do Coordenador de Gestão da Educação Básica, da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, publicada em 15/07/2014, dispôs que:
"Artigo 1º. Fica determinada a cassação de funcionamento do Colégio Litoral Sul - Colisul, localizado na Rua Joaquim Meira, 30,4, Centro, Itanhaém, São Paulo, mantido por APE Associação de Pesquisa Educacional, CNPJ/MF nº 08.797.469/0001-05, com fundamento no artigo 16 da Deliberação CEE nº 1/99, alterada pela Deliberação CEE nº 10/2000, tornando sem efeito os atos praticados no período das irregularidades e cessando por consequência os respectivos atos de autorização de cursos:
* Técnico em Transações Imobiliárias (presencial) Técnico em Segurança do Trabalho, Técnico em Contabilidade, Técnico em Meio Ambiente, autorizado a funcionar por Portaria publicada em DOE de 24/12/2008.
[...]
* Técnico em Transações Imobiliárias - modalidade à distância, autorizado a funcionar por Portaria CEE/GP 433, publicada em DOE de 19/12/2008, conforme Deliberação CEE nº 41/2004 e Parecer CEE nº 479/2009.
Artigo 2º Compete à Diretoria de Ensino da Região de São Vicente:
I - Verificação de todos os alunos que se encontravam matriculados ou que já concluíram os cursos mantidos pelo estabelecimento em tela, conforme o caso, através do Núcleo de Gestão da Rede de Demanda Escolar e Matrícula - NGREM/NVE da DER São Vicente.
[...]"
Nesse passo, tornados sem efeito os atos praticados pela entidade de ensino, devido à decisão da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, foi determinado, em 15/07/2014, o can-

celamento da inscrição do impetrante junto ao CRECI, tendo o impetrante sido notificado para a devolução da sua carteira profissional de corretor de imóveis e do cartão anual de regularidade profissional - CARP (fl. 31).
Portanto, o ato impugnado apenas atendeu às determinações contidas na Portaria da Secretaria da Educação.
Com efeito, consolidada a jurisprudência firme no sentido de que a declaração de nulidade dos atos escolares, referentes à habilitação profissional de curso técnico, vincula o conselho de classe ao cancelamento do registro concedido anteriormente:
AMS 0643089-97.1984.4.03.6100, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 17/06/2005:
"ADMINISTRATIVO. CURSO DE TÉCNICO EM CONTABILIDADE. NULIDADE DE DIPLOMA DECLARADA POR ÓRGÃO COMPETENTE. CANCELAMENTO DO REGISTRO ANTERIORMENTE CONCEDIDO PELO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL CORRESPONDENTE. LEGALIDADE.
1. A declaração de nulidade dos atos escolares, referentes à habilitação profissional de Técnico em Contabilidade, por órgão competente, obriga o Conselho Regional de Contabilidade a cancelar o registro anteriormente concedido, uma vez que a condição para o exercício legal da profissão de contabilista é portar diploma legalmente registrado no Ministério da Educação e Cultura.
2. Apelação e remessa oficial providas para o fim de denegar a ordem."
REO 2013.50.01.009250-1, Rel. Des. Fed. VERA LUCIA LIMA, E-DJF2R de 10/09/2014:
"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESPÍRITO SANTO. REGISTRO PROFISSIONAL PROVISÓRIO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.
- Conforme previsto no art. 2º da Lei nº 5.517/68, que regulamenta o exercício da profissão de médico-veterinário, 'só é permitido o exercício da profissão de médico veterinário aos portadores de diplomas expedidos por escolas oficiais ou reconhecidas e registradas na Diretoria do Ensino Superior do Ministério da Educação e Cultura'.
- Todavia, não se mostra razoável que o Impetrante fique sem inscrição junto à autarquia profissional competente, por culpa exclusiva de terceiros. A morosidade da expedição do diploma não pode resultar prejuízos ao exercício da profissão para a qual o Impetrante se encontra legalmente habilitado, sob pena de afronta ao art. 5º, inciso XIII, da Carta da República, que garante o livre exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.
- Deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança para determinar que o CRMV/ES promova a inscrição provisória do Impetrante nos seus quadros, independentemente da apresentação do diploma de graduação, bastando, para tanto, a apresentação do certificado de conclusão do curso superior expedido pela instituição de ensino, além dos demais documentos inerentes a tal registro, ressaltando, todavia, a possibilidade de cancelamento da inscrição se o aludido documento não for apresentado dentro do prazo de validade do registro provisório.
- Remessa desprovida."
Ressalte-se, ademais, que, em atenção ao artigo 2º, I, da Portaria publicada em 15/07/2014, foi oficiado ao impetrante a possibilidade de regularização do Curso de Técnico em Transações Imobiliárias, mediante chamamento para exame de regularização de vida escolar de alunos de escola/cursos cassados (dez/2011 - fls. 39/42).

Estabelecidas tais premissas, resta evidente que, no caso concreto, o apontado ato da autoridade pública constitui ato ilegal a ferir o direito líquido e certo da impetrante assim entendido como aquele praticado em contradição com os elementos norteadores da vinculação à norma.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que a Administração Pública, no exercício de suas funções, não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela lei, sob

o risco de subverter os fins que disciplinam o desempenho da função estatal. Deve, isto sim, buscar nos diplomas legais superiores o fundamento de validade para legitimar a prática de seus atos.

No presente feito, a matéria em síntese mereceu nova apreciação deste MM. Órgão Judiciário, em face da permissão contida no artigo 131 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, e que impõe ao julgador o poder-dever. O poder no que concerne à liberdade de que dispõe para valorar a prova e o dever de fundamentar a sua decisão, ou seja, a razão de seu conhecimento.

Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

Conclui-se, das linhas antes destacadas, que a decisão monocrática observou os limites objetivamente definidos no referido dispositivo processual.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0029546-46.2002.4.03.6100
(2002.61.00.029546-0)

Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: DEUZEDIR MARTINS, CATARINA FERRAZ BLASSIOLI E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AC 1495560
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. FAUNA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. FORMALIZAÇÃO DE ACORDO. POSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES PELOS DNIT E DER/SP NO SENTIDO DE EVITAR ATROLAMENTO DE ANIMAIS SILVESTRES ENTRE OS QUILÔMETROS 72 E 75 DA RODOVIA FERNÃO DIAS. HOMOLOGADO POSTERIOR COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS. NÃO CONFIGURADA. NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO POR PARTE DO DER/SP. ALEGAÇÃO DE INEXEQUIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES. NÃO SUBSISTENTE. PERDA DE OBJETO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANSMUTAÇÃO DE LIMINAR EM SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. CABIMENTO. OFENSA AO PACTO FEDERATIVO. NÃO OCORRÊNCIA.

1 - Válido e eficaz o acordo ajustado na audiência de conciliação, porque agiliza a tomada de providências nessa área sensível que é a ambiental, notadamente no caso em que animais silvestres são atropelados ao cruzar a Rodovia Fernão Dias nos quilômetros 72 a 75, por ausência de alambrados e passarelas para a fauna.

2 - O DNIT E O DER/SP são partes legítimas e solidárias para figurar no polo passivo da ação, mormente quando o primeiro concedeu a execução da duplicação da rodovia à autarquia estadual e ficou, por imposição legal, com a responsabilidade fiscalizatória.

3 - O fato de a autoestrada ter sido concedida, em maio de 2008, à empresa privada não exime o DER/SP e o DNIT do cumprimento do ajustado em 2003, porque ambos têm o dever constitucional e legal de proteger o meio ambiente e preservar as florestas, fauna e flora, que é uma tarefa comum a todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

4 - As obrigações assumidas pelo DER/SP resumem-se a estudos ambientais, os quais não sofreram qualquer limitação com a concessão da rodovia. Quanto ao acréscimo do alambrado de dois para três metros, as providências devem ser tomadas pelos réus junto à concessionária, se é que já não tenha sido objeto da concessão, dado que o problema já era evidente em 2003 e a assunção da rodovia pela empresa privada deu-se em 2008.

5 - Não há que se falar em invalidade do processo, na medida em que a autarquia estadual esteve devidamente representada na audiência e o acordo foi firmado pela Procuradora estadual, pelo Superintendente do DER/SP e demais participantes, com

a concordância do autor da ação. A Emenda Constitucional Estadual nº 19/2004, que determina a submissão do teor do acordo à avaliação do Procurador Geral do Estado, é inaplicável ao caso, porquanto promulgada após a data da audiência de conciliação.
6 - A suposição do recorrente de que a expedição da licença posterior (de operação) revalida a anterior (de instalação), mesmo que houvesse vícios ou irregularidades, não encontra suporte na legislação ambiental, de modo que não há esvaziamento da ação.
7 - A homologação do acordo, ainda que tempo depois de firmado, nada mais fez do que por fim a uma ação que, com a inquestionável concordância das partes, nenhum outro conflito de interesse restava nos autos. Se as partes deliberaram livremente sobre o acordo, inexiste transgressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
8 - Se todo o objeto da pretensão do autor foi obtido com a assunção unilateral de obrigações pelos réus, não há que se falar em renúncia ou indisponibilidade do objeto pelo *Parquet*.
9 - Também não incorreu o Magistrado em violação à preclusão *pro judicato*, na medida em que, constatado que o acordo firmado havia exaurido a pretensão resistida, reconheceu, por sentença, os termos ajustados entre as partes, já que desnecessária qualquer nova manifestação judicial.
10 - A Carta Magna e a legislação ambiental atribuem aos quatro entes da federação competência comum para que possam exercer sem qualquer relação de hierarquia, mediante uma relação de cooperação, a proteção do meio ambiente e a preservação das florestas, fauna e flora, de modo que não há respaldo para a alegação de afronta ao pacto federativo.
11 - Matéria preliminar rejeitada e agravos retidos e apelações não providos.
12 - Deve ser retificada a autuação para excluir os indicados como réus e sucedido, à vista do desmembramento da ação de improbidade administrativa, determinado pelo juízo *a quo*.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelações interpostas pelos Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes - DNIT (fls. 2203/2214) e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER/SP (fls. 2094/2130, ratificada e reiterada às fls. 2163/2200), contra sentença (fl. 2056) proferida nestes autos de ação civil pública, que homologou o acordo noticiado às fls. 176/177 e julgou extinto o feito com julgamento de mérito nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil. Embargos de declaração opostos pelos apelantes (DNIT - fls. 2136/2144 e

DER/SP - fls. 2145/2151 e 2070/2077) foram conhecidos, porém rejeitados (fls. 2078/2080 e 2156/2157).

Trata-se de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, com pedido de liminar, cumulada com improbidade administrativa, contra o DNIT e seu coordenador Deuzedir Martins, bem como em relação ao DER/SP e seu então Superintendente Pedro Ricardo F. Blassioli, motivada pelo atropelamento de uma onça parda na Rodovia Fernão Dias (BR 381/SP). O objetivo do autor cinge-se, em síntese, entre outros, que fossem tomadas diversas providências relacionadas ao cercamento de trechos da mencionada via entre os quilômetros 72 e 75, de modo a proteger a fauna local e desenvolvidos estudos ambientais tidos por necessários, bem como a condenação das rés estatais ao pagamento de um programa de monitoramento da "onça-parda", espécie ameaçada de extinção, pelo período de cinco anos. Em relação às rés, pessoas físicas, requereu fossem condenadas às penalidades previstas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa).

Às fls. 176/177, termo de audiência de conciliação realizada em 27.02.2003, na qual as partes chegaram a um acordo sobre as providências a serem tomadas pelos réus DNIT e DER/SP e, na sequência, o Juízo deferiu liminar referente ao ajustado e suspendeu a ação de improbidade administrativa em relação às pessoas físicas.

A partir da fl. 182 dos autos, *teve início a execução do acordo*, que se desenvolveu sob balizas determinadas pelo Juízo *a quo* e se prolongou por mais de cinco anos.

Não obstante o andamento do cumprimento do avençado, apresentaram contestações Deuzedir Martins (fls. 346/362 e docs. 363/484) e o DNIT (fls. 485/504 e docs. 505/628), as quais foram replicadas pelo MPF (fls. 632/638).

Às fls. 1015/1016, o advogado Alexandre Frayse David informou o falecimento do réu Pedro Ricardo Frissina Blassioli, ocorrido em 06.09.2004, conforme certidão de óbito (fl. 1083), e, em razão disso, requereu sua exclusão da lide, já que ainda não havia sido constituída a ação contra ele (não houve citação).

Decisão de fls. 1658/1660 habilitou os herdeiros do falecido e determinou o desmembramento do processo para que fosse separada destes autos a ação de improbidade administrativa. A nova ação tramitou sob o nº 0024705-95.2008.4.03.6100 perante a 4ª Vara Cível Federal em São Paulo.

Contra a decisão de desmembramento, o DER/SP opôs embargos de declaração (fls. 1848/1854), os quais foram conhecidos, porém rejeitados.

Com pedido de ilegitimidade passiva para figurarem na lide, os réus DNIT (fls. 1949/1956) e DER/SP (1868/1877) interpuseram agravos retidos, sob argumentação de que a Rodovia Fernão Dias foi concedida à iniciativa privada, consoante contrato firmado em 14.02.2008 e, portanto, transmitiu-se à concessionária o dever de cumprir as condicionantes nele estipuladas e demais normas ambientais aplicáveis.

À fl. 2056, foi proferida sentença, na qual foi homologado o acordo firmado na audiência de conciliação (fls. 176/177) e julgado extinto o processo com resolução do mérito nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil.

Opostos embargos de declaração pelos DER/SP (fls. 2070/2077 e 2136/2144) e DNIT (fls. 2136/2144), os quais foram conhecidos, mas rejeitados (fls. 2078/2080 e 2156/2157).

Interpostas apelações pelos DNIT e DER/SP, nas quais, em síntese, foram apresentadas as seguintes razões:

1) o DNIT (fls. 2203/2214), inconformado com o teor da sentença, reiterou os termos do

agravo retido e reafirmou no apelo sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que atualmente a Rodovia Fernão Dias é explorada por empresa privada concessionária de serviço público, a quem cabe arcar, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.987/95, com o passivo ambiental, consoante disposto no edital de concessão.

2) o DER/SP também insurgiu-se contra a sentença (fls. 2094/2130 e reiteração às fls. 2163/2200). Postulou, preliminarmente, apreciação do agravo retido interposto contra a decisão de fls. 1868/1877, para dar-lhe provimento e excluir a autarquia estadual do polo passivo da demanda, nos termos dos artigos 7º e 522 do CPC, bem como dos artigos 124, 137, 166 e 248 do Código Civil. Caso não acolhida a pretensão, requereu fosse provido o apelo para reconhecer a nulidade da sentença que transformou a liminar (medida provisória e condicional) em sentença, sem considerar a alteração fático-jurídica e sem respeitar o devido processo legal em evidente cerceamento do direito de defesa da apelante. Requereu, por fim, o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento. De suas razões, destacam-se:

i) fatos supervenientes tornaram sua ilegitimidade explícita: a) a expiração do convênio que firmara anteriormente com o extinto DNER [atual DNIT]; b) a assunção das atividades da rodovia por concessionária privada, a partir de maio de 2008; e c) a concessão de licença de operação para a rodovia retira não apenas a sua participação na lide como faz com que a ação perca completamente seu objeto;

ii) o contrato de concessão obriga a concessionária a assumir o passivo ambiental e determina que todas as licenças e estudos ambientais do trecho federal concedido fiquem a seu cargo (cláusulas 5.29 e 5.33 do Edital de Licitação);

iii) a liminar tem caráter provisório e pode ser revogada, mas não convolada em sentença. Também não é possível tal transformação quando lhe faltam os seus requisitos: a) não houve transação; b) o objeto da ação é indisponível, de modo que os entes sequer poderiam transacionar; c) a homologação se deu contra a vontade das partes; d) tal como homologado, o acordo é inexequível, porquanto o apelante está impossibilitado de executar qualquer obra em bem público federal;

iv) a sentença proferida pressupôs transação que não houve, dado que o Superintendente do DER/SP não tinha poderes para representar a autarquia em juízo e, ademais, o ajustado deveria ter sido submetido a representação de vontade da autarquia ao Procurador Geral do Estado, posto que somente ele e o Governador do Estado têm a prerrogativa de firmar ou confirmar as transações levadas a termo, judicialmente, pelo Estado e por suas autarquias;

v) a interrupção abrupta do *iter* processual, ao transformar a liminar com nítido caráter assecuratório cautelar em medida definitiva, violou disposições expressas do código de processo e em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal (CF, art. 5º LIV e LV), bem como da segurança jurídica, razão pela qual a sentença deve ser declarada nula;

vi) tal como lançada, a sentença apelada também nega vigência à norma insculpida no artigo 471 do CPC (não se decidirá novamente questões já decididas);

vii) o Código Civil deixa claro que as obrigações que se tornam impossíveis são, por esse fato, inexequíveis, consoante dispõem os seus artigos 124, 137, 166, II e 248;

viii) houve também violação ao pacto federativo, porque, além de impor obrigação impossível ao apelante, exige-se-lhe que execute obras e zele pela operação de bem público federal, com exploração concedida à iniciativa privada;

ix) evidente também a nulidade do *decisum*, porquanto, sem determinação para citação

dos réus, foi feita oitiva, na qual foram entabulados acertamentos que culminaram com o deferimento de liminar e, posteriormente, transformada em sentença de mérito. A ausência de citação frustrou a legítima expectativa das partes de contestarem o feito.

As apelações foram recebidas em seus efeitos legais (fls. 2132 e 2215).

Em contrarrazões, o MPF (fls. 2219/2229) contraditou as apelações e destacou a inexistência de motivos ensejadores para a reforma da sentença proferida.

Remetidos os autos esta corte, O MPF ofereceu parecer na qualidade de *custos legis* e opinou no sentido de que fossem desprovidas as apelações e mantida a sentença (fls. 2234/2241).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Inicialmente, anoto que a cumulação de demandas apresentada na inicial foi desfeita pela decisão de fls. 1658/1660, na qual o Juízo *a quo* determinou o desmembramento do feito, para que ação de improbidade administrativa em relação aos réus Deuzedir Martins e Pedro Ricardo F. Blassioli corresse em autos separados. A presente ação prosseguiu somente contra o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes - DNIT e o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de São Paulo - DER/SP.

De outra parte, a matéria tratada nos agravos retidos, referente à alegada ilegitimidade passiva superveniente dos réus, foi reiterada nas apelações, razão pela qual será examinada conjuntamente.

I - Da controvérsia estabelecida nestes autos

A ação civil pública proposta pelo *Parquet* federal, em 18.12.2002, cinge-se a obter medidas de proteção à fauna silvestre entre os quilômetros 72 e 75 da Rodovia Fernão Dias, em razão das obras de sua duplicação, à época, a cargo do DER/SP e DNIT.

À fl. 108, despacho do Juízo *a quo* que, pela complexidade da causa e para assegurar ampla eficácia da decisão a ser proferida, designou audiência de conciliação e determinou a intimação das partes, com fulcro no permissivo do artigo 125, inciso IV, do CPC.

Realizada na data de 27.02.2003, restou frutífera com a formalização de acordo entre as partes, bem como deferida liminar e a suspensão da ação de improbidade administrativa em razão do ajustamento (fls. 176/177).

O termo de audiência tem o seguinte teor:

> TERMO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO
> Aos vinte e sete dias do mês de fevereiro de dois mil e três, às quinze horas, na Capital do Estado de São Paulo, na sala de audiências da 4ª Vara, onde se encontrava o MM. Juiz Federal, Dr. AROLDO JOSÉ WASHINGTON, comigo técnica judiciária a seu cargo, foi aberta a presente audiência de CONCILIAÇÃO, nos autos da Ação Civil Pública nº 2002.61.00.029546-0, em que são partes MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES, DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO, DEUZEDIR MARTINS E PEDRO RICARDO F. BLASSIOLI. Apregoadas as partes pelo senhor oficial de justiça de plantão, compareceram a Procuradora

da República, Dra. Inês Regina Prado Soares, a Bióloga, Analista Pericial do MPF, Sra. Sandra Dias Costa, registro funcional nº 6259-6, o representante do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, Procurador Federal, Dr. Paulo de Tarso Freitas, OAB nº 88639/SP, a representante do Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de São Paulo - DER, Procuradora, Dra. Glória Maria Teixeira, OAB nº 76424/SP, engenheiro do DER, Sr. Urbano Alencar Machado, registro funcional nº 500077, Sr. Deuzedir Martins, Coordenador da 8ª UNIT/DNIT, portador do RG nº 5.898.542-SSP/SP, Sr. Pedro Ricardo Frissina Blassioli, Superintendente do DER do Estado SP, portador do RG nº 3.603.597-SSP/SP e seu advogado Dr. Alexandre David, OAB nº 160.614/SP.

ABERTOS OS TRABALHOS, dada a palavra ao MM. Juiz pelo mesmo foi dito que: após discussão com as partes, possibilitando amplo debate sobre o ponto em relação a cerca de três metros, chegou-se ao acordo do seguinte: continua em pleno vigor a licitação da empresa contratada, vencedora da mesma, Agrícola Comercial e Construtora Monte Azul Ltda. para em face do cercamento com tela de alambrado, em ambos os lados da pista, entre os quilômetros 72 e 75 da Rodovia Fernão Dias. Como na licitação ficou acertado que o cercamento teria dois metros de altura, e face a natureza ambiental a ser protegida o ideal nos termos da inicial é de três metros, fica acordado que o DER providenciará junto à empresa vencedora a complementação para três metros sendo este último metro revestido de metal liso, tipo folha de flandres, e face o caráter urgente da obra, já tendo esta empresa vencedora da licitação provado sua idoneidade, fica dispensada a licitação, por determinação judicial, para efetivo cumprimento da obra em questão. Fica estabelecido o prazo de noventa dias a partir desta data para o término da obra, salvo motivo de força maior explicado minuciosamente em Juízo, sob pena de multa diária a ser fixada pelo Juízo.

Em relação ao ponto 2 de fls. 17 o MPF se compromete a apresentar o desenho específico (as especificações técnicas), em Juízo, em trinta dias, para que o DER providencie o orçamento do custo da obra, em quinze dias, e após, o Juízo decidirá e providenciará meios e mecanismos jurídicos para implementação da obra.

Em relação ao ponto 3 de fls. 17 se compromete o DNIT, a fazer quatro placas de sinalização, duas na ida e duas na volta, sendo uma no quilômetro antes do trecho do quilômetro 72 e outra no quilômetro 72 na ida, o mesmo se sucedendo na volta, com os dizeres: CUIDADO TRAVESSIA DE ANIMAIS, ficando à cargo do Sr. Coordenador do DNIT a feitura das placas. Deverá as placas estarem no local em trinta dias a contar do dia 05 de março deste ano, devendo ainda o Sr. Coordenador apresentar nos autos a prova da realização das placas em quarenta e cinco dias.

Em relação ao ponto 4 de fls. 17 fica estabelecido o prazo de trinta dias para que o DER apresente resposta oriunda da Secretaria do Meio Ambiente e proposta de elaboração deste plano. No mesmo sentido, em relação ao ponto 5 de fls. 18, fixado prazo de trinta dias para que o DER dê uma resposta sobre a proposta de estudo de fauna silvestre, devendo apresentar minuta de edital de licitação, bem como ordenação de despesas, caso a Secretaria do Meio Ambiente não esteja capacitada para fazer essa assessoria ambiental.

Por estarem as partes assim acordadas, *defiro a liminar* requerida nos termos acima propostos, e suspendo por ora a ação de improbidade administrativa, face ao acordo formulado, suspensão esta que durará até a ocorrência de fato superveniente, e descumprimento da liminar agora concedida. Nada mais. Lido e achado conforme, vai devidamente assinado. (destaques do original)

A partir do ajuste, a execução prosseguiu por mais de cinco anos, até que o Juízo *a quo*, em 03.03.20008, revogou a decisão que havia suspenso o andamento da ação de improbidade administrativa e determinou o seu desmembramento (fls. 1658/1660), a qual foi distribuída sob o nº 0024705-95.2008.4.03.6100 à 4ª Vara Cível Federal em São Paulo.

Posteriormente, à fl. 2056, ao entendimento de que teria ocorrido verdadeira transação,

o Juízo *a quo* homologou, por sentença, o acordo e extinguiu o feito com resolução do mérito, assim expressa:

> Vistos.
> Chamo o feito à ordem.
> Com razão o DNER em sua petição de fls. 1838/1847, no que diz respeito à ocorrência de uma verdadeira transação na audiência realizada em 17 de fevereiro de 2003.
> Naquela época, por equívoco, não houve a devida homologação da transação, mas o teor da audiência denota que efetivamente houve transação entre as partes. Não deveria o feito ter continuado a tramitar apenas para fiscalizar as medidas relativas à liminar. Havendo acordo entre as partes o caso é de clara intenção de colocar fim à lide.
> Dessa forma, desnecessária a realização de audiência, revogo o item 3 da decisão de fls. 1649.
> Ante o exposto, homologo, por sentença, para que produza seus legais e jurídicos efeitos, o acordo noticiado às fls. 176/177 e julgo extinto o feito com julgamento do mérito nos termos do artigo 269, III do Código de Processo Civil.
> P.R.I.
> São Paulo, 8 de outubro de 2008. (fl. 2056)

Feito esse breve escorço, passo ao exame dos recursos interpostos pelos DNIT e DER/SP.

II - Da alegação de ilegitimidade passiva dos réus

O DER/SP enfatizou sua ilegitimidade passiva superveniente, porquanto, com a concessão da exploração da Rodovia Fernão Dias, em maio de 2008, à empresa privada, expirou-se o convênio que mantinha com o DNIT, de modo que o fato novo impossibilitou-lhe de qualquer atuação naquela via federal, ou seja, tornou-se impossível o cumprimento da obrigação de fazer.

O DNIT também busca sua exclusão da lide ao argumento de que atualmente a rodovia é explorada por empresa privada, a quem caberia assumir o passivo ambiental, conforme legislação pertinente e previsto nas regras do edital de licitação da autoestrada.

Sem razão os agravantes/apelantes. A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de efetivar o exercício ao meio ambiente sadio, estabeleceu *uma gama de incumbências para o poder público* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), arroladas nos incisos I a VII do § 1º do artigo 225. No que se refere aos animais, sobre os quais já dispunha a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67, alterada pela Lei nº 7.653/88), passaram a contar também com a garantia constitucional, notadamente o contido no inciso VII do artigo mencionado, *verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, *incumbe ao Poder Público*:
> (...).
> VII - *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.*

Como se vê, não há como afastar os entes estatais dessa incumbência. No que se refere à relação entre a rodovia e a fauna silvestre, há dois impactos principais: a perda de espécies por atropelamento e a real possibilidade de risco à segurança do usuário, razão pela qual não é possível o poder público (DNIT e DER/SP) se escusar do dever imposto pelas Carta Magna e legislação infraconstitucional.

À vista de que a fauna é elemento componente do meio ambiente, constitucionalmente

protegido, assim como pela legislação ordinária, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (nº 6.938/81), no seu artigo 2º, inciso I, reconhece o meio ambiente como: "patrimônio público, a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo", sobressai novamente o dever ínsito e a responsabilidade dos entes públicos, no caso o DER/SP e o DNIT, pelas atribuições que lhes são conferidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ressalte-se, por outro lado, que aquele que, por negligência com o dever de preservar e defender o meio ambiente ou que provoque ato lesivo à natureza, será responsabilizado pela sua ação ou omissão, como estabelece o § 3º do artigo 225 da Carta Magna: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Já o inciso IV do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 estabelece que o agente causador do dano ambiental, direto ou indiretamente, será sempre legitimado passivo para responder pela irregularidade. Se causado por mais de um, serão eles responsabilizados solidariamente. Ressalte-se que o termo "poluidor" empregado na norma tem o sentido genérico de indicar aquele que, por ação ou omissão, causou algum impacto negativo sobre o meio ambiente.

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

> (...).
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.
> (...).

Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada (REsp 1.071.741).

Restou claro nos autos que o atropelamento de animais na rodovia ocorreu durante a execução da obra de duplicação a cargo do DER/SP. Também não é suficiente para afastar sua responsabilidade a alegação de que expirou o Convênio PG-0037/93-04 com a assunção da autoestrada pela concessionária privada. Ambos, DER/SP e DNIT, são solidariamente responsáveis pela degradação ambiental ocorrida, dado que a autarquia estadual como executora deveria ter zelado para evitar os atropelamentos e a federal negligenciou na tarefa fiscalizatória que lhe cabia por força do artigo 3º da Lei nº 8.987/90, *verbis*:

> Art. 3º. As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Pelo convênio firmado em 04.04.1998, entabulado entre o delegante DNER [atual DNIT] e o delegado DER/SP, intervenientes são a União, pelos Ministérios dos Transportes e da Fazenda, e o Estado de São Paulo por meio de seu governo e da Secretaria dos Transportes. Estabeleceu-se uma execução conjunta por parte dos convenentes da duplicação da Rodovia BR-381, no trecho compreendido entre a divisa entre São Paulo/Minas ao entroncamento da Rodovia BR 116. A autarquia estadual assumiu o encargo referente à execução das obras pertinentes, ao passo que a entidade federal ficou com a operação da rodovia e o repasse de verbas.

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, sobressai a responsabilidade solidária entre os réus. O DER/SP como executor das obras e o DNIT por ineficiência na fiscalização no cumprimento do acordado são causadores direta e indiretamente pelos danos

ambientais. A omissão do órgão federal foi flagrante, mormente quando deixou de tomar providências protetivas aos animais silvestres, ainda que soubesse que não havia passagem segura para eles nas áreas em que a rodovia cruza seu *habitat* natural.

Restou evidente que os réus, em razão de suas omissões no tocante à execução e fiscalização do empreendimento, sem que fossem tomadas as medidas preventivas descritas na inicial, concorreram para a concretização dos danos ambientais referidos na inicial, razão pela qual estão legitimados para figurar no polo passivo da ação.

Nesse sentido, destaca-se o ensinamento de Édis Milaré, citado pela Procuradora da República em sua contrarrazões, *verbis*:

> O Poder Público poderá sempre figurar no polo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será, ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. A propósito, vale lembrar que o Constituinte Federal impôs ao Poder Público o dever de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. (MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, p. 426.

A jurisprudência não destoa desse entendimento, confira-se no seguinte aresto:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.
> I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.
> II - *Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário do serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.* (sublinhei)
> (STJ, 2ª Turma, REsp 28.222, Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJU 15.10.2001, p. 253).

Destarte, o DER/SP e o DNIT devem ser mantidos no polo passivo da ação.

III - Da alegada inexequibilidade da obrigação pelo DER/SP

O DER/SP sustentou a impossibilidade de execução das obrigações acordadas, ao argumento de que fato superveniente consistente na concessão da Rodovia Fernão Dias à iniciativa privada, em maio de 2008, pôs termo ao Convênio PG-037/93-04 que firmara com o DNER

[atual DNIT], em 1998, de modo que, por força dos artigos 124, 137, 166, inciso II, e 248 do Código Civil, deverão ser declaradas extintas.

Inicialmente, reproduzo as obrigações assumidas pelo DER/SP na referida audiência de conciliação:

- a complementação do alambrado entre os quilômetros 72 e 75 da rodovia para 3 (três) metros, com dispensa judicial de licitação (consta que o cercamento de 2 (dois) metros de altura, previsto anteriormente, já estava em fase adiantada de construção);

- apresentação de orçamento do custo de passarelas para a travessia segura de animais na pista, conforme indicação do MPF;

- apresentação de plano de proteção à fauna, com estrutura de resgate de animais feridos, bem como proposta de estudo de impacto em relação aos ecossistemas naturais.

Justificou a não efetivação das obrigações assumidas pela não apresentação pelo MPF dos croquis das passarelas, o não oferecimento de complementação financeira para o aumento da altura do alambrado pela União e o DNIT, bem como entraves orçamentários impediram a apresentação dos estudos que lhe competiam, além de que a concessão da autoestrada à iniciativa privada privou-lhe definitivamente de cumprir o compromisso assumido.

A legislação trazida a lume pelo DER/SP, toda do Código Civil/2002, não é apta a afastar o compromisso que assumira, consoante se verifica a seguir:

i) o artigo 124/CC-02 assim dispõe: "Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível". Ocorre que a impossibilidade material de cumprimento de uma obrigação só se configura perante circunstâncias fáticas efetivamente instransponíveis, o que não é o caso dos autos, mormente quando se sabe que permanece o substrato que deu origem à presente ação civil pública, ou seja, os animais, os ecossistemas naturais e a Rodovia Fernão Dias com os problemas apontados estão à espera das providências prometidas;

ii) o artigo 137/CC-02 tem a seguinte redação: "Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo de constituir motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico". Também inaplicável, porquanto o acordo apresentado ao Juízo *a quo* é licito e possível de execução por aqueles que o propuseram;

iii) o artigo 166, inciso II, /CC-02 reza que: "É nulo o negócio jurídico quando: I - (...); II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (...)". Não se trata de acordo nulo, dado que tem conteúdo lícito, não é impossível sua execução e absolutamente determinado seu objeto. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem esse artigo, remetem ao 106, o qual cito: "A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado". O apelante equivoca-se ao alegar que se trata de *impossibilidade absoluta superveniente* por não mais atuar na Rodovia Fernão Dias, já que concedida à empresa privada, porque a *impossibilidade é apenas relativa*, de modo que não invalida o acordo pactuado. Não obstante tratar-se de rodovia federal, cuja operacionalidade foi concedida à empresa privada, não se pode olvidar, todavia, que o governo do Estado de São Paulo, ao qual pertence o DER/SP, tem responsabilidade legal e constitucional com o meio ambiente e é seu dever cumprir a parte do acordo que lhe competia, como o "plano de proteção à fauna, com estrutura de resgate de animais feridos, bem como proposta de estudo de impacto em relação aos ecossistemas naturais", já que essas obrigações independem da concessão ocorrida, bem como acionar os órgãos próprios para que executem as demais obrigações, em relação às quais existe solidariedade, quais sejam: a complementação do alambrado e passarelas para a travessia segura de animais,

nos quilômetros 72 a 75 da rodovia. Há também clara responsabilidade do DNIT, partícipe do acordo, porquanto, com a concessão da rodovia, tais tarefas já deveriam ter tido uma adequada solução, considerado que a ação teve início em 2003 e a concessão ocorreu somente em 2008;

iv) o artigo 248/CC-02 estabelece que: "Se a prestação do fato tornar-se impossível e sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos". Dispositivo claramente inaplicável ao caso, porque, como já demonstrado anteriormente, não se trata de obrigações impossíveis nem mesmo pelo fato superveniente.

Em suma, não restou comprovada a impossibilidade de execução das obrigações a que o DER/SP se comprometera nos autos. As disposições constantes do acordo firmado na audiência, em 27.02.2003, vincularam as partes que o propuseram, de modo que, se inexiste *impossibilidade material* para o seu cumprimento, não há que se falar em sua inexequibilidade. Caberá ao DER/SP cumprir a sua parte, como membro do governo do Estado de São Paulo, no que se refere à proteção do meio ambiente e o DNIT, coadjuvado pelo DER/SP, verificar se havia previsão de passarelas e aumento da altura da cerca no contrato de concessão, caso contrário competem-lhes tomar as providências necessárias junto à concessionária da referida rodovia para que haja efetiva proteção aos animais silvestres no trecho da autoestrada mencionada.

Verifico no "*site*" do DNIT que, à vista da preocupante questão de atropelamento de animais nas autoestradas, a entidade estatal instituiu, no âmbito da sua Coordenadoria Geral do Meio Ambiente, o Programa de Monitoramento e Mitigação dos Atropelamentos de Fauna, inclusive com realização de *workshop* exclusivo sobre o tema, o que contribui para ampliar o entendimento sobre o tema e prever nas obras de infraestrutura rodoviárias ações que possam prevenir danos à natureza, o que vem ao encontro do objeto destes autos.

IV - Da alegada falta de poderes e de autorização da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para que o Superintendente do DER/SP representasse a autarquia em juízo

Para o DER/SP, o superintendente que participou da audiência de conciliação, em 27.02.2003, não tinha poderes para representar a autarquia em juízo, razão pela qual o ato carece de eficácia. Afirmou, ademais, que o teor da audiência deveria ter sido submetido à avaliação do Procurador Geral do Estado por força da Constituição Estadual, com a alteração dada pela Emenda nº 19/2004.

Não lhe assiste razão. Na referida audiência a autarquia estatal estava devidamente representada pela sua procuradora, a Dra. Glória Maria Teixeira, que participou da audiência e concordou com os seus termos. Por outro lado, não há nos autos nenhuma comprovação de que o superintendente do DER/SP não tivesse poderes para representá-lo em juízo. Ao contrário, suas atribuições administrativas na estatal eram suficientes para autorizar os termos ajustados na conciliação.

Por outro lado, inaplicável ao caso a Emenda Constitucional Estadual nº 19/2004, dado que promulgada após a audiência de conciliação, ocorrida em 27.02.2003.

Destarte, a irresignação não prospera.

V - Da suposta perda de objeto da ação

Para a autarquia estadual, com a expedição da licença de operação, teria havido a revalidação automática da licença de instalação anteriormente expedida, o que levou ao esvaziamento da ação e, consequentemente, perda de objeto.

A leitura feita pelo recorrente não corresponde ao entendimento CONAMA, Resolução nº 237, que regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental, porquanto a emissão da licença de operação não implica revalidação ou convalidação de qualquer vício ou irregula-

ridade existente na licença de instalação anteriormente expedida. As licenças não guardam qualquer relação de dependência entre si, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 8º da mencionada resolução, *verbis*:

> Art. 8º. (...).
> Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

O inconformismo da apelante não se sustenta. A suposição de que a expedição da licença posterior (de operação) revalida a anterior (de instalação), mesmo que houvesse vícios ou irregularidades, não encontra suporte na legislação ambiental. Portanto, não há que se falar em esvaziamento da presente ação.

VI - Da transmutação da liminar em sentença

Em razão do acordo firmado pelos réus DNIT e DER/SP na audiência de conciliação ocorrida em 27.02.2003, na qual também foi concedida liminar, entendeu o Juízo *a quo*, em 08.10.2008, que, passados mais de cinco anos em que todo o trâmite processual limitou-se à execução do ajustado entre as partes, era despicienda a liminar apenas para fiscalizá-la, mormente quando tais ajustes tiveram a clara intenção de colocar fim à lide e, em consequência, homologou, por sentença, o acordo e extinguiu o feito, com resolução do mérito.

Em sua irresignação, o DER/SP aduziu a falta de evidência de que se tratava de audiência de conciliação, dado que sua realização teve como escopo a obtenção de liminar e, ademais, afirmou tratar-se de decisão nula, pois não houve transação e que o objeto da ação é indisponível e a homologação ocorreu contra vontade das partes e muito tempo depois da audiência, além de serem inexequíveis as obrigações estabelecidas no acordo. Sustentou, ainda, que o julgador não poderia ter sentenciado o feito, porque, por já ter prolatado decisão à fl. 1648, tornou-se impedido de se manifestar novamente, em evidente negativa de vigência à vedação prevista no artigo 471 do CPC.

As alegações do apelante não se sustentam. O argumento de que a audiência de conciliação objetivava apenas a obtenção de liminar não condiz com a natureza da audição, tanto que foi exitosa na medida em que se formalizou um acordo entre as partes. Como afirmado pela Juíza sentenciante, a homologação do ajustado nada mais fez do que corrigir o equívoco de se conceder liminar apenas para dar sustentação ao conciliado. Por se tratar de inquestionável concordância entre as partes e ausente qualquer outro conflito de interesse seria o caso de ter posto fim à lide naquela ocasião. Também não há que se falar em transgressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porque todos os interessados estiveram presentes na audiência e deliberaram livremente.

No tocante à alegada falta de legitimidade dos representantes da autarquia estadual para anuirem e a indisponibilidade do direito discutido, cabe destacar que a conciliação ocorreu em consonância com a vontade das partes que, voluntariamente, após amplo debate, assentiram e se comprometeram com o Ministério Publico Federal e o Juízo *a quo* a cumprir o acordo. O órgão estadual esteve representado por seus responsáveis máximos: a Procuradora Dra. Glória Maria Teixeira e o Superintendente do órgão Dr. Pedro Ricardo Frissina Blassioli, acompanhado de seu advogado Dr. Alexandre David e o engenheiro Urbano Alencar Machado.

Quanto à indisponibilidade do objeto e impossibilidade de transação, cabe ressaltar, por oportuno, que, independentemente do termo adotado para o convencionado na audiência - transação, acordo ou ajustamento -, o que sobressai é que o compromisso foi firmado por

autoridades que legitimamente representavam a União e o Estado de São Paulo, juntamente com seus procuradores e com a participação do autor da ação, o *Parquet* federal. De outra parte, não há vedação para a homologação de compromisso quando os compromissários reconheceram, perante o Juízo, a situação de irregularidade que vulnerava interesse difuso e se propuseram a fazer cessar a conduta ofensiva. Se todo o objeto da pretensão do autor foi obtido com a assunção unilateral de obrigações pelos réus, não há que se falar em renúncia a direito ou indisponibilidade do *Parquet*.

In casu, não houve desacerto na extinção do processo com resolução do mérito, dado que em consonância com o reconhecimento pelos réus da procedência do pedido ao proporem se ajustar à pretensão do autor. Assim, a afirmação de que o juiz não podia, em decisão posterior, contradizer-se e proferir a sentença não socorre o recorrente, à vista de que não incorreu o magistrado em violação à preclusão *pro judicato*, porquanto, constatado que o acordo firmado na audiência de conciliação havia exaurido a pretensão resistida, reconheceu, por sentença, os termos do ajustado entre as partes. Assim, se já se haviam acertado, desnecessária qualquer nova manifestação judicial.

É certo que o legitimado ativo não está autorizado a transigir sobre um interesse que se irradia pela coletividade como um todo, mas, como registra Rodolfo de Camargo Mancuso, não há motivo plausível para se negar legitimidade à solução consensual, sobretudo quando a parte nuclear e substantiva da pretensão é inteiramente preservada. Nesse contexto, a indisponibilidade não é afetada, porque o objeto da ação será totalmente alcançado. Apenas poderão sofrer variações os aspectos formais, como o tempo e o modo de cumprir o acordo formalizado, não vedados pela legislação.

Confira-se o que nos assevera o citado doutrinador:

> No âmbito da ação civil pública deve sempre prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores maiores da sociedade civil, a que esse instrumento processual está vocacionado, de sorte que, se o objetivo colimado - proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado - puder ser alcançado pela via negociada, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar legitimidade a essa solução consensual. (Nem outra coisa se colhe das diretrizes da Política Judiciária Nacional, estampadas nos consideranda da Res. CNJ nº 125/2010 (DJe de 01.12.2010, republicada no DJe de 01.03.2011): "cabe o Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros organismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação (Ação Civil Pública, 12ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, p. 267).

Nessa linha de entendimento, confira a jurisprudência citada pelo processualista Nelson Nery Júnior:

> Não é absoluto o princípio da indisponibilidade do direito material discutido no IC ou na ACP, de sorte que, dependendo do caso concreto, pode haver transação celebrada entre o MP e o indiciado ou réu. Admitindo a transação no curso da ACP, em demanda sobre carne importada sob suspeita de contaminação pelo acidente nuclear de Chernobyl: RSTJ 29/405; EmentSTJ 5, 320, 146 (Nery & Nery, Código de Processo Civil Comentado, 11ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, nota 2 ao art. 19 da Lei 7.347/85, p. 1481)

No âmbito do STJ, pela similitude com o caso dos autos, cito o seguinte aresto:

> PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL - AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE.
> 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.
> 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante.
> 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.
> 4. Recurso especial improvido.
> (STJ, 2ª Turma, REsp 299.400/RJ, Relatora p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, DOJ 02.08.2006)

Os Tribunais Regionais Federais não destoam dessa orientação, conforme se verifica nos seguintes acórdãos:

> CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOANEL MÁRIO COVAS (TRECHOS NORTE, SUL E LESTE). IMPACTO NO MEIO AMBIENTE. IMPACTO NO MEIO AMBIENTE. ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. COMPLEXO. PROCEDIMENTO ÚNICO. EFETIVA INTEGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DAS ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL. VIABILIDADE. MENOR DISPÊNDIO DE TEMPO E MENORES CUSTOS. *PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO. AQUIESCÊNCIA DAS PARTES. PRESERVAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS, DA ESTRUTURA FEDERATIVA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO INTERESSE DA COLETIVIDADE. HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.*
> 1. A consecução do acordo era submetido à homologação significa um grande avanço em termos institucionais e federativos, por agilizar e viabilizar jurídica e operacionalmente o licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas, obra viária de grande vulto, de inegável importância do ponto de vista estratégico e econômico-social, com a efetiva integração e participação das esferas federativas.
> 2. O consenso a que chegaram os atores envolvidos (entes públicos, órgãos de controle de diferentes níveis federativos, Ministério Público e empreendedor) representa uma demonstração inequívoca de que, com o empenho, a determinação e a colaboração de todos, é possível abreviar-se e agilizar-se, sobremaneira, o final do processo, no interesse e em benefício dos próprios jurisdicionados, através de soluções arquitetadas de comum acordo, que alcancem o resultado prático equivalente àquele objetivo pela pretensão inicialmente deduzida em juízo.
> 3. Trata-se de pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental que, embora processado num único e mesmo nível, sintetizará a participação efetiva e integrada das esferas federal, estadual e também municipal, no que couber, resultando em licenças ambientais como atos complexos de natureza jurídica constitucional, lastreadas no art. 225 combinado com o art. 23, VI, VII e parágrafo único da Constituição Federal.
> 4. Esta forma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos.
> 5. *Uma vez que as partes e demais interessados lograram êxito na implementação da conciliação, com a preservação do sistema constitucional de competências, da estrutura federativa e da proteção ambiental no interesse da coletividade, necessária se faz a homologação da composição celebrada para que produza seus regulares efeitos, nos termos do que dispõe o art. 269, III, do CPC.*
> 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito. Remessa oficial e apelação prejudicadas.
> (sublinhei)

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AC 0025724-15.2003.4.03.6100, Relatora Des. Federal Consuelo Yoshida, v.u., DJU 22.03.2005).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO CURSO DA DEMANDA JUDICIAL. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO AJUSTE, ENSEJANDO A EXTINÇÃO COM EXAME DO MÉRITO.*

1. *A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC no curso da instrução processual, com o escopo específico de por fim à ação civil pública, enseja a extinção do processo, com resolução do mérito, a teor do art. 269, III, do CPC. Descabe, assim, extinguir-se o feito, sem exame do mérito, por perda de interesse processual.*

2. De todo modo, não é o caso de anular a sentença a fim de retornar os autos à origem para prosseguimento do feito, sob o argumento de que a extinção teria que aguardar a comprovação do efetivo cumprimento do TAC. Isso porque, além de o ajuste prever o prazo máximo de 180 dias para o adimplemento das obrigações, inexistindo notícia de seu descumprimento após transcorridos quase 05 (cinco) anos da assinatura do pacto, é certo que, em caso de eventual inobservância de seus termos, subsiste a garantia de o MPF executar o acordo, não somente nos próprios, mas também em execução por título extrajudicial, conforme previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85.

3. *Remessa oficial provida para, reformando a sentença, homologar o termo de ajustamento de conduta firmado entre as partes e julgar extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. Apelação do MPF prejudicada.* (sublinhei)

(TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 2004.38.02.003745-3/MG, Relator Des. Federal Fagundes de Deus, DJe 16.09.2011).

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEGRADAÇÃO DO RIO PIRANHAS-AÇU. DESPEJO DE ESGOTOS NÃO TRATADOS. *ACORDO JUDICIAL, COM VISTAS A IMPLANTAÇÃO PROGRESSIVA DE UM SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO QUE COMPREENDA A COLETA E O TRATAMENTO DE EFLUENTES, ENTRE OUTRAS OBRIGAÇÕES. MEDIDAS SANEADORAS DAS IRREGULARIDADES AMBIENTAIS ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA.* INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. APELO IMPROVIDO.

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, objetivando compelir diversos Municípios, dentre os quais o Apelante, a implantar, progressivamente, um sistema de esgotamento sanitário que compreenda a coleta e o tratamento de efluentes entre outras obrigações.

2. *Realizada audiência conciliatória, foi lavrado o Termo de Audiência de fls. 151/156, de cujos termos depreende-se que os demandados se comprometeram em efetivar diversas medidas saneadoras das irregularidades ambientais, tendo sido o referido acordo homologado por sentença.*

3. Sustentou o Município Apelante que o Poder Judiciário está interferindo na discricionariedade administrativa ao estabelecer prazo para a realização de obras, requeridas pelo Ministério Público, para as quais, inclusive, não existem recursos, necessitando de prévia dotação orçamentária.

4. *Tratando-se de transação judicial, para fins de desconstituição, caberia ao Apelante sustentar vícios do ato jurídico, quais sejam, dolo, fraude, coação, ou ainda qualquer outra ilegalidade, como incapacidade das partes, ilicitude do objeto ou inobservância das formalidades legais.*

5. *Inobstante sequer alegados, nenhum dos vícios elencados encontra-se presente, tendo em vista que o Apelante estava representado por seu Prefeito, acompanhado de seu advogado, assim como não há qualquer evidência de vício do negócio jurídico a inquinar de invalidade*

a transação judicial realizada.
6. Por outro lado, o acordo judicial envolve apenas a estipulação de prazos para a realização de políticas públicas ambientais as quais o ente público já se obrigaria naturalmente a realizar, e não a prestação de valores patrimoniais imediatos.
7. Incabível a alegação de violação dos poderes, tendo em vista que a controvérsia trata de questão ambiental, consistente na degradação do rio Piranhas-Açu, mediante o despejo de esgotos não tratados, questão afeta a garantia constitucional do mínimo existencial, de modo a permitir a exigência de execução de política pública, sem que seja possível a alegação da cláusula da reserva do possível. Entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, Relator Ministro Celso de Mello.
8. Apelação improvida. (sublinhei)
(TRF 5ª Região, 3ª Turma, AC 0000497-32.2012.4.05.8402, Relator Des. Federal Geraldo Apoliano, DJe 14.05.2014)

Relativamente ao tempo decorrido entre a formalização do acordo (27.02.2003) e a sua homologação (08.10.2008), não é caso de nulidade do avençado como almeja o recorrente, porque seus efeitos são meramente processuais, na medida em que apenas pôs fim a uma demanda que já havia terminado com a concordância das partes ao se ajustarem na audiência de conciliação. É certo que o feito deveria ter sido extinto naquela oportunidade, com a homologação do acordo, contudo nada obstava que fosse proferida em data posterior. Resta claro que é caso mesmo de homologação, porquanto, durante cinco anos após o transacionado, todos os atos ocorridos no processo foram executórios, cuja fase não é própria da cognitiva.

No que diz respeito à ausência de citação, remansosa jurisprudência do STJ estabelece que é suprida pelo comparecimento dos réus a atos do processo, consoante o disposto no § 1º do artigo 214 do CPC. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa se o apelante participou de todo o feito a partir da audiência de conciliação e não demonstrou que teve algum prejuízo advindo da ausência de citação. Os demais réus apresentaram contestações, o que demonstra o acatamento da norma processual precedentemente referida e que é válida para todos.

Sobre a suposta inexequibilidade do acordo, rechaçada nos itens anteriores, cabe ressaltar que o recorrente não demonstrou a real impossibilidade de cumpri-lo. As dificuldades apresentadas não são suficientes para invalidá-lo, na medida em que apenas indicam que haverá necessidade de uma ação conjunta entre os réus para que, quanto ao aumento da cerca e a determinação das passarelas para os animais, haja o concurso da empresa concessionária.

VII - Da suposta ofensa ao pacto federativo

Relativamente ao inconformismo do DER/SP de que a realização de obras na rodovia federal às expensas do erário estadual implicaria afronta ao pacto federativo, não encontra respaldo nos fatos apresentados, porquanto a execução do convênio com o governo federal previa contrapartida financeira.

Por outro lado, o recorrente teve cinco anos para cumprir as obrigações que assumira na audiência de conciliação, em 27.02.2003, e somente após a entrega da rodovia à iniciativa privada, em maio de 2008, em flagrante desrespeito ao que ele próprio se comprometera, vem requerer sua exoneração da incumbência ao argumento de que a rodovia é federal e, portanto, o cumprimento do avençado não se lhe pode mais ser exigido em respeito ao pacto federativo.

Não tem razão. O artigo 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal estatui que a proteção do meio ambiente e a preservação das florestas, fauna e flora são uma tarefa que compete a todos os entes da Federação, que é de natureza comum. Essa competência é distribuída à

União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para que possam exercê-la sem qualquer relação de hierarquia entre eles mediante uma relação de cooperação (precedentes jurisprudenciais). É exatamente o que se almeja nestes autos, ou seja, que o ente estadual e o federal envidem esforços para cumprir o compromisso que firmaram perante o Juízo *a quo*, com a anuência do *Parquet* federal. O que se busca é reparar danos ambientais em decorrência das obras de duplicação da rodovia que estavam a cargo do DER/SP sob supervisão do DNER [atual DNIT], de modo que tais ações possam evitar futuros danos aos animais silvestres no trecho da autoestrada indicada nos autos.

Ao contrário do que afirma o recorrente, não se pode falar em afronta ao pacto federativo quando é o próprio que atribui competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente. Assim, não se apresenta plausível a alegação de que há ofensa a ele. O cumprimento das obrigações assumidas pelo DER/SP não implica gastos do erário estadual em obra federal, mas, sim, proteção a bem ambiental, que, por disposição constitucional, lhe compete zelar, bem como ao órgão concedente, consistente em agir contra ameaça ou degradação ambiental e atuar na preservação das florestas, fauna e flora.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto para rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento aos agravos retidos e às apelações.

Determino, outrossim, à Subsecretaria que, à vista do desmembramento do feito com relação à improbidade administrativa, regularize a autuação com a exclusão da parte ré e do sucedido.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003960-31.2007.4.03.6100
(2007.61.00.003960-0)

Apelantes: CECILIA KAYO COSTA SPARDARO SAKAMOTO E YAAUHIRO SAKAMOTO
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: AC 1833351
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2015

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DEPÓSITO E REMESSA (ATRAVÉS DOS CORREIOS) DE QUASE TRÊS MIL ESPÉCIMES DA FAUNA NACIONAL (INSETOS) AO EXTERIOR. BIOPIRATARIA EM GRANDE ESCALA (IRRELEVÂNCIA DOS ANIMAIS ESTAREM MORTOS). DANO AMBIENTAL MANIFESTO (LESÃO A FAUNA E AO BIOMA). NÃO INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA EM DESFAVOR DE QUALQUER DAS PARTES NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ENTENDIMENTO DO STJ). SENTENÇA MANTIDA.

1. Apelações do IBAMA e dos réus contra sentença de procedência de ação civil pública objetivando a reparação de dano ambiental decorrente da tentativa de enviar para o exterior, de forma dissimulada e desautorizada, e da manutenção em depósito clandestino de insetos da fauna silvestre brasileira, no total geral de *2.821* exemplares.

2. O caso dos autos - revelador de transferência de recurso genético animal - trata de evidente situação de extensa BIOPIRATARIA, a ser considerada como a exploração, manipulação e exportação de recursos biológicos, com fins comerciais, em contrariedade às normas da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16.03.1998. Tentativa de envio dos espécimes para a França e o Japão.

3. Existência de ativo comércio internacional de animais *mortos*, frequentado por colecionadores (vide os *sites http://www.larcadinoe.com/categorie/Insects/other%20insects/3016*, italiano; o canadense *thornesinsects.com/quantity.html*, e o americano *www.butterfliesandthings.com*).

4. Face o *princípio da precaução* que orienta as questões ambientais, sequer há que se cogitar de prova extreme de dúvidas de impacto contrário ao meio ambiente; aliás, se os insetos foram mortos (dentre eles 2 exemplares de *besouro-de-chifre*, o *Megasoma gyas gyas*, oficialmente listado como ameaçado de *extinção*) para serem alienados, o dano ambiental é evidente, pois tais seres foram ceifados de seu *habitat*, o qual certamente sofreu um prejuízo.

5. O valor da indenização (100 salários mínimos) está longe de ser exagerado, levando-se em conta a continuidade temporal da conduta dos dois apelantes, o prejuízo manifesto para a fauna brasileira e o modus operandi ardiloso com que perpetraram a BIOPIRATARIA em favor de destinatários de dois países.

6. É jurisprudência pacífica no STJ que a regra de isenção de honorários de sucumbên-

cia do art. 18 da Lei 7.347/85 alcança todos os legitimados (AgRg no REsp 1015938/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 22/09/2014).

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 recursos dos réus e do IBAMA e à remessa oficial dada como interposta*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de APELAÇÕES interpostas pelo autor, o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA), e pelos réus CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO e YASUHIRO SAKAMOTO contra a *sentença de procedência* da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, que objetiva a reparação de dano ambiental.

Narra a inicial, em apertada síntese, que no ano de 2006 os réus tentaram enviar para o exterior, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) grande quantidade de insetos da fauna silvestre brasileira, de forma dissimulada e desautorizada. Também, que YASUHIRO SAKAMOTO mantinha depósito clandestino em sua residência, em Vargem Grande Paulista/SP, de outra grande quantidade de insetos da fauna silvestre brasileira. Deu-se à causa o valor de R$ 1.000,00 (fls. 2/35).

Em 27/2/2007, o feito foi distribuído a 15ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP (fls. 94).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestou-se pela procedência da ação (fls. 166/168).

Foi realizada perícia técnica (fls. 299/314, 337/338).

Em 31/1/2012, adveio a *sentença de procedência* que condenou os réus, por violação ao artigo 225, §3º, da Constituição Federal, ao artigo 1º da Lei nº 5.197/67 e ao artigo 29 da Lei nº 9605/98, (1) a compensarem ambientalmente os danos causados, desenvolvendo um projeto ambiental dirigido e especificado pela Divisão de Fauna da Superintendência do IBAMA no Estado de São Paulo; (2) e pagarem indenização no valor de 100 salários mínimos, em dinheiro, revertida ao custeio do referido projeto ou à obra de proteção ao meio ambiente, sob a supervisão do autor (fls. 356/365).

Os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos pelo IBAMA foram acolhidos para (1) deferir o benefício da gratuidade da Justiça aos réus, deixando de condená-los em honorários sucumbenciais e custas processuais; (2) e arbitrar os honorários periciais (fls. 375/377).

O IBAMA, nas razões de APELAÇÃO, requer a condenação dos réus em verbas sucumbenciais, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil e 12 da Lei nº 1.060/50 (fls. 381/385).

CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO e YASUHIRO SAKAMOTO, nas razões

de APELAÇÃO, pleiteiam a reforma da sentença, à alegação de que não houve comprovação dano ambiental. Subsidiariamente, requerem a redução do valor da indenização (fls. 393/400).

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 389/392, 404/411).

Nessa Corte, o feito foi distribuído a minha relatoria em 25/2/2013 (fls. 448).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo desprovimento do recurso dos réus e pelo provimento do recurso do IBAMA (fls. 451/457).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

Dou por interposta a REMESSA OFICIAL, nos termos do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública c/c artigo 475, I, do Código de Processo Civil.

Em 17 e em 20/4/2006, CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO, residente em São Paulo, Capital, contratou com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) a exportação comercial de 6 e de 2 volumes, respectivamente, para a França (fls. 38/43, 48/49).

Em 25/4/2006, YASUHIRO SAKAMOTO, pai de CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO, residente em Vargem Grande Paulista/SP, contratou com a ECT a exportação comercial de 1 volume para o Japão em seu nome e de 1 volume para o Canadá, em nome da sua filha (fls. 55/56).

Após procedimento fiscalizatório de rotina, realizado em conjunto com a ECT, a Receita Federal comunicou ao IBAMA que os volumes remetidos por CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO e por YASUHIRO SAKAMOTO em 17, 20 e 25/4/2006 continham grande quantidade de *pupas de insetos e de insetos adultos mortos* (fls. 37, 47, 44/46, 50/51, 54, 55/56).

A Justiça Federal, a requerimento do IBAMA, deferiu a realização de busca e apreensão nas residências de CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO e de YASUHIRO SAKAMOTO (fls. 51/53 e 54).

Em 26/4/2006, na residência de YASUHIRO SAKAMOTO, foi apreendida outra grande quantidade de *pupas de insetos e de insetos adultos mortos* (fls. 54).

Perante a Polícia Federal, YASUHIRO SAKAMOTO, natural do Japão, declarou que todos os espécimes apreendidos eram de sua propriedade, eximindo sua filha de qualquer responsabilidade. Afirmou que CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO é professora de francês e o ajudava com a comunicação, especialmente nesse idioma (fls. 57/59).

Consoante os autos de apresentação e apreensão e de depósito lavrados pela Polícia Federal, nos volumes postados e na casa de YASUHIRO SAKAMOTO havia o total de *1.462 pupas de insetos, 1.605 borboletas, 855 besouros, 72 grilos, 15 grilos-folha e 1 cigarra*. Na residência, dentre outros materiais, também foram apreendidos *7 puçás e 14 armadilhas para captura de insetos* (fls. 60/62).

Confira-se o laudo assinado pelo Professor Doutor Carlos José Einicker Lamas, Diretor Técnico do Serviço de Invertebrados do Museu de Zoologia da Universidade de São Paulo (USP), onde o material apreendido foi examinado (fls. 63/66):

> Informo que o material entregue para identificação e depósito no Museu de Zoologia da Universidade de São Paulo (TCO nº 22-0001/06), corresponde a 2.821 (dois mil oitocentos e vinte e um) exemplares adultos da Classe Insecta (listagem em anexo), representados pelas Ordens Coleoptera (besouros), Lepidoptera (borboletas), Hemiptera (cigarras, percevejos etc) e Orthoptera (grilos e esperanças). Os exemplares da Ordem Lepidoptera apresentam abdomens seccionados (listados no Ofício 119/2006/DPA/SP como sendo pupas de borboletas) e armazenados separadamente em envelopes. Esse procedimento impede que secreções e gorduras provenientes deste tagma, após a morte do exemplar, danifiquem a coloração das asas. Todas as espécies coletadas pertencem à fauna silvestre brasileira e estão distribuídas ao longo da Mata Atlântica, sendo de ocorrência comum e portanto nenhuma delas oficialmente ameaçada de extinção.
> Quanto à manipulação genética, apesar da possibilidade de extração do DNA a partir de exemplares secos, o usual e mais correto é preservar, material que será usado com esse objetivo, em álcool absoluto.

Em decorrência, o IBAMA lavrou em 26/4/2006, em desfavor de CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO, os autos de infração nº 339106/D, no valor de *R$ 720.000,00*, e nº 339107/D, no valor de *R$ 437.000,00*; ambos com fulcro no artigo 29, §1º, III, c/c artigo 70 da Lei nº 9.605/98; no artigo 2º, II, c/c artigo 11, §1º, II, do Decreto nº 3.179/99,...por transportar espécimes da fauna silvestre nativa, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (Ibama)...(fls. 62, 74).

O IBAMA também lavrou em 26/4/2006, em desfavor de YASUHIRO SAKAMOTO, o auto de infração nº 264466/D, no valor de *R$ 848.000,00*, com fulcro no artigo 29, §1º, III, c/c artigo 70 da Lei nº 9.605/98; no artigo 2º, II, c/c artigo 11, §1º, III, do Decreto nº 3.179/99,... por ter em depósito espécimes da fauna silvestre brasileira, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (Ibama)... E o auto de infração nº 264795/D, no valor de *R$ 179.000,00*, com fulcro no artigo 29, §1º, III, c/c artigo 70 da Lei nº 9.605/98; no artigo 2º, II e IV, c/c artigo 11, §1º, III, do Decreto nº 3.179/99, ...por transportar espécimes da fauna silvestre nativa, sem autorização do IBAMA....(fls. 81, 86).

Assim, em razão desses fatos, o IBAMA interpôs a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA ao fundamento de que as condutas praticadas por CECÍLIA KAYO COSTA SPADARO SAKAMOTO e YASUHIRO SAKAMOTO, em desconformidade com a legislação vigente, *configuram dano ao meio ambiente passível de responsabilização cível*. Confira-se trechos da inicial:

> ...Contudo, as condutas praticadas pelos Réus, relatadas nesta inicial, bem como nos Autos de Infração lavrados pelo IBAMA, demonstram o descumprimento da legislação vigente, em consequência, configurou-se o dano ao meio ambiente e a responsabilização na esfera civil, além daquela em via de cobrança na esfera administrativa e penal... (fls. 25)
> ...No caso presente, além dos prejuízos materiais, é indubitável que a conduta do Réu também trouxe prejuízos imateriais a toda coletividade, ocasionando perda de qualidade ambiental das atuais e futuras gerações... (fls. 30)

Nesse ensejo, a autarquia federal requereu a condenação dos réus à compensação do dano ambiental, na forma de custeio de um projeto para aprimoramento/manejo/fiscalização dos recursos faunísticos, e ao pagamento de indenização em dinheiro, preferencialmente revertida à proteção ambiental.

O caso dos autos - revelador de transferência de recurso genético animal - trata de evidente situação de BIOPIRATARIA, a ser considerada como a exploração, manipulação e exportação de recursos biológicos, com fins comerciais, em contrariedade às normas da Con-

venção sobre Diversidade Biológica, de 1992, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16.03.1998.

É de sabença vulgar que insetos da fauna brasileira são vendidos atualmente até por meio de *sites* da *internet*, mas no caso dos autos a remessa se dava - para a França e para o Japão - por meio dos Correios, sendo certo que a BIOPIRATARIA não é excluída pelo fato de os espécimes estarem mortos.

A propósito, convém destacar que existe um comércio internacional de animais mortos, frequentado por colecionadores (vide os *sites http://www.larcadinoe.com/categorie/Insects/other%20insects/3016*, italiano; o canadense *thornesinsects.com/quantity.html*, e o americano *www.butterfliesandthings.com*).

Face o princípio da precaução que orienta as questões ambientais, sequer há que se cogitar de prova extreme de dúvidas de impacto contrário ao meio ambiente; aliás, se os insetos foram mortos para serem alienados, o dano ambiental é evidente, pois tais seres foram ceifados de seu *habitat*, o qual certamente sofreu um prejuízo.

Na residência de YASUHIRO SAKAMOTO foram encontrados puçás e armadilhas, que são fortes indicativos da coleta dos animais na natureza, e a condição de *possível entomologista amador* não safa esse réu da condição de BIOPIRATA, porquanto ao subtrair da natureza animais silvestres e mata-los para transmitir seus corpos ao exterior, obviamente perpetrou aquela ignóbil conduta.

A propósito da ação deletéria dos apelantes, destaco que a verificação pericial apontou, dentre as carcaças, 2 exemplares de *besouro-de-chifre*, o *Megasoma gyas gyas*, oficialmente listado como ameaçado de *extinção* (fls. 299/314, 337/338).

O valor da indenização (100 salários mínimos) está longe de ser exagerado, levando-se em conta a continuidade temporal da conduta dos dois apelantes, o prejuízo manifesto para a fauna brasileira e o modus operandi ardiloso com que perpetraram a BIOPIRATARIA em favor de destinatários de dois países.

Por fim, a *responsabilização criminal* dos réus no bojo da ação penal nº 2006.61.81.004842-8, calcada nos artigos 29, §1º, III, da Lei 9.605/98 e 299 do Código Penal, só reforça a ilicitude de suas condutas.

Quanto aos encargos da sucumbência, é jurisprudência dominante no STJ que a regra de isenção de honorários de sucumbência do art. 18 da Lei 7.347/85 alcança todos os legitimados (AgRg no REsp 1015938/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 22/09/2014).

Pelo exposto, *nego provimento aos recursos dos réus e do IBAMA e à remessa oficial dada como interposta*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0000049-76.2006.4.03.6122
(2006.61.22.000049-1)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: JORGE ELIAS ALI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ªVARA DE TUPÃ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: AC 1452793
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO DURANTE TRANSPORTE DE VALORES DE AGÊNCIA DA CEF. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS INDENIZÁVEIS. PENSÃO VITALÍCIA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE OS DANOS MORAL E ESTÉTICO. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Responsabilidade objetiva da CEF em relação aos danos causados ao Autor, policial militar, que, transitando em frente à agência bancária no momento da prática de roubo contra funcionário que fazia o transporte de valores da Instituição Financeira, interveio com o propósito de cessar a ação criminosa, vindo a ser alvejado.

2. O risco é inerente à atividade desenvolvida pela Instituição Financeira, a qual se encontra obrigada a atuar com observância das normas mínimas de segurança, estabelecidas pela Lei nº 7.102/83.

3. No caso, a prova dos autos demonstrou que a CEF efetuou o transporte de valores sem a observância das cautelas legais, assumindo o risco de sua atividade e prestando serviço defeituoso, em detrimento da segurança e incolumidade dos seus clientes e demais cidadãos.

4. É dever da Instituição Financeira, no exercício de suas atividades, a segurança em relação ao público em geral, o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro.

5. Danos materiais consubstanciados nas despesas com o tratamento médico e hospitalar do Autor, em virtude da lesão comprovadamente sofrida. Devida, igualmente, pensão vitalícia em favor da parte autora, correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou o Requerente, nos termos do art. 950, do Código Civil.

6. Comprovados danos moral e estético decorrentes do evento lesivo. Demonstrado o dano imaterial sofrido, bem como o nexo causal entre a conduta desidiosa do Banco e os danos suportados, de rigor a manutenção da condenação da Ré à recomposição pleiteada. Valor que não se mostra excessivo. Precedentes.

7. A correção monetária sobre o *quantum* devido a título de danos morais e estéticos deverá incidir a partir da data do arbitramento (Súmula 362/STJ).

8. Apelação da CEF a que se dá parcial provimento, para fixar a incidência da correção monetária sobre o valor dos danos moral e estético a partir da data do arbitramento, mantida, quanto ao mais, a r. sentença.

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 parcial provimento* ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de ação ordinária proposta por *Jorge Elias Ali* em face da Caixa Econômica Federal (CEF), na qual pleiteia indenização por danos materiais, morais e estéticos.

Alega, em síntese, que, em 10/09/2011, um funcionário da CEF realizava o transporte, a pé e sem segurança, de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), de agência da Ré até outra agência, do "Banco do Brasil", quando foi abordado, no trajeto, por roubador, que tentou subtrair o numerário. O Autor, policial militar que se encontrava à paisana e passava pelo local no momento dos fatos, interveio para cessar a ação criminosa. Não obstante, o infrator apoderou-se do dinheiro e efetuou disparos de arma de fogo, parte dos quais atingiu o Requerente, causando-lhe lesões corporais gravíssimas.

Sentença prolatada (fls. 350/358) julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a Ré a pagar ao Autor indenização por danos materiais, referentes a todas as despesas efetuadas para o tratamento, incluindo as médicas, hospitalares, com medicamentos, estadias, alimentares, aparelhos e transportes, em valor a ser estabelecido em liquidação por artigo; pensão mensal e vitalícia, no valor correspondente ao salário que recebia a parte autora em decorrência de sua profissão, devendo o Autor ser incluído em folha de pagamento da Ré; bem como por danos morais, no valor de R$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais); e por danos estéticos, também no importe de R$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais).

Irresignada, a CEF interpôs recurso de apelação (fls. 362/387) postulando a reforma da r. decisão. Sustenta, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e a ocorrência da prescrição. No mérito, alega, em síntese, que não possui responsabilidade pelo evento danoso, aduzindo culpa exclusiva da vítima. Refere que a forma pela qual foi realizado o transporte do dinheiro não implicou em violação a normas de segurança, de modo que não houve qualquer negligência que pudesse lhe ser atribuída como geradora do fato danoso. Subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Com contrarrazões recursais às fls. 394/418, vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

É o *relatório.*

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Preliminarmente, não comporta procedência a alegação da Apelante de ocorrência de prescrição.

Conforme se depreende da análise dos autos, o evento danoso ocorreu em 10/09/2001, portanto, na vigência do Código Civil anterior. Dessa forma, nos termos do art. 2.028, do novo Código Civil, aplicam-se os prazos prescricionais previstos em seu art. 206, incidindo, no caso em análise, o prazo de 3 (três) anos, estabelecido no § 3º, inciso V, do referido dispositivo legal.

Ademais, conforme já assinalado na sentença recorrida, considera-se a entrada em vigor do novo Código Civil como o marco inicial da contagem do prazo prescricional, de forma que, havendo a presente ação sido proposta em 10/01/2006, não há que se falar em prescrição.

Nesse sentido:

> DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRESCRIÇÃO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REDUÇÃO. CONTAGEM DO NOVO PRAZO. TERMO INICIAL. O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor, quando cabível (art. 2.028). Nesse caso, a contagem do prazo reduzido se dá por inteiro e com março inicial no dia 11/01/2003, em homenagem à segurança e à estabilidade das relações jurídicas. Precedentes. Recurso especial não conhecido.
> (STJ, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 27/03/2007, T4 - QUARTA TURMA)

No que tange à alegação de ilegitimidade passiva pela CEF, esta se confunde com o mérito e com este será analisada.

Passo à análise do *mérito*.

A responsabilidade civil das instituições financeiras é objetiva, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Desta forma, a Caixa Econômica Federal, como prestadora de serviços bancários, está sujeita ao regramento exposto na legislação consumerista e, portanto, responsável objetivamente pelos danos causados aos usuários de seus serviços, bem como aqueles equiparados a esses, nos termos do art. 17, do aludido diploma legal.

Esta responsabilidade objetiva sedimenta-se na teoria do risco do empreendimento, que atribui o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens ou serviços fornecidos no mercado de consumo a todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade neste mercado, independente de culpa.

Não obstante, em que pese à prescindibilidade da comprovação do elemento subjetivo, cabe ao prejudicado demonstrar o preenchimento dos requisitos essenciais da responsabilidade civil de ordem objetiva, quais sejam: a deflagração de um dano, a conduta ilícita do prestador de serviço, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o agravo sofrido, os quais passo a apreciar.

No caso em tela, depreende-se que, no dia 10/09/2001, na Avenida Tamoios com Rua Aimorés, no município de Tupã/SP, em horário de grande circulação de pessoas, por volta das 14h., funcionário da CEF realizava o transporte, a pé, de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para ser custodiado no "Banco do Brasil", quando foi abordado por indivíduo que tentou subtrair-lhe o dinheiro. O Autor, policial militar que se encontrava à paisana e passava pelo local

no momento dos fatos, interveio para cessar a ação criminosa. Após o entrevero, o roubador efetuou disparos de arma de fogo, havendo um dos projéteis atingido o autor, na região frontal direita, causando-lhe lesões gravíssimas.

Nesse sentido, conforme aponta o laudo de exame de corpo de delito, às fls. 115, o Requerente permaneceu em "estado de coma profundo e com hemiplegia a esquerda", em razão de agressão por arma de fogo (projétil), fato que lhe causou "perigo de vida devido a traumatismo crânio encefálico".

Constata-se, portanto, que o crime foi cometido contra a Instituição Financeira, em razão da realização de atividade bancária típica, motivado, especificamente, pelo transporte de valores, na via pública, por funcionário da CEF. Observa-se, assim, que o evento lesivo - roubo - encontra-se inserido dentre os riscos esperados do empreendimento desenvolvido pela Ré.

Ocorre que a ação criminosa dirigida à Instituição Financeira, que se encontrava no exercício de sua atividade, terminou por gerar repercussão na esfera de direito de terceiro, que passava pela via pública. Importa anotar, ainda, que, a despeito de o fato danoso ter se verificado fora da agência, a prática delitiva, que terminou por causar danos ao Autor, ocorreu em razão de operação bancária típica, consubstanciada no transporte de valores realizado naquele local, de modo que não pode ser afastada a responsabilidade da CEF pelo evento em tela.

Restou incontroverso nos autos que o transporte da quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foi efetuado por apenas um funcionário da Instituição Financeira, sem a utilização de qualquer veículo.

Nesse ponto, é relevante anotar as previsões da Lei nº 7.102/1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros. O referido diploma legal determina, em seu art. 3º, incisos I e II, que "a vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados por empresa especializada contratada; ou pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça".

Estabelece, ainda, em seu art. 4º, que "o transporte de numerário em montante superior a vinte mil Ufir, para suprimento ou recolhimento do movimento diário dos estabelecimentos financeiros, será obrigatoriamente efetuado em veículo especial da própria instituição ou de empresa especializada", bem como que "o transporte de numerário entre sete mil e vinte mil Ufirs poderá ser efetuado em veículo comum, com a presença de dois vigilantes" (art. 5º).

Em face do exposto, cumpria à CEF, tendo em vista o valor transportado (R$ 50.000,00), realizar o transporte do numerário utilizando-se de veículo próprio, em atenção às disposições legais.

Não obstante, consoante reconhecido pela própria Ré, o transporte foi efetuado por apenas um funcionário, a pé, sem qualquer vigilância. Conforme salientado na sentença recorrida, "no presente caso nem o funcionário que transportava o dinheiro possuía aprovação em curso de formação de vigilante, nem foi utilizado veículo especial para o transporte do numerário" (fls. 352-v.).

Conforme se depreende, a Instituição Financeira efetuou o transporte de valores sem a observância das cautelas legais, assumindo o risco de sua atividade e prestando serviço defeituoso, em detrimento da segurança e incolumidade dos seus clientes e demais cidadãos.

Conclui-se, portanto, que o desrespeito às normas de segurança para estabelecimentos financeiros e a ineficiência dos métodos empregados pela CEF, no exercício de suas atividades,

resultou em risco aos transeuntes que passavam pelo local, bem como em graves danos ao Autor que, em decorrência do evento, sofreu lesão corporal gravíssima, ficando definitivamente incapacitado para atividades habituais.

Tendo em vista a previsibilidade, na atividade bancária, da ocorrência de eventos como o tratado nos autos, é dever da instituição financeira a segurança em relação ao público em geral, nos termos da Lei nº 7.102/1983, o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo), não comportamento acolhimento a alegação de força maior ou caso fortuito.

Nesse sentido:

> DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR AGÊNCIA BANCÁRIA. OFERECIMENTO DE VAGA PARA CLIENTES E USUÁRIOS. CORRESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA E DA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
> 1. *A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei nº 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária*.
> 2. A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos.
> 3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002).
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg nos EDcl no REsp 844.186/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012) - g.n.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA DE VIGILÂNCIA E ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. HOMICÍDIO. VIGILANTE QUE ATUA EM LEGÍTIMA DEFESA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA PARA A JURISDIÇAO CIVIL.
> (...)
> 8. Tendo em vista a existência de defeito no serviço prestado (art. 14, 1º, do CDC), o qual ocasionou a morte do companheiro da autora, aplica-se o disposto no art. 14 do CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva do Banco.
> 9. Respondem solidariamente pela indenização todos os responsáveis pelo acidente de consumo, inclusive os terceiros que prestaram serviço mediante contratação.
> 10. *Face o risco profissional da atividade bancária, a instituição financeira obrigada pela Lei nº 7.102/83 a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a segurança de seus clientes e funcionários.*
> 11. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R$ 232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais), correspondente à 500 salários mínimos atuais. Correção monetária a partir da presente data e juros moratórios a partir do evento danoso.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.
(REsp 686.486/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMAO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 27/04/2009) - g.n.

Desse modo, encontrando-se o roubo inserido no risco do empreendimento desenvolvido pela Ré, o Banco deve ser responsabilizado objetivamente pelos danos sofridos por terceiros, independentemente de o fato ocorrer no interior da agência bancária ou fora das suas dependências, como no caso em análise, desde que decorra da atividade desenvolvida pela Instituição Financeira.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS PROMOVIDA POR TRANSEUNTE EM FACE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DE EMPRESA DE SEGURANÇA, ATINGIDO POR PROJÉTIL DISPARADO COM ARMA DE FOGO, NO MOMENTO EM QUE OCORREU TENTATIVA DE ROUBO DE MALOTES DE DINHEIRO RETIRADOS EM FRENTE À AGÊNCIA BANCÁRIA, NA CONSECUÇÃO DE OPERAÇÃO TÍPICA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE, AO FINAL, RECONHECERAM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS. INSURGÊNCIAS, EM SEPARADO, DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DA EMPRESA DE SEGURANÇA. Hipótese em que se pretende a condenação solidária de instituição financeira e de empresa de segurança pelos danos morais, estéticos e materiais impostos ao demandante que foi atingido por projétil de arma de fogo (resultando, ao final, na amputação de sua perna na parte inferior ao joelho), por ocasião da tentativa de roubo justamente no momento em que a casa bancária, no desempenho de suas operações cotidianas, retirou ostensivamente malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas. Em primeira instância, a ação restou julgada procedente em face de instituição financeira, e, extinta, sem julgamento de mérito, em relação à empresa de segurança. Em sede de recurso de apelação, reforma parcial da sentença, para reintegrar à lide a empresa de segurança, condenando-a em solidariedade com a casa bancária pelos danos suportados pelo demandante. 1. A partir do suporte fático delineado pelas instâncias ordinárias, sobressai evidenciado que a instituição financeira, na consecução de operação própria de sua atividade - levada a efeito, por sua conta e risco, na via pública -, foi alvo de empreitada criminosa, com repercussão na esfera de direito de terceiros. Constata-se, portanto, que houve a retirada ostensiva de malotes de dinheiro (mediante a atuação de empresa de segurança contratada ante iniciativa da instituição financeira), cuja operação foi realizada através da porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas, procedimento adotado pela Caixa Econômica Federal para viabilizar ação intrínseca ao seu empreendimento, inegavelmente. 1.1. A conduta ilícita perpetrada em face da instituição financeira (ainda que ocorrida na via pública), deu-se justamente por ocasião e em razão da realização de atividade bancária típica por ela desempenhada, inserindo-se, nessa extensão, nos riscos esperados do empreendimento desenvolvido, mantida incólume a relação de causalidade. 1.2. O simples fato de a tentativa de roubo ter ocorrido na via pública não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade da instituição financeira ante danos infligidos a terceiro transeunte (consumidor por equiparação), justamente em razão da operação de carga e descarga de dinheiro em malotes ter sido desenvolvida naquele local. Ao assim proceder, os métodos e mecanismos de segurança empregados pela casa bancária deveriam ser mais eficientes, rigorosos e producentes, porquanto expõem, em circunstâncias tais, um número substancialmente maior e impreciso de pessoas aos riscos próprios da atividade que desenvolve, o que robustece sua responsabilidade pelos danos narrados na exordial. 2. A ratio decidendi dos precedentes desta Corte de Justiça está justamente no fato de que, no interior das agências, em que há o desenvolvimento, em grande parte, das atividades bancárias, as quais naturalmente envolvem a concentração de

elevadas somas em dinheiro, o roubo ali praticado insere-se, indene de dúvidas, no risco do empreendimento desenvolvido pela instituição financeira. Destaca- se: Não é exclusivamente o local, mas também a atividade desempenhada que caracterizam os potenciais riscos. 2.1. Não obstante, caso a atividade bancária venha a ser desenvolvida fora dos limites físicos da agência, também com a movimentação de expressivos valores monetários, a conduta ilícita, ainda que ocorrida na via pública, compreende-se igualmente no risco do empreendimento, devendo a instituição financeira, por isso, responsabilizar-se objetivamente ante danos daí advindos, suportados por clientes ou terceiros. 3. Na hipótese em foco, inexiste dúvida de que o banco demandado, ao operacionalizar sua atividade bancária (retirada e transporte de expressiva quantia em dinheiro em plena via pública, pela porta da frente da agência em local e horário de grande circulação de pessoas), criou riscos a terceiros, devendo, portanto, reparar, de modo pleno, os danos daí advindos. 4. Em relação à empresa de segurança, com mais razão, estas condutas criminosas afiguram-se com alto grau de previsibilidade, sendo inerente à atividade empresarial desempenhada pela recorrente que tem por objeto propiciar, nos termos contratados, proteção e segurança à atividade bancária, e, por consequência, aos clientes e a terceiros. 5. Sobre a condenação por danos morais, não se vislumbra excesso no montante delineado pela Corte local, apto a autorizar a excepcional intervenção deste Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se inviável superar o óbice elencado na Súmula nº 7/STJ. 6. Recursos Especiais improvidos.
(STJ: REsp 1098236 RJ 2008/0227112-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 24/06/2014, T4 - QUARTA TURMA)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 577.107 - SP (2014/0228537-8) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE AGRAVANTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ADVOGADOS : VALDIR BENEDITO RODRIGUES E OUTRO (S) ROBERTA PATRIARCA MAGALHÃES AGRAVANTE : AMAURI SANTANA DE OLIVEIRA AGRAVANTE: ILDA DIAS DE OLIVEIRA ADVOGADOS: ADEMAR GOMES E OUTRO (S) MARCELO RODRIGUES BARRETO JÚNIOR AGRAVADO: PROTEGE S/A PROTEÇÂO E TRANSPORTE DE VALORES ADVOGADOS : TÚLIO NASSIF NAJEM GALLETTE E OUTRO (S) MARIANA VIOLANTE DE GOEYE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSALTO A CARRO FORTE. MORTE DE TRANSEUNTE. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO STF. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial apresentado por Caixa Econômica Federal, com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal. Compulsando os autos, verifica-se que Amauri Santana de Oliveira e Ilda Dias de Oliveira propuseram ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor da ora agravante e de Protege S.A. Proteção e Transporte de Valores, tendo em vista o falecimento do filho dos autores, com 15 anos de idade, vítima de choque hemorrágico, causado por projétil de arma de fogo, durante troca de tiros ocorrida por ocasião da tentativa de assalto a carro-forte estacionado na porta de agência da primeira ré. Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais (R$ 80.000,00) e materiais, correspondente a pensão vitalícia de 2 (dois) salários mínimos, além dos consectários legais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do dano moral e das prestações vencidas da pensão. Ambas as partes apelaram. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao recurso da autora e proveu parcialmente o recurso dos requeridos, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 462-487): AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO A CARRO FORTE NA PORTA DA AGENCIA DA CAIXA. MORTE DE FILHO MENOR. DANO MORAL INDENIZÁVEL. PENSÃO VITALÍCIA. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA. 1. Afastada por completo qualquer culpa por parte dos autores, indiscutível a responsabilidade objetiva da CAIXA e da PROTEGE, enquanto prestadora de serviços de transporte de valores para aquela, relativa-

mente a morte do filho menor, enquanto transitava à frente da agência bancária no momento do roubo ao carro forte que fazia a entrega de malotes com dinheiro e outros valores. 2. De fato, não cabe afastar a responsabilidade das requeridas, obrigadas que estão a desenvolver suas atividades cercadas da melhor e maior segurança possível, consoante determina a Lei nº 7.102/83. 3. O risco aqui é inerente à atividade. Furtos e roubos são acontecimentos absolutamente previsíveis, o que afasta qualquer alegação de ocorrência de força maior. Esse entendimento é pacífico no âmbito do C. STJ. 4. No caso, a prova dos autos demonstrou que a empresa PROTEGE, visando entregar malotes carregados com dinheiro e outros valores à agência bancária da Caixa Econômica Federal, estacionou o carro forte na rua, a uma distância de cerca de 10 a 15 metros da porta da agência, adotando o procedimento padrão: um vigilante desce e se posiciona na traseira no carro, outro desce e se posta à porta da agência e um terceiro desce com os malotes. 5. A distância a ser percorrida é significativa, devendo ser sopesada. E os fatos ocorreram por volta das 9:30h da manhã, na Av. Santo Amaro, em local e horário de grande movimento de transeuntes, portanto. 6. Destarte, evidente que consideradas todas estas circunstâncias, tanto deveria a agência providenciar um local menos exposto ou pelo menos um esquema mais seguro de receber os malotes, quanto à empresa de transporte, na entrega e retirada dos mesmos. 7. Ainda que a agência não estivesse aberta no momento, os clientes já estavam na fila de espera, sendo de responsabilidade da CAIXA a garantia de segurança no local, tendo em vista que esperava a entrega dos malotes, momento de conhecido perigo. Tanto que os assaltantes se misturaram a esses clientes enquanto aguardavam a chegada do carro forte. 8. Isso sem falar nos transeuntes, que apenas passavam pelo local, sem se preocupar se era ou não horário de maior perigo, como aconteceu com o filho da autora e ela mesma, que também foi atingida no fogo cruzado. (...) 13. O que ressai, ao final, é que no exercício de suas atividades, tanto a Caixa quanto a PROTEGE lidam com o risco diário de roubos. Talvez por isso, pela força do hábito, não percebam a necessidade da adoção de maiores cautelas em situações como a dos autos, o que é um erro. 14. Deveria prevalecer o contrário, isto é, a preocupação com a segurança precisa estar em constante alerta, máxime quando se sabe que as abordagens criminosas estão cada vez mais ousadas e violentas, como de fato ocorreu, resultando na morte de três pessoas além de outras feridas. 15. Induvidosa, assim, a responsabilidade das requeridas pelos danos causados à autora pelo falecimento de seu filho morto a tiros em assalto à agência bancária daquela primeira (...). Brevemente relatado, decido. O recurso não prospera. O conteúdo normativo inserto nos arts. 2º, 3º, § 2º, e 14 da Lei nº 8.078/90 não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos de declaração a fim de suscitar sua discussão, incidindo, à hipótese, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF, por aplicação analógica. Quanto à alegação de violação do art. 159 do CC de 1916, o Tribunal de origem concluiu, com base nos elementos de prova dos autos, que a conduta omissiva da ora agravante, que não tomou as providências necessárias para adequar a segurança ao bom funcionamento de suas atividades, ensejou a condenação à reparação por danos morais e materiais, solidariamente, com a empresa de segurança contratada para transporte de valores. (...) O que ressai, ao final, é que no exercício de suas atividades, tanto a Caixa quanto a PROTEGE lidam com o risco diário de roubos. Talvez por isso, pela força do hábito, não percebam a necessidade da adoção de maiores cautelas em situações como a dos autos, o que é um erro. Deveria prevalecer o contrário, isto é, a preocupação com a segurança precisa estar em constante alerta, máxime quando se sabe que as abordagens criminosas estão cada vez mais ousadas e violentas, como de fato ocorreu, resultando na morte de três pessoas além de outras feridas. Induvidosa, assim, a responsabilidade da Caixa e da PROTEGE pelos danos causados à autora pelo falecimento de seu filho morto a tiros em assalto à agência bancária daquela primeira. Para que se possa rever tal entendimento e concluir pela violação do dispositivo legal indicado, é necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, medida defesa em recurso especial, por incidir a Súmula nº 7 do STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se. Brasília, 29 de junho de 2015. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

(STJ - AREsp: 577107 SP 2014/0228537-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 01/07/2015)

Danos materiais

Os danos materiais, no caso, consubstanciam-se nas despesas com o tratamento médico e hospitalar do Autor, em virtude da lesão sofrida, comprovada pelos documentos carreados às fls. 115/127.

Ademais, observa-se que, consoante prova dos autos, o Requerente permaneceu definitivamente incapacitado para as atividades habituais, em decorrência de lesão corporal gravíssima. Desse modo, em observância aos termos do art. 950, do Código Civil, deve ser mantida a pensão vitalícia em favor da parte autora, correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou o Requerente, nos termos fixados pelo MM. Juiz *a quo*.

Danos morais e estéticos

Comprovada a desídia da Instituição Financeira, impende reconhecer a sua responsabilidade civil bastante caracterizada, eis que, inobstante o risco inerente à sua atividade, não cumpriu com o seu dever de segurança em relação ao público em geral e, em decorrência de seu erro operacional, sobreveio a ocorrência de dano moral à parte autora, que, em evidência, ultrapassa o mero dissabor.

Por óbvio, a aferição da dor e do sofrimento de alguém não é possível. Contudo, não se faz necessária, já que o dano à sua honra é evidenciado, no presente caso, pela lesão experimentada pelo Autor que, vítima de agressão por arma de fogo (projétil), foi submetido a risco de vida devido a traumatismo crânio encefálico, havendo, inclusive, permanecido em estado de coma profundo e com hemiplegia a esquerda, conforme documento de fls. 115.

Não há, portanto, que se cogitar em exigir do Requerente que comprove a dor ou vergonha que supostamente sentira, sendo o bastante a comprovação do evento lesivo para atribuir direito ao ofendido moralmente.

Assim, demonstrado o dano imaterial sofrido pelo Autor, bem como o nexo causal entre a conduta desidiosa do banco e os danos suportados, mostra-se devida a manutenção da condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Ademais, verificando-se condição justificadora também do dano estético, nos casos em que a lesão afeta a estética do ser humano, é possível a sua cumulação com danos morais, consoante sedimentado entendimento jurisprudencial.

Confira-se:

Súmula 387/STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE FERROVIÁRIO. LESÃO QUE INCAPACITOU A VÍTIMA PARA O TRABALHO. CULPA CONCORRENTE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MULTA. EXCLUSÃO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. POSSIBILIDADE. DANO ESTÉTICO E MORAL. CUMULAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 21. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 306-STJ. I. Multa aplicada pela Corte *a quo* afastada, por não se identificar propósito procrastinatório na oposição de embargos declaratórios perante a instância de origem. II. É devida pensão mensal mensal vitalícia, de 01 (um) salário mínimo, à vítima que ficou incapacitada para o trabalho, mesmo que não exercesse, à época do acidente, atividade remunerada. III. Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie. IV. Importando a deformidade em lesão que afeta a estética do

ser humano, há que ser valorada para fins de indenização. V. Pensão e dano estético devidos pela metade, em razão da culpa concorrente da vítima reconhecida na instância ordinária. VI. "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte." (Súmula nº 306-STJ). VII. Recurso especial conhecido e provido.
(STJ - REsp: 711720 SP 2004/0179886-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 24/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2009)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTEFERROVIÁRIO. QUEDA DE TREM. DANOS MATERIAL E MORAL RECONHECIDOS NASINSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DANO ESTÉTICO AUTÔNOMO. DIREITO À REPARAÇÃO.RECURSO PROVIDO. 1. "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (Súmula 387/STJ), ainda que derivados de um mesmo fato, mas desde que um e outro possam ser reconhecidos autonomamente, sendo, portanto, passíveis de identificação em separado. 2. Na hipótese em exame, entende-se configurado também o dano estético da vítima, além do já arbitrado dano moral, na medida em que, em virtude de queda de trem da companhia recorrida, que trafegava de portas abertas, ficou ela acometida de "tetraparesia espástica", a qual consiste em lesão medular incompleta, com perda parcial dos movimentos e atrofia dos membros superiores e inferiores. Portanto, entende-se caracterizada deformidade física em seus membros, capaz de ensejar também prejuízo de ordem estética. 3. Considera-se indenizável o dano estético, autonomamente à aflição de ordem psíquica, devendo a reparação ser fixada de forma proporcional e razoável. 4. Recurso especial provido.
(STJ - REsp: 812506 SP 2006/0005009-7, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 19/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2012)

No caso dos autos, conforme assinalado na sentença recorrida, o Requerente sofreu sequelas no braço e na perna esquerda, com perda total de audição, razão pela qual resta caracterizado o dano estético, sendo de rigor a manutenção da condenação da Ré também ao pagamento de indenização a tal título.

Passo à análise do *quantum* indenizatório.

Primeiramente, em relação aos danos materiais, que abrangem as despesas com tratamento médico, tanto passadas como futuras, mostra-se juridicamente impossível sua precisa mensuração, de modo que a quantificação dos dispêndios estará sujeita à liquidação por artigo, na forma do art. 475-E, do CPC.

Por sua vez, em relação à pensão vitalícia fixada em favor da parte autora, correspondente ao salário recebido pelo trabalho para o qual se inabilitou o Requerente, devida desde a data do evento, também não comporta reparo. O valor a ser pago ao Autor foi estabelecido em montante correspondente ao salário que recebia em virtude da profissão de policial militar, inclusive 13º salário, atualizado, cujos valores deverão ser apurados em liquidação, em observância aos termos do art. 950, do Código Civil.

Para pagamento da pensão estabelecida, foi determinada, com fundamento no art. 475-Q, § 2º, do CPC, a inclusão do Requerente em folha de pagamento da Empresa Ré.

Por fim, cumpre analisar a quantificação dos danos morais e estéticos.

Em sua fundamentação, a sentença recorrida estabeleceu a fixação do valor do dano moral em metade do montante arbitrado nos autos nº 2004.61.22.000130-9, no qual foi reconhecida a responsabilidade da CEF por danos materiais e extrapatrimoniais sofridos por outra vítima do mesmo evento tratado nos presentes autos.

Nesse sentido, o MM. Juiz *a quo* ressaltou que "ambas as ações tratam do mesmo fato,

apenas com vítimas diferentes, e o arbitramento de qualquer valor sem levar em consideração tal elemento ou as características das vítimas ofenderia a proporcionalidade" (fls. 356-v./357).

Dessa forma, na ação nº 2004.61.22.000130-9 o valor do dano moral foi fixado em atenção à idade da autora ao tempo do evento (dois anos) e à sua expectativa de vida, bem como em vista da gravidade da lesão sofrida (lesão medular a nível T2, com diagnóstico de paraplegia).

Assim, levando em consideração a idade do Autor da presente ação, ao tempo do evento (trinta e nove anos), sua expectativa de vida e a gravidade da lesão sofrida (sequelas no braço e pena esquerdos, com perda total da audição esquerda), a sentença fixou os danos morais em metade do valor arbitrado na ação nº 2004.61.22.000130-9, correspondente a 400 (quatrocentos) salários mínimos vigentes ao tempo do evento danoso, equivalentes a R$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais). Os danos estéticos foram arbitrados, cumulativamente, no mesmo montante.

Em face do exposto, observo que a jurisprudência norteia e dá os parâmetros para a fixação da correspondente reparação. Desta forma, orienta o C. Superior Tribunal de Justiça a aplicação das indenizações por dano moral, segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, nos seguintes moldes, *in verbis*:

> A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de suas experiências e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.
> (STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RT 776/195)

Dessarte, considerando os princípios supramencionados e as características do caso concreto, mantenho os valores arbitrados a título de danos morais e estéticos, por considerá-los adequados à recomposição pelos prejuízos sofridos.

Observo, ainda, que os valores arbitrados não se mostram excessivos, mostrando-se consentâneos com os parâmetros fixados pela jurisprudência do STJ.

Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DE PAI E AVÓS. LESÕES CORPORAIS GRAVES NOS SOBREVIVENTES. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. Considerados os critérios jurisprudenciais, pautados pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, e avaliadas as condições pessoais e econômicas das partes, e a imensa gravidade da lesão no caso concreto, o dano moral deve ser redimensionado no patamar máximo fixado, em regra, pelos mais recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a saber, o valor em moeda corrente correspondente a 1.000 salários-mínimos para a vítima que perdeu os dois genitores e teve importante lesão na mão. Fixada a quantia correspondente a 500 salários-mínimos para a sua filha menor que sofreu traumatismo craniano com sequelas irreparáveis. Arbitrado em favor da mãe da menor, também vítima do acidente, indenização no valor em moeda corrente correspondente a 200 salários mínimos, tendo em vista a circunstância de haver ela sofrido dano estético na face e tido que conviver com o dissabor, a preocupação e a necessidade de cuidados permanentes a serem dispensados a sua filha que contava com apenas 4 anos na data do acidente. Quantia que afasta a alegação de enriquecimento indevido dos ofendidos e, também, estimula a adoção, pela recorrente, de

práticas efetivas visando à prevenção de acidentes rodoviários. 2. "Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso" (Súmula nº 54 do STJ). 3. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula 362 do STJ). 4. Recurso especial parcialmente provido. Em consequência, prejudicada a MC nº 16841.
(STJ - REsp: 1127484 SP 2009/0098210-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 17/03/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2011)

Juros e correção monetária

A sentença estabeleceu que os montantes fixados a título de pensão, valores em atraso, dano moral e dano estético estão sujeitos à atualização monetária, desde a data do evento danoso, sem prejuízo dos juros de mora, à razão de 6% ao ano, até janeiro de 2003, quando então passarão a corresponder a 1% ao mês, a contar da mesma data.

Primeiramente, quanto ao termo inicial doa juros moratórios, não comporta reforma a sentença, vez que, em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros devem fluir a partir do evento danoso, em consonância com a Súmula 54, do STJ. Por sua vez, o percentual de incidência dos juros foi fixado nos exatos termos previstos em lei, também devendo ser mantido.

Confira-se:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇAO DE INDENIZAÇAO. TRAVESSIA DE VIA FÉRREA. PENSIONAMENTO. DANOS MORAIS. JUROS MORATÓRIOS. EVENTO DANOSO.
1. No caso em que a vítima efetuava travessia na via férrea no momento do acidente, encontra-se configurada a responsabilidade extracontratual, incidindo a Súmula nº 54, do Superior Tribunal de Justiça: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.
2. Embargos declaratórios, recebidos como agravo regimental, a que se dá provimento.
(EDcl no Ag 1006167/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 18/06/2009).

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇAO NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE. RODOVIA. ANIMAIS NA PISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONDENAÇAO. DANO MATERIAL. CORREÇAO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. EMBARGOS ACOLHIDOS.
I - (...).
II - Juros moratórios incidentes a partir do evento danoso, no percentual de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do CC/2002 e, a partir desta data, fixados em 1% ao mês, conforme o art. 406 do CC/2002.
II - Embargos de declaração acolhidos.
(EDcl no REsp 687.799/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 03/08/2010).

Em relação ao termo inicial da correção monetária sobre os danos materiais, também deve ser mantida a sentença, porquanto encontra-se de acordo com os termos da Súmula 43, do STJ.

Por outro lado, no que se refere ao termo inicial da correção monetária relativa aos valores devidos a título de danos morais e estéticos, a sentença comporta reforma. Nesse caso, a correção monetária, nos termos da Súmula 362, do STJ, deverá incidir desde a data do arbitramento da indenização.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO PROTESTO INDEVIDO. FIXAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 362/STJ. VALOR DOS DANOS MORAIS. EXAGERO. DIMINUIÇÃO. 1. *O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a correção monetária, sobre o quantum devido a título de danos morais, incide a partir da data do arbitramento (Súmula 362/STJ), que é entendida como sendo o momento da fixação do valor definitivo da condenação.* 2. É possível a intervenção desta Corte para reduzir o valor indenizatório por dano moral nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre exorbitante, como na espécie. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ - AgRg no AREsp: 365513 PA 2013/0211238-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2013) - g.n.

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPREGADOR. EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. ACIDENTE DE TRABALHO. TIROS DEFLAGRADOS CONTRA O CHEFE DO DEPARTAMENTO DE PESSOAL. PARAPLEGIA. CRIME PRATICADO POR EX-EMPREGADO NO MOMENTO DA REGULARIZAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. SENTENÇA MÉRITO PROFERIDA ANTES DA EC Nº 45/2004. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS COMPOSTOS INDEVIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Proferida a sentença de mérito antes da vigência da EC nº 45/2004, permanece a competência da Justiça comum estadual para processar e julgar a ação de responsabilidade civil proposta por empregado contra empregador em decorrência de acidente de trabalho, bem como os respectivos recursos. Precedentes. (...) 6. Quanto aos danos materiais, incide correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo (cf. Enunciado nº 43 da Súmula do STJ). 7. *A correção monetária das importâncias fixadas a título de danos morais e estéticos "incide desde a data do arbitramento" (Enunciado nº 362 da Súmula do STJ).* 8. Julgada procedente a ação indenizatória, a ré arcará com as custas e com os honorários advocatícios, estes fixados, no caso, em 10% sobre o somatório das importâncias relativas ao dano moral, ao dano estético, às prestações vencidas, a um ano das prestações vincendas e aos demais danos materiais, todas com correção monetária e com juros de mora. 9. Recurso especial conhecido e provido.
> (STJ - REsp: 934969 SP 2007/0055151-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014) - g.n.

Sucumbência

Face à sucumbência mínima da parte autora, mantenho os honorários advocatícios, tal como fixados na sentença recorrida, à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, *dou PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso de apelação da Caixa Econômica Federal (CEF), apenas para fixar a data do arbitramento dos danos morais e estéticos como termo inicial da correção monetária incidente sobre tais valores. No mais, mantenho a sentença recorrida.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020124-14.2007.4.03.9999
(2007.03.99.020124-0)

Apelante: VALDIR ANTONIO DE CASTILHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE CUBATÃO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe de Processo: AC 1195860
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO NA IMPLANTAÇÃO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. GREVE. CARCTERIZADO DANO MORAL *IN RE IPSA*. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE AFASTADA. DANO MATERIAL JÁ RESSARCIDO.

1- Trata-se de ação que objetiva a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao pagamento de indenização, decorrente de alegado dano material e moral, sofrido em razão da demora no atendimento e pagamento de benefício previdenciário - auxílio acidente, devido à greve dos servidores da autarquia.

2- Em decorrência do atraso no pagamento do benefício de auxílio acidente, o autor se viu privado de sua fonte de renda e, estando acidentado, embora empregado, não podia trabalhar, restando impossibilitado de arcar com seu próprio sustento e dos seus por 98 dias, atrasando suas contas, assim como o comunicado do SERASA, conforme se comprovou nos documentos de fls. 27/29 e 47. São circunstancias que evidenciam o que o que autor suportou no período.

3- Quanto à necessidade de prova do prejuízo, tenho que o dano moral se mostra evidente, pois o benefício previdenciário possui natureza alimentar, situação que por si só se configura suficiente para demonstrar a presunção do prejuízo advindo da suspensão indevida, sendo desnecessária, portanto, qualquer exigência de prova concreta nesse sentido, ante natureza *in re ipsa*, ou seja, decorrem da própria ilicitude e natureza do ato, não havendo que se falar em ofensa ao artigo 159 do Código Civil ou artigo 333 do Código de Processo Civil.

4- A alegação de que a apelada agiu amparada por uma excludente de responsabilidade, ao argumento de o servidor que deveria ter recebido o requerimento do auxílio-acidente estava no exercício regular de direito do direito de grave não pode ser aceita, pois, conforme já dito, a responsabilidade objetiva prescinde da verificação da culpa do agente causador do dano, assim, não analisou sobre a legalidade do movimento paredista dos servidores da autarquia.

5- Demonstrado nos autos o ato causador do dano, evidenciado no atraso da análise do benefício de auxílio acidente, o nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral experimentado pelo apelante, consistente na situação vexatória e de insegurança sofrida com suspensão de sua fonte de renda, sendo suficiente para deixá-lo na posição de devedor junto à instituição bancária e os transtornos daí advindos, surgindo a obrigação de indenizar.

6- Analisadas as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso,

tenho que a indenização deve ser fixada em R$ 5.000,00, importância que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem ser instrumento propulsor de enriquecimento sem causa.

7- Apelação do autor parcialmente 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 parcial provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de setembro de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora contra a sentença de fls. 70 que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, deixando de condenar o autor ao ônus da sucumbência em virtude da concessão de Justiça Gratuita.

A ação distribuída à 2ª Vara Cível da Comarca de Cubatão.

Relata o autor na inicial que sofreu acidente do trabalho em 31/7/2001, dilacerando o quarto dedo da mão esquerda, com indicação de submeter-se a tratamento de saúde pelo prazo de 30 dias, razão pela qual ficou os 14 primeiros dias afastado do trabalho por conta de sua empresa, Consórcio Imigrante, como determina a legislação competente, sendo que após tal período deveria ser afastado pelo réu INSS.

Discorre que em decorrência da greve dos servidores do INSS ocorrida na época, somente conseguiu dar entrada na documentação competente em 20/11/2001, pois antes não conseguiu adentrar nas dependências das agências da autarquia.

Expõe que em razão da greve permaneceu de 15/8/2002 à 20/11/2001 sem receber o auxílio acidente e sem poder retornar ao trabalho, pois não possuía alta médica dos peritos médicos do réu, permanecendo 98 dias sem salário e sem receber o benefício previdenciário.

Ante os fatos ocorridos assevera que não pode cumprir seus compromissos, deixando de pagar cartões de crédito, tendo que realizar empréstimo pessoal no Banco Bradesco para saldar os débitos e despesas mensais, como água, luz, telefone e outros, tendo inclusive seu nome negativado nos registros do Serviço de Proteção ao Crédito e no SERASA.

Consigna que o INSS poderia ter organizado uma força tarefa para solucionar as pendências relativas aos acidentes do trabalho, auxílio doença etc., mas nem isso foi feito, de forma que deve ser responsabilizado pelos danos materiais, bem como os danos morais decorrentes, visto que teve seu nome lançado nos registros de mal pagador, situação que caracteriza dano moral, dispensando a prova de prejuízo.

Requer a procedência da ação com a condenação do réu ao pagamento de indenização por material e dano moral, a ser fixado no valor correspondente a 150 salários mínimos, com atualização desde a época dos fatos, bem como o pagamento do equivalente ao valor de 98 dias de auxílio acidente, solicitando ainda que lhe fosse deferido o benefício da gratuidade de justiça.

Apresentou documentos de fls. 9/31 e deu a causa o valor de R$ 100,00 (cem reais).

Foram deferidos os benefícios da Justiça Gratuita, a expedição de ofício ao Serviço de Proteção ao Crédito - SPC e determinada a citação do réu (fls. 36).

Às fls. 47 foi anexado a resposta do SERASA.

O Instituto Nacional do Seguro Social contestou a ação, arguindo preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido, informando que o benefício do autor foi concedido com o pagamento dos meses em atraso, de forma que não houve qualquer prejuízo ao autor.

Assevera que não estão presentes os requisitos que caracterizam a responsabilidade civil, nem esclarecido em que parte o patrimônio moral foi atingido, que inexiste ato ilegal, pois a greve da Agência de Cubatão foi considerada legal.

Sustenta ainda que o direito de greve está amparado constitucionalmente, portanto, o responsável pelo recebimento do requerimento do autor estava no exercício regular de um direito.

Ante a não comprovação do dano material ou dano moral, requereu o acolhimento da preliminar arguida, ou se assim não fosse entendido, que a ação fosse julgada improcedente.

Anexou à defesa os documentos de fls. 59/62.

A parte autora foi intimada para apresentar réplica e as partes para especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 63).

O autor apresentou réplica às fls. 65/67, protestando pela produção de provas.

O INSS informou às fls. 64 que não tem mais provas a produzir.

Foi dado vista ao Ministério Público, o qual manifestou desinteresse na sua intervenção no feito (fls. 68 verso).

Os autos foram levados à conclusão, tendo o Magistrado *a quo* proferido sentença, julgando improcedente a ação, deixando de condenar o autor ao ônus da sucumbência em virtude da concessão de Justiça Gratuita (fls. 70).

Inconformada, a parte autora apela (fls. 72/74) argumentando que é fato incontroverso que o apelante sofrera acidente do trabalho em 31/7/2001 e que devido ao movimento grevista do INSS somente pode dar entrada na Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT em 20/11/2001, após o término da greve, sendo que o réu não tomou qualquer providência para regularizar o atendimento de segurados.

Sustenta que o fato do INSS pagar os atrasados não apaga os prejuízos sofridos no decorrer dos 98 dias em que permaneceu sem qualquer tipo de remuneração, ficando esse período sem condições para sustentar-se e a sua família, bem como sem poder retornar ao trabalho. Requereu a reforma da sentença e a condenação do apelado ao pagamento de indenização por dano moral no equivalente a 150 salários mínimos e às verbas de sucumbência de 20% sobre o valor da condenação.

O INSS apresentou contrarrazões às fls. 76/79.

Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça, tendo sido proferido decisão de fls. 98/101, que decidiu pela competência recursal do TRF/3ª Região, nos termos do artigo 108, II da Constituição Federal.

Vieram os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sendo distribuídos à Sétima Turma, tendo sido proferido decisão de fls. 106/107, que determinou a livre distribuição do feito a uma das Turmas integrantes da Segunda Seção, com redistribuída da ação a esta Turma e conclusão em 16 de junho de 2015.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de ação que objetiva a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao pagamento de indenização, decorrente de alegado dano material e moral, sofrido em razão da demora no atendimento e pagamento de benefício previdenciário - auxílio acidente, devido à greve dos servidores da autarquia.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, assegura o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de violação à honra ou imagem das pessoas, objetivando atenuar sofrimento físico ou psíquico decorrente de ato danoso que atinge aspectos íntimos ou sociais da personalidade humana.

A responsabilidade do réu pelos alegados danos está regulada pelo disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, tratando-se de responsabilidade objetiva que prescinde da verificação da culpa do agente causador do dano, bastando, nesse caso, comprovar-se o dano e o nexo de causalidade existente entre esse dano e o evento danoso.

Nesse sentido, o enfoque a ser dado à questão não se restringe em saber se houve ilicitude no movimento paredista dos servidores da autarquia, mas sim se dessa conduta, ainda que lícita, resultou dano ao autor.

A tese defensiva da autarquia sustenta-se na inexistência do dano moral ou material, ante a ausência de prejuízo ao autor, visto que posteriormente teve seu benefício analisado e concedido com data retroativa de 16/8/2001, sendo-lhe pagos os valores atrasados em 18.12.2001.

No entanto, discordo do argumento, pois em decorrência do atraso no pagamento do benefício de auxílio acidente, o autor se viu privado de sua fonte de renda e, estando acidentado, embora empregado, não podia trabalhar, restando impossibilitado de arcar com seu próprio sustento e dos seus por 98 dias, atrasando suas contas, assim como o comunicado do SERASA, conforme se comprovou nos documentos de fls. 27/29 e 47. São circunstancias que evidenciam o que o que autor suportou no período.

Quanto à alegada necessidade de prova do prejuízo, tenho que o dano moral se mostra evidente, pois o benefício previdenciário possui natureza alimentar, situação que por si só se configura suficiente para demonstrar a presunção do prejuízo advindo da suspensão indevida, sendo desnecessária, portanto, qualquer exigência de prova concreta nesse sentido, ante natureza *in re ipsa*, ou seja, decorrem da própria ilicitude e natureza do ato, não havendo que se falar em ofensa ao artigo 159 do Código Civil ou artigo 333 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, a singela argumentação do apelante de que a situação não causou prejuízo ao autor, pois foram pagos os valores atrasados, não é suficiente para não afastar a imposição da obrigação de indenizar.

Destarte, devidamente demonstrado nos autos o ato causador do dano, evidenciado no atraso da análise do benefício de auxílio acidente, o nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral experimentado pelo apelante, consistente na situação vexatória e de insegurança sofrida com suspensão de sua fonte de renda, sendo suficiente para deixá-lo na posição de devedor junto à instituição bancária e os transtornos daí advindos, surgindo a obrigação de indenizar.

Também sobre a mesma matéria decidiu o STJ:

PREVIDENCIÁRIO. INDEVIDO INDEFERIMENTO DE PRORROGAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. REVISÃO DA CONCLUSÃO ADOTADA NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Hipótese em que a Corte de origem analisou o conteúdo fático-probatório dos autos e concluiu que o indeferimento do pedido de prorrogação do auxílio-doença, em setembro de 2007, foi indevido, considerando-se que o laudo pericial demonstrou claramente "a progressão da doença (neoplasia maligna do encéfalo sem cura disponível) e a necessidade de o segurado realizar uma segunda cirurgia em janeiro de 2008, em razão do seu agravamento". Diante desse quadro e, considerando que o segurado necessitou da ajuda de terceiros para sua subsistência e de sua família, que passou por dificuldades financeiras, com risco de despejo, ante a negativa do pagamento do benefício, durante a grave enfermidade de que padecia o segurado, o pedido de condenação do INSS ao pagamento de indenização por danos morais foi julgado procedente. II. Concluiu o Tribunal *a quo* que, "a somar-se à prova documental, as testemunhas ouvidas em Juízo confirmaram que o segurado Alécio demandava cuidados especiais enquanto estava enfermo, bem como que seus familiares necessitaram do auxílio de terceiros para arcar com seu sustento no transcorrer do infortúnio, inclusive com o risco de serem despejados. Ou seja, observa-se que, além de conviverem com a dor de uma enfermidade incurável, tiveram que passar por privações financeiras durante lapso temporal de 6 meses. Logo, revela-se reprovável a conduta do INSS de cancelar o benefício de auxílio-doença anteriormente concedido, deixando o segurado e sua família sem qualquer renda durante um período extremamente delicado, em que o primeiro lutava contra enfermidade de inquestionável gravidade. (...) a parte autora comprovou dor, angústia e sofrimento relevantes com a cessação do benefício previdenciário em momento delicado, no qual o segurado, portador de câncer agressivo que estava progredindo, tanto que necessitava realizar uma segunda cirurgia, e impossibilitado de laborar, teve o auxílio-doença cancelado. Via de conseqüência, a renda da família, que é humilde, foi suprimida pelo lapso temporal de aproximadamente seis meses, necessitando do auxílio de terceiros para sobreviver, como comprovado pela prova oral". III. Assim sendo, conclusão em sentido contrário - no sentido de que a parte autora não teria comprovado dor, angústia e sofrimento relevantes, surgidos do cancelamento do benefício - demandaria incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, a teor do enunciado 7 da Súmula do STJ. IV. Agravo Regimental improvido. (AGARESP 201401199125, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 23/10/2014 ..DTPB:.)

PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CESSAÇÃO INDEVIDA DE AUXÍLIO-ACIDENTE POR ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO ÓBITO DE HOMÔNIMO DO BENEFICIÁRIO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. 1. A irresignação do INSS se restringe, basicamente, ao entendimento perfilhado pelo acórdão de origem de que a cessação indevida do benefício previdenciário implicaria dano moral *in re ipsa*, apontando divergência jurisprudencial em relação a precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se exigira a prova do dano moral para autorizar sua indenização. 2. Não obstante o posicionamento dissonante entre os arestos colacionados pelo recorrente, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dispensar a prova do sofrimento psicológico em inúmeros situações, a exemplo da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes (AgRg no AREsp 331.184/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 5/5/2014), da suspensão indevida do fornecimento de água por débitos pretéritos (AgRg no AREsp 484.166/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/5/2014), do protesto indevido de título (AgRg no AREsp 444.194/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 16/5/2014), da recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento

médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada (AgRg no AREsp 144.028/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14/4/2014), entre outros. 3. No caso concreto, o acórdão de origem traz situação em que o INSS suspendeu o auxílio-doença em virtude da equivocada identificação do óbito de homônimo do autor. Nessas circunstâncias, é presumível o sofrimento e a angústia de quem, de inopino, é privado da sua fonte de subsistência mensal, e, no caso, o benefício previdenciário decorre de auxílio-acidente. 4. Agravo Regimental não provido. (AGARESP 201400562175, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 14/08/2014 ..DTPB:.)

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados desta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO A ERRO NO SISTEMA ELETRÔNICO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PROPORCIONALIDADE. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. I - A hipótese dos autos não trata de mero atraso no processo de implementação do benefício previdenciário, o qual, via de regra, não dá ensejo à responsabilidade civil do INSS, mas da ocorrência de suspensão de pagamento que já vinha sendo realizado, em razão de problema no sistema eletrônico do INSS. II - Responsabilidade por omissão configurada. III- O dano moral é decorrência lógica do fato, visto que a suspensão dos pagamentos devidos ao Autor, fizeram com que o mesmo experimentasse dor, amargura e sensação de impotência, principalmente em relação ao vexame e à privação dos recursos necessários ao cuidado de sua saúde, bem como de seus dependentes. IV - No tocante ao quantum devido a título de indenização por danos morais, a sentença deve ser reformada, porquanto o valor fixado pelo MM. Juízo *a quo*, não está em sintonia com o entendimento da 6ª Turma sobre a matéria. V- Quantum indenizatório reduzido para o valor de 3 (três) parcelas de auxílio-acidente, o qual entendo compatível com a gravidade dos fatos. VI- Apelação parcialmente provida e recurso adesivo improvido. (AC 00000595720044036004, DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ATRASO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FALHA DO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR RAZOÁVEL E ADEQUADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. FIXAÇÃO EQUITATIVA PELO JUIZ. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.
1. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
2. *In casu*, o cerne da questão está em saber se a delonga no pagamento de benefício previdenciário à parte autora ensejaria ou não dano moral passível de indenização, a qual tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.
3. Restou evidenciado o dano causado à parte autora consistente em deixar de auferir, por três meses consecutivos, o benefício previdenciário que lhe era de direito, qual seja, auxílio-doença por acidente do trabalho, verba com inegável caráter alimentar, em momento em que se encontrava com incapacidade laborativa plenamente reconhecida.
4. Igualmente, o nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta do agente público restou plenamente demonstrado, porquanto, se a falha no sistema de tecnologia da informação do INSS não tivesse ocorrido, o benefício não seria suspenso e a parte autora não passaria pelos inúmeros dissabores aos quais foi submetida, configurando-se a falta na prestação do

serviço público, causadora dos danos morais narrados nos presentes autos.
5. Configurada, assim, a ocorrência do dano, da ação do agente e o nexo causal, resta a apuração do quantum indenizatório.
6. A fixação da indenização por danos morais deve objetivar a justa reparação do prejuízo, observando: a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e a gravidade do dano, não podendo implicar enriquecimento ilícito, nem valor irrisório.
7. Diante das peculiaridades do presente caso, correto o quantum fixado pelo r. Juízo *a quo*, tratando-se de valor adequado à finalidade de reprimir a prática da conduta danosa, não caracterizando valor irrisório, tendo em vista o reduzido interregno em que a falha persistiu, nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito da parte autora.
8. O montante arbitrado encontra-se em conformidade com os precedentes jurisprudenciais pátrios, considerando a gravidade moderada da situação ocorrida, uma vez que os danos percebidos atingiram mais intensamente a esfera pessoal da parte autora no aspecto patrimonial, em período aproximado de três meses, não tendo, felizmente, alcançado, como em casos muito mais graves, perdas irreparáveis ou situações irreversíveis que atingem a integridade física ou a própria existência da vida física ou a própria existência da vida. Precedente jurisprudencial.
9. Adequada a fixação pelo r. Juízo *a quo* de honorários advocatícios devidos pela União Federal em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, que deve ser mantida nos termos do disposto no art. 20, § 4º, do CPC e consoante entendimento desta C. Sexta Turma.
10. Apelações improvidas.
(TRF - 3ª Região, 6ª T., AC 1783170, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 18.10.12, e-DJF3 Judicial 1 de 25.10.12).

A alegação de que a apelada agiu amparada por uma excludente de responsabilidade, ao argumento de o servidor que deveria ter recebido o requerimento do auxílio-acidente estava no exercício regular do direito de grave não pode ser aceita, pois, conforme já dito, a responsabilidade objetiva prescinde da verificação da culpa do agente causador do dano, assim, não analisou sobre a legalidade do movimento paredista dos servidores da autarquia.

Concluindo-se pelo cabimento da indenização por dano moral, resta apreciar o valor cabível.

Quanto ao dano material, não há o que ressarcir, visto que os valores referentes aos 98 dias de atraso do benefício previdenciário, que totalizaram R$ 1.311,14, já foram pagos administrativamente em 18/12/2001.

No que tange à fixação do quantum da indenização do dano moral, orientando-me pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, a fim de se estabelecer um valor equivalente entre o dano e o ressarcimento sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida.

Considerando que o valor do dano material é de R$ 1.311,14, a indenização não pode alcançar o montante pleiteado pelo apelante (150 salários mínimos).

Assim, analisadas as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso, tenho que a indenização deve ser fixada em R$ 5.000,00, importância que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem ser instrumento propulsor de enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, em situação semelhante o STJ decidiu:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. DANO MORAL. PROVA. VALOR FIXADO. SÚMU-

LA N. 7/STJ. 1. Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região (fls. 134/137) que, por unanimidade, manteve a decisão de primeiro grau, ao entendimento de que: a) restou devidamente comprovada, consoante documentação acostada aos autos (fls. 19/28), a inscrição indevida do nome do autor nos órgãos restritivos de crédito; b) foram observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no que se refere ao valor fixado a título de danos morais (R$ 5.000,00 - cinco mil reais). O INSS reclama a reforma do julgado ao argumento de que: a) houve omissão no acórdão não-suprida pelo recurso integrativo; b) seja afastada a sua responsabilidade pelo pagamento da indenização estipulada por ausência de demonstração de existência do dano sofrido ou, sucessivamente, a diminuição do quantum fixado. Aponta violação dos artigos 333, I, 535, II, do CPC, 186, 884 e 926 do CC. 2. Se não há omissão no acórdão que deva ser suprida pelo recurso integrativo é inoportuna a alegada violação do art. 535, II, do CPC. 3. A revisão da conclusão assumida pelo Tribunal de origem, baseada nas provas depositadas no autos, que ensejaram a condenação do INSS ao pagamento da indenização pleiteada e o quantum fixado a título de danos morais não podem ser objeto de exame no âmbito do recurso especial em face da vedação sumular nº 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido parcialmente e não-provido, por ausência de violação do art. 535, II, do CPC. (RESP 200701904634, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 05/11/2007 PG:00244 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. INSS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. CABIMENTO. QUANTUM DEBEATUR. REDUÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. Hipótese em que o Tribunal *a quo*, soberano no exame da prova, julgou que são ilegais os descontos nos proventos de aposentadoria da autora, porquanto inexistente o acordo de empréstimo consignado, e que a autarquia previdenciária agiu com desídia ao averbar contrato falso.
2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante a conjugação concomitante de três elementos - dano, negligência administrativa e nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público -, é inafastável o direito do autor à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados.
3. O valor dos danos morais, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), não se mostra exorbitante ou irrisório. Portanto, modificar o quantum debeatur implicaria, *in casu*, reexame da matéria fático-probatória, obstado pela Súmula 7/STJ.
4. Recurso Especial não provido.
(REsp 1228224/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011)

Sobre o valor da indenização fixada a título de dano moral, por tratar-se de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal Justiça, incidirá juros de mora desde a data do evento danoso, considerado este a partir do mês setembro de 2006 (mês subsequente ao da implantação do benefício, conforme fls. 59), e correção monetária a partir da data do arbitramento, nos termos da Súmula 362.

Deverá ser observado, no que couber e não contrariar a presente decisão, os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Cabe destacar que os índices de juros de mora e de correção monetária devem ser aplicados de acordo com o decidido pela Suprema Corte nas ADIS 4.357 e 4.425, o STF deu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como

marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data:

> 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

Concluindo, até 26/6/2009, atualização monetária e incidência de juros moratórios contra a Fazenda seguiria a legislação vigente à época, ou seja: atualização com base nos índices fornecidos pelos Tribunais e juros de mora de 1% ao mês a partir de 11/01/2003 e juros de 0,5% ao mês até 10/01/2003 (Transição para o novo código civil de 2002).

A partir de 30/06/2009 a 25/03/2015, data da entrada em vigor da Lei nº Lei 11.960/09, art.1-F da Lei nº 9494/97, a atualização monetária deverá ser realizada pela TR e juros moratórios nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança.

Sendo que a partir de 25/03/2015, data da modulação dos efeitos das ADI´s 4357 e 4425 pelo STF, a atualização monetária deverá ser atualizada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e os juros de mora nos débitos não tributários nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança.

Por fim, em razão da solução acima explicitada, cumpre reconhecer a sucumbência recíproca, eis que o restou indevido o pedido relativo ao dano material, devendo cada parte arcar com custas e despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do artigo 21, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação do autor para reformar a sentença e condenar o INSS ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de dano moral, fixando a sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21, do Código de Processo Civil.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0006337-88.2011.4.03.6114
(2011.61.14.006337-6)

Agravante: MARLENE MARIA DA CONCEIÇÃO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 101/102v
Apelante: MARLENE MARIA DA CONCEIÇÃO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AC 1808907
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DA CONTA POUPANÇA POR TERCEIRO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SITUAÇÃO DE ABORRECIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.
1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. De acordo com o artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, a Caixa Econômica Federal, empresa pública de personalidade jurídica de Direito Privado, instituição financeira em questão, fica sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, devendo, por conseguinte, se submeter às disposições da Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre proteção ao consumidor. Sendo objetiva a responsabilidade da CEF, responde pelos danos que eventualmente causar pela prestação de seus serviços, independentemente de culpa, observando-se o princípio da inversão do ônus da prova a favor do consumidor e a presunção de veracidade dos fatos narrados.
3. No caso em tela, saques indevidos na conta-poupança da parte autora foram realizados por terceiro não identificado. Porém, ainda que em um primeiro momento a instituição bancária tenha administrativamente se oposto ao pedido, não houve maiores consequências à parte autora, senão aquelas referentes ao aborrecimento de ter de solicitar o ressarcimento.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de agravo legal de fls. 103/109v interposto pela Marlene Maria da Concessão contra decisão proferida por este Relator às fls. 101/102v que, nos termos do art. 557, do CPC, negou seguimento à apelação da parte autora.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos materiais e morais, condenando a ré ao ressarcimento do valor de R$1.268,54 indevidamente sacado da conta da parte autora. Apelou a parte autora.

Em suas razões de inconformismo, a agravante alega ser devido o pagamento de indenização por danos morais, pois o simples fato de ter sua conta poupança violada, por terceiros, por si só gera dano moral presumido, de acordo com os artigos 12 e 14, do CDC, que trata da responsabilidade objetiva do fornecedor por fato do produto, pois, nessa hipótese, o dano moral independe da comprovação do abalo psicológico sofrido pela vítima, além da violação expressa do artigo 5º, V da CF, art. 186, do CC.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso a possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do CPC, vez que inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.
> 1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.
> 2. A "ratio essendi" do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.
> 3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 24.04.2006).
> 4. "In casu", o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada initio litis. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005

e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.
5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo "decisum" revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.
6. Agravo regimental desprovido.
(AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008)

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.
I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.
II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.
III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.
(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230)

Quanto à questão principal, reitere-se que o artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, a Caixa Econômica Federal, empresa pública de personalidade jurídica de Direito Privado, instituição financeira em questão, fica sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, devendo, por conseguinte, se submeter às disposições da Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre proteção ao consumidor.

Sendo objetiva a responsabilidade da CEF, responde pelos danos que eventualmente causar pela prestação de seus serviços, independentemente de culpa, observando-se o princípio da inversão do ônus da prova a favor do consumidor e a presunção de veracidade dos fatos narrados.

Ademais, seria contra o espírito da legislação consumerista, que tem com um de seus princípios o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a facilitação da defesa de seus direitos, impor-se a este produção de prova negativa, pois invariavelmente o levaria a derrota nas demandas propostas contra o fornecedor.

No caso em tela, saques indevidos na conta-poupança da parte autora foram realizados por terceiro não identificado (fls. 60 a 65). A Caixa Econômica Federal não procedeu ao ressarcimento em via administrativa (fls. 73, 74).

Porém, ainda que em um primeiro momento a instituição bancária tenha administrativamente se oposto ao pedido, não houve maiores consequências à parte autora, senão aquelas

referentes ao aborrecimento de ter de solicitar o ressarcimento.

> Ademais não basta, para a configuração dos danos morais, o aborrecimento *ordinário*, diuturnamente suportado por todas as pessoas. Impõe-se que o sofrimento infligido à vítima seja de tal forma grave, invulgar, justifique a obrigação de indenizar do causador do dano e lhe fira, intensamente, qualquer *direito da personalidade*. Nesse sentido, veja-se o magistério de Sérgio Cavalieri Filho: "Nessa linha de princípio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 4ª edição, 2003, p. 99).

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. NUMERAÇÃO EQUIVOCADA DO MOTOR DO AUTOMÓVEL. SITUAÇÃO DE MERO ABORRECIMENTO OU DISSABOR. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A jurisprudência desta Corte entende que, quando a situação experimentada enseja mero aborrecimento ou dissabor, como no caso dos autos, não há falar em dano moral.
> 2. No caso, não ficou demonstrada nenhuma hipótese de excepcionalidade. O Tribunal de origem, mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, entendeu não estarem presentes elementos que caracterizem a indenização por danos morais.
> 3. A reversão do julgado afigura-se inviável, tendo em vista a necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (STJ, AgRg no AREsp 509812/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 20.02.2015)

Assim, a r. decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

Direito Constitucional



SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0022953-11.2015.4.03.0000
(2015.03.00.022953-3)

Requerentes: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E OUTRO
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE
Classe do Processo: SLAT 3004
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRONICO 15/10/2015

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar expedida em interdito proibitório.

A requerente - Fundação Nacional do Índio (FUNAI) - diz que a área questionada é tradicionalmente indígena.

Noticia que, em 28 de março de 2005, o Presidente da República homologou, por meio de decreto, a demarcação da terra indígena.

Este ato foi suspenso, liminarmente, há mais de dez (10) anos, pelo Supremo Tribunal Federal (MS 25.463), o que provocou a retirada de 700 (setecentos) indígenas do local. Não houve decisão final.

Por isto, a FUNAI alega não ser possível deixar os indígenas afastados de suas terras tradicionais.

Ademais disto, na ação originária, a perícia antropológica reconheceu a tradicionalidade da ocupação da área, pela comunidade indígena.

Por fim, a requerente afirma que os índios não estão dispostos a deixar a área e pretendem resistir até a morte, no caso de desocupação das terras (fls. 07-verso).

É uma síntese do necessário.

No Juízo de 1º grau, a questão foi abordada com ponderação:

> Verifico que os autores possuem mandado proibitório expedido em favor deles e confirmado pelas superiores instâncias.
> Informam, em suas petições, a alteração do quadro fático, com a desobediência do determinado nesse mandado consistente na invasão, pelos indígenas guarani/kaiowa da região de Antonio João/MS.
> A posse está provada, nesse contexto, além da liminar anteriormente concedida, pelas provas de fls. 2276/2281 e reportagens amplamente divulgadas pela mídia (fls. 2283/2298).
> Da mesma forma, os esbulhos estão documentados nos autos, no sentido do fechamento da estrada que dá acesso às Fazendas denominadas Barra, Fronteira e Cedro e da invasão concretizada da Fazenda Primavera (fls. 2255/2275).
> Portanto, a dinâmica própria dos conflitos de terra não permite, muitas vezes, a real aferição do grau de violação à posse, se ameaça, turbação ou esbulho. Dada essa dinâmica, exigir do autor a prova cabal do status de agressão ao seu direito pode constituir, como *in casu*, prova impossível, porquanto, dentro do tempo entre o protocolo e a análise do caso, por mais que seja célere, o quadro fático pode mudar substancialmente.
> Além do mais, no presente caso, a expedição de mandado de reintegração (destinado ao combate à violação mais grave) atenderá às situações de eventual ameaça ou turbação (violações menos graves).

> Por derradeiro, aclaro que as ações possessórias prestam-se à defesa da posse (artigos 920, 926 e 932, todos do CPC).
> Como visto a posse dos autores está sendo violada e, por isso, merece tutela jurisdicional.

Por primeiro, cumpre registrar que o laudo antropológico precisa, ainda, ser submetido a contraditório e ao exame final de uma decisão judicial.

De outro lado, não cabe a qualquer parte – indígena, ou não – submeter o cumprimento de ordem judicial ao seu juízo de conveniência e oportunidade. A determinação judicial é sempre imperativa e de curso forçado.

Por fim, ao desabrido descumprimento da ordem de desocupação, a FUNAI acrescenta que os índios estariam dispostos a levar a *resistência conflituosa até o limite da morte*.

O *Supremo Tribunal Federal* rejeita a concessão de estatuto jurídico a este discurso processual. Nos conflitos fundiários, por longo tempo, o Poder Judiciário deu guarida – direta ou indiretamente, por ação ou omissão, de modo consciente ou não – à tática da confrontação.

Todos os grupos envolvidos nesta questão complexa – fazendeiros, colonizadores, grileiros, comunidades indígenas, empresas nacionais ou estrangeiras e entidades religiosas ou governamentais, entre outros – foram expostos ao *inaceitável expediente*.

O conflito que já era grave e de difícil solução tornou-se, então, refém de um mal ainda maior: *o recurso sistemático ao discurso e à prática da violência*.

O Supremo Tribunal Federal interditou a tática. A discussão do grave conflito não pode ser feita com a ameaça retórica do recurso à violência, *seja qual for o interesse contrariado e o seu titular*.

Segundo o *magistério plenário* da mais Alta Corte do País, nas hipóteses de potencial ou real conflito, as forças estatais de manutenção da paz pública devem ser empregadas. Confira-se:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA OPERAÇÃO DE RETIRADA DOS POSSEIROS. AMEAÇA DE CONFLITO ARMADO ENTRE ELES E OS ÍNDIOS.
> (...)
> 3. A ameaça de conflito entre as partes interessadas diz respeito à segurança pública, matéria que se constitui em "dever do Estado", a ser exercido pelos órgãos próprios "para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144 da Carta Magna).
> 4. Medida cautelar deferida até o julgamento de mérito da controvérsia, em qualquer das ações principais. (AC 2009 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-01 PP-00039).

Por fim, convém ressaltar que a questão da demarcação ainda está pendente de exame no Poder Judiciário. Este fato, contudo, não autoriza a ocupação de outras áreas, além daquelas *já atribuídas* aos indígenas, por meio de *acordo*, no limite de *30 hectares*.

Embora a demarcação das terras indígenas tenha sido homologada, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, em sede de mandado de segurança, o decreto presidencial, até que seja proferida decisão final sobre a questão.

Neste contexto, a Presidência desta Corte não pode proferir qualquer decisão referente à posse da área questionada, sob pena de desrespeito – *claro ou dissimulado – à liminar*

concedida no Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor.

Por estes fundamentos, *indefiro* o pedido de suspensão da medida liminar.

Publique-se.

Intime-se.

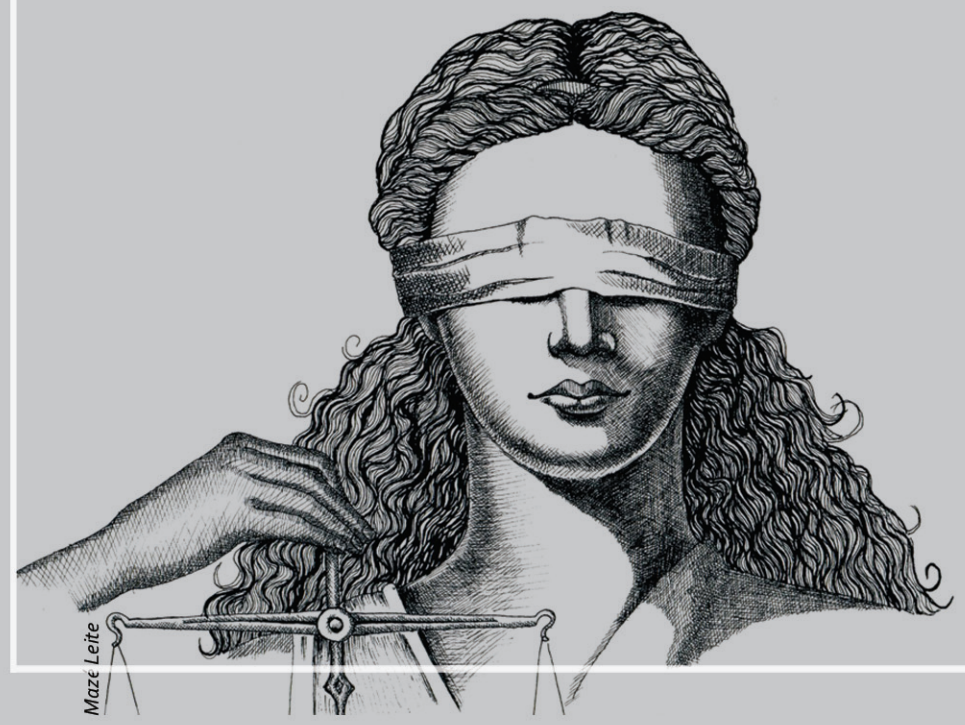
Comunique-se.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 08 de outubro de 2015.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL
0014906-95.2003.4.03.6102
(2003.61.02.014906-4)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: LUIZ ANTONIO DOS SANTOS
Corréu: VALDOMIRO GOMES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACr 31974
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONEXÃO PROBATÓRIA. ARTIGOS 304 C.C. 297, AMBOS DO CP. USO DE CNH FALSA. "EMENDATIO LIBELLI". MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. DOLO COMPROVADO. RECURSO PROVIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1- A Justiça Federal é competente para o julgamento do crime de falso, em razão da conexão probatória com o delito de moeda falsa, de acordo com o disposto no artigo 76, III, do Código de Processo Penal e na Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça.

2- Os fatos descritos na denúncia encontram correspondência na figura típica prevista no artigo 304, do Código Penal, aplicando-se as penas previstas no artigo 297, do Código Penal. Não há qualquer limitação para a aplicação da regra do artigo 383, do Código de Processo Penal, em segunda instância.

3- A materialidade delitiva ficou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão e pelo laudo de exame documentos cópico que concluiu pela falsificação da CNH.

4- A autoria está igualmente demonstrada, uma vez que foi encontrada em poder do acusado CNH falsificada, fato corroborado pelos depoimentos dos policiais no Inquérito Policial e pela confissão do réu tanto perante a autoridade policial quanto em Juízo.

5- O elemento subjetivo do tipo penal de uso de documento falso é o dolo genérico, demonstrado através do próprio interrogatório do réu em Juízo, ocasião em que afirmou que sabia que para tirar carteira de habilitação era necessária a realização de exames teórico e prático perante a autoridade competente, mas que não havia realizado tais exames, e que comprou a CNH de um terceiro pelo valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

6- Apelação provida.

7- De ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa.

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 à apelação para condenar Luiz Antônio dos Santos pela prática do crime descrito no artigo 304,

c.c. o artigo 297, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do apelado em relação a estes delitos pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO:

Trata-se de apelação interposta pela Justiça Pública em face da sentença que absolveu LUIZ ANTONIO DOS SANTOS da prática do crime previsto no artigo 297, do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> Segundo consta do presente inquérito policial (fls. 04), em 14 de novembro de 2002 policiais militares da cidade de Pradópolis-SP informaram aos policiais de Guariba-SP (fls. 43 e 49/51) que os DENUNCIADOS estariam nesta cidade (em um parque de diversões) passando dinheiro falso, mais precisamente notas de R$ 50,00.
> Os mesmos foram abordados no local indicado e disseram que estavam apenas se divertindo e que o dinheiro dos mesmos era fruto do trabalho deles. Em poder de LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS foi encontrada uma Carteira Nacional de Habilitação, a qual aparentava ser falsa.
> Em depoimento, o denunciado LUIZ ANTÔNIO confessou que a Carteira Nacional de Habilitação que portava era falsa, pois pagou R$ 500,00 (quinhentos reais) e forneceu sua cédula de identidade a um desconhecido para obter o documento falso.
> A Carteira Nacional de Habilitação foi submetida à perícia para a determinação da sua autenticidade ou falsidade. Através do Laudo nº 2803/02 da Polícia Técnica Científica, ficou constatada a falsidade do documento (fls. 16/l9).
> Na mesma ocasião, foi apreendida em poder de VALDOMIRO GOMES DOS SANTOS uma cédula de R$ 50,00 (cinquenta reais) com número de série A 7715100160A. Submetida à perícia para a determinação de sua autenticidade ou falsidade (Laudo nº 0415/03 da Polícia Técnica Científica - (fls. 44/46), chegou-se à conclusão de que a nota é falsa e não se trata de falsificação grosseira, uma vez que pode iludir pessoa de cultura média e desatenta).
> A materialidade delitiva e a autoria restaram comprovadas pelos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 07), pelos Laudos Documentoscópicos (fls. 16/19 e 44/46), bem corno pelos depoimentos carreados e relatório de investigação (fls. 75/79).
> Em face do exposto, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS corno incurso no artigo 297, do Código Penal, VALDOMIRO GOMES DOS SANTOS, como incurso no artigo 289 § 1º, do Código Penal (...).

A denúncia foi recebida em 04 de março de 2004 (fls. 124/125).

A sentença julgou improcedente a ação penal para absolver Valdomiro Gomes dos Santos da prática do delito previsto no artigo 289, §1º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, e absolver Luiz Antonio dos Santos da prática do crime previsto no artigo 297, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal apela, pugnando pela condenação do réu Luiz Antonio dos Santos pela prática do crime previsto no artigo 304, do Código Penal, requerendo, inclusive, seja realizada a "emendatio libelli" nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal (fls. 296 e 308/317).

O réu apresentou contrarrazões (fls. 327/330).

A Procuradoria Regional da República opina seja dado provimento ao recurso (fls. 332/335).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face da sentença que absolveu Luiz Antônio dos Santos e Valdomiro Gomes dos Santos, respectivamente, da prática dos crimes previstos nos artigos 297 e 289, § 1º, do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> Segundo consta do presente inquérito policial (fls. 04), em 14 de novembro de 2002 policiais militares da cidade de Pradópolis-SP informaram aos policiais de Guariba-SP (fls. 43 e 49/51) que os DENUNCIADOS estariam nesta cidade (em um parque de diversões) passando dinheiro falso, mais precisamente notas de R$ 50,00.
> Os mesmos foram abordados no local indicado e disseram que estavam apenas se divertindo e que o dinheiro dos mesmos era fruto do trabalho deles. Em poder de LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS foi encontrada uma Carteira Nacional de Habilitação, a qual aparentava ser falsa.
> Em depoimento, o denunciado LUIZ ANTÔNIO confessou que a Carteira Nacional de Habilitação que portava era falsa, pois pagou R$ 500,00 (quinhentos reais) e forneceu sua cédula de identidade a um desconhecido para obter o documento falso.
> A Carteira Nacional de Habilitação foi submetida à perícia para a determinação da sua autenticidade ou falsidade. Através do Laudo nº 2803/02 da Polícia Técnica Científica, ficou constatada a falsidade do documento (fls. 16/l9).
> Na mesma ocasião, foi apreendida em poder de VALDOMIRO GOMES DOS SANTOS uma cédula de R$ 50,00 (cinquenta reais) com número de série A 7715100160A. Submetida à perícia para a determinação de sua autenticidade ou falsidade (Laudo nº 0415/03 da Polícia Técnica Científica - (fls. 44/46), chegou-se à conclusão de que a nota é falsa e não se trata de falsificação grosseira, uma vez que pode iludir pessoa de cultura média e desatenta.
> A materialidade delitiva e a autoria restaram comprovadas pelos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 07), pelos Laudos Documentoscópicos (fls. 16/19 e 44/46), bem corno pelos depoimentos carreados e relatório de investigação (fls. 75/79).
> Em face do exposto, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS corno incurso no artigo 297, do Código Penal, VALDOMIRO GOMES DOS SANTOS, como incurso no artigo 289 § 1º, do Código Penal (...).

A denúncia foi recebida em 04 de março de 2004 (fls. 124/125).

A sentença julgou improcedente a denúncia para absolver Valdomiro Gomes dos Santos

da prática do delito previsto no artigo 289, §1º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, e absolver Luiz Antônio dos Santos da prática do crime previsto no artigo 297, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal (fls. 280/293).

O Ministério Público Federal apela, pugnando pela condenação do réu Luiz Antonio dos Santos pela prática do crime previsto no artigo 304, do Código Penal, requerendo, inclusive, seja realizada a *emendatio libelli* nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal (fls. 296 e 308/317).

O réu apresentou contrarrazões (fls. 327/330).

A Procuradoria Regional da República opina seja dado provimento ao recurso (fls. 332/335).

É o relatório.

À revisão.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

Da competência da Justiça Federal para o julgamento

Inicialmente, ressalte-se a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do crime de falso, em razão da conexão probatória com o delito de moeda falsa, de acordo com o disposto no artigo 76, III, do Código de Processo Penal e na Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Da tipificação dos fatos narrados na denúncia.

O Juízo *a quo* absolveu o apelado por ausência de provas de ter falsificado a Carteira Nacional de Habilitação - CNH apreendida em seu poder.

Porém, consta da denúncia transcrita no relatório que foi encontrada em poder do apelado uma CNH falsa. Ou seja, em nenhum momento narrou a denúncia que o réu falsificou referido documento, mas apenas que a CNH falsa foi por ele utilizada.

Desta forma, os fatos descritos na denúncia encontram correspondência na figura típica prevista no artigo 304, do Código Penal, aplicando-se as penas previstas no artigo 297, do Código Penal.

3. Da emendatio libelli em Segunda Instância.

Não há qualquer limitação para a aplicação da regra do artigo 383, do Código de Processo Penal, em Segunda Instância, e a desclassificação, operada sem qualquer outra providência, não resultará em ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a decisão final, ao direito de ampla defesa ou em cerceamento para a acusação, pois não haverá surpresa para o acusado, que se defendeu amplamente dos fatos criminosos que lhes foram imputados.

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO DIAMANTE. LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98. NULIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. MUTATIO LIBELLI NÃO CONFIGURADA. MERA EMENDATIO LIBELLI - DESNECESSIDADE DE PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES. ORDEM DENEGADA.
> O princípio da correlação entre a peça vestibular e a sentença é um dos pilares do nosso processo penal, entretanto, tal princípio deve coexistir com o da livre dicção do direito, jura

novit curia, isto é, o juiz conhece o direito, é ele quem cuida do direito, expresso na regra narra *mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).
2- Se o fato criminoso está descrito na denúncia, ainda que não tenha ali sido capitulado, pode o Juiz por ele condenar o acusado, posto que a defesa é contra os fatos e não contra a capitulação do delito.
3- A *emendatio libelli* é procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia.
4 - Ordem denegada.
(STJ-HC 47.838/GO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27.3.2008, DJ 14.4.2008, p. 1)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP.
1. O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da definição jurídica dada na denúncia;
2. A adequação típica pode ser alterada tanto pela sentença quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*;
3. Se a nova classificação jurídica dada aos fatos, adequando a capitulação, nenhum dano trouxe ao paciente, já que se defendeu amplamente da narrativa inicial, não refletindo a conclusão do decisum em alteração na pena ou no regime carcerário, nenhuma nulidade há que se corrigir;
4. Ordem denegada.
(STJ - HC 41.527/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 09.12.2005, DJ 06.02.2006, p. 347)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP INEXISTENTE. DENÚNCIA. ADITAMENTO. EMENDATIO LIBELLI. MEDIDA DISPENSÁVEL. NARRATIVA ABRANGENTE QUE PERMITE OUTRA ADEQUAÇÃO TÍPICA. ART. 171, § 3º, DO CP E ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. CONDUTAS DIVERSAS. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. SÚMULA Nº 7/STJ.
[...] II - Se a *imputatio facti*, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP).
III - Não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).
(...)
(STJ-REsp 761.354/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19.9.2006, DJ 16.10.2006, p. 421)

A adequação típica pode ser alterada, em segundo grau, via *emendatio libelli* (art. 383 do CPP, nos limites do art. 617 do CPP.
(HC nº 13328/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18/12/2000)

4. Do mérito.

A materialidade delitiva ficou demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11/13), bem como pelo laudo de exame documentoscópico (fls. 22/25), que concluiu pela falsificação material da CNH por ausência de diversas características presentes em documento original.

A autoria está igualmente demonstrada, uma vez que foi encontrada em seu poder CNH falsificada, fato corroborado pelos depoimentos dos policiais no Inquérito Policial (fls. 49, 55 e 57).

Ademais, tanto perante a autoridade policial (fl. 64) quanto em Juízo (fls. 183/185) o réu confessou que apresentou a CNH falsa aos policiais no momento da abordagem e que comprou o documento falso de terceira pessoa pelo valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Confira-se:

> (...) que obteve a Carteira de Habilitação que foi apreendida através de um desconhecido que disse ser de Taquaritinga e que poderia obter o documento para o interrogado; que não necessitou fazer nenhuma aula, apenas entregou àquela pessoa cópia de sua cédula de identidade, pagando R$ 500,00; que o interrogado sabe dirigir, mas não costumava fazer uso do documento para dirigir, porém, na noite em que os policiais abordaram o interrogado, seu irmão e Valdemir, quando um dos policiais perguntou quem era habilitado, o interrogado apresentou sua C.N.H. e conduziu o veículo do local da abordagem até esta Delegacia (...).
> (no Inquérito Policial).
> J:. (lida a denúncia) é verdade isso?
> D:. É.
> J:. O senhor estava com a carteira falsa?
> D:. Estava, mas não sabia que era falsa.
> J:. Fez exame de trânsito perante a autoridade policial?
> D: Não.
> J:. O senhor sabia dirigir?
> D:. Sabia.
> J:. O senhor trabalha do que?
> D:. Na época trabalhava de fiscal de turma.
> J:. Como fiscal não tinha conhecimento de que para tirar carteira de habilitação teria que fazer exames escrito e prático, sendo que as pessoas mais humildes sabem disso?
> D:. Sabia, mas...
> J:. O senhor pagou quanto pela carteira?
> D:. 500 reais.
> J:.. Pode declinar o nome da pessoa de quem comprou a carteira?
> D:. Eu vi uma vez.
> J:. Então comprou a carteira de um desconhecido, não fez exame e alega que desconhecia que era falsa?
> D:. Ele garantiu que não era falsa. (...).
> (em Juízo)

Por sua vez, o elemento subjetivo do tipo penal de uso de documento falso é o dolo genérico, demonstrado através do próprio interrogatório do réu em Juízo, ocasião em que afirmou que sabia que para tirar carteira de habilitação era necessária a realização de exames teórico e prático perante a autoridade competente, mas que não havia realizado tais exames, e que comprou a CNH de um terceiro pelo valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Assim, os elementos coligidos aos autos indicam, à saciedade, que o acusado tinha plena ciência acerca da ilicitude de seu comportamento consistente na utilização de CNH falsa.

Desta forma, a condenação do réu pela prática do crime descrito no artigo 304, c.c. artigo 297, ambos do Código Penal, é de rigor.

Passo à dosimetria das penas.

O réu é primário e possui bons antecedentes, sendo vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para agravar a pena-base quando ausente condenação transitada em julgado, *seja a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social*, sob risco de violação do princípio da presunção da inocência, nos termos da Súmula nº 444,

do E. Superior Tribunal de Justiça.

Assim, ausentes outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O réu confessou que apresentou aos policiais a CNH falsificada que comprou de terceira pessoa.

Desta forma, na segunda fase da dosimetria deve incidir a circunstância atenuante da confissão, não sendo atenuadas as penas em razão do disposto na Súmula nº 231, do E. Superior Tribunal de Justiça.

Ausentes causas de aumento ou de diminuição das penas, fixo definitivamente as penas em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Tendo em vista que o apelado afirmou, em seu interrogatório, receber o valor mensal de R$ 570,00 (quinhentos e setenta reais), fixo o valor de cada dia-multa no mínimo legal, qual seja, 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos dos artigos 49, § 1º e 60, *caput*, ambos do Código Penal, corrigido monetariamente na fase da execução.

Fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena por entender adequado e suficiente para a reprovação do crime, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

Trato, agora, da matéria prescricional.

Regulando-se a prescrição, na espécie, em razão da pena ora aplicada (dois anos de reclusão), pelo prazo de 04 (quatro) anos (art. 109, V, CP), e decorrido este entre a data do recebimento da denúncia e a presente data, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, *ex officio*.

Ressalvo a possibilidade de interpretação extensiva do artigo 110, § 1º, segunda figura, do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/2010), expressivo do princípio de que os recursos para os Tribunais Superiores não obstam o reconhecimento da prescrição na modalidade retroativa.

Se na hipótese de desprovimento do apelo da acusação não deixa de haver a possibilidade de recurso para os Tribunais Superiores por identidade de razões deve aplicar-se o preceito nas demais situações em que pela pena confirmada ou aplicada pelo Tribunal resulta configurada a prescrição.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para condenar Luiz Antonio dos Santos pela prática do crime descrito no artigo 304, c.c. artigo 297, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, e, *ex officio*, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE de Luiz Antonio dos Santos em relação ao delito previsto no artigo 304, c.c. artigo 297, ambos do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, verificada no lapso compreendido entre a data do recebimento da denúncia e a presente data, nos termos dos artigos 107, IV, 109, V, e 110 (na redação anterior à Lei nº 12.234/2010), todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

AÇÃO PENAL
0043847-52.2008.4.03.0000
(2008.03.00.043847-6)

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: JOSE ANTONIO BARROS MUNHOZ E ADEMIR DE ASSIS GRACIATO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: APN 318
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2015

EMENTA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDENAÇÃO DECRETADA.
- Preliminares rejeitadas.
- Documentos consistentes em comprovantes de repasse de valores à unidade gestora do RPPS do Município que encerravam declarações diversas das que deviam ser escritas, porque a informação devida era dos valores repassados e o repasse ocorreu em montante inferior ao declarado. Conduta que alterava a verdade de fato juridicamente relevante porque a regularidade fiscal é requisito para rol de operações previstas na lei. Fatos que se amoldam ao tipo penal da falsidade ideológica.
- Hipótese de boa-fé que se afasta porque para nessa condição lançar o agente sua assinatura nos documentos era necessário que o fizesse na crença de que refletissem o fato da dívida mas promovida foi a obtenção de certificados de regularidade e não faria sentido pretendê-los com uso de documentos que se acreditasse espelhassem o débito.
- Elementos dos autos que evidenciam a dívida e esta inobstante os requerimentos de certificado de regularidade, nada, portanto, que pudesse acontecer sem conhecimento dos acusados que, neste contexto, não poderiam com suas assinaturas aperfeiçoar os documentos ignorando não serem fiéis à verdade.
- Materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual. Condenação decretada.
- Pena-base fixada no mínimo legal.
- Hipótese que é de pluralidade de delitos em continuidade delitiva, aplicado o aumento no percentual de 1/5 em vista do critério da quantidade de infrações encadeadas.
- Estabelecido o regime aberto e substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.
- Denúncia julgada procedente para condenação dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares, nos termos do voto do Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR (Relator). Votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, TORU YAMAMOTO, SOUZA RIBEIRO (convocado para

compor quórum), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA e DIVA MALERBI. Quanto ao mérito, por unanimidade, julgar procedente a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR (Relator). Votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, TORU YAMAMOTO, SOUZA RIBEIRO (convocado para compor quórum), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA e DIVA MALERBI. E, quanto à condenação, por maioria, condenar os réus como incursos nos artigos 299, *caput*, c.c. 71 do Código Penal, a 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de ½ (meio) salário mínimo, estabelecido o regime aberto, e substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de entrega mensal de 02 (duas) cestas básicas, pelo tempo de duração da pena, a entidade pública ou privada com destinação social, nos termos do voto do Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, LUIZ STEFANINI, TORU YAMAMOTO, SOUZA RIBEIRO (convocado para compor quórum), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA e NEWTON DE LUCCA. Vencido o Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, que divergia quanto à dosimetria da pena, fixando-a em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário de ½ salário mínimo, em regime aberto, substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, no que foi acompanhado pela Desembargadora Federal DIVA MALERBI. Vencido, ainda, o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, que fixava a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, aplicava a agravante do artigo 61, II, "g", do Código Penal, aplicava a continuidade delitiva de 1/5 (um quinto) e estabelecia o regime semiaberto.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

O Ministério Público Federal denunciou José Antônio Barros Munhoz, Ademir de Assis Graciato, Antonio Hélio Nicolai e Hélio Citrângulo por delitos capitulados nos artigos 171, §3º e 299 c.c 29 e 69 do Código Penal, descrevendo nestes termos as condutas imputadas:

> 1.- Consta dos autos do incluso procedimento administrativo que a Receita Federal do Brasil realizou uma auditoria direta no Regime Próprio de Previdência Social - RPPS do Município de Itapira (SP), objetivando verificar o cumprimento, por parte dos administradores daquele município, dos critérios e exigências para a constituição, organização e funcionamento dos Regimes Próprios de Previdencia Social, estabelecidos pelo artigo 40 da Constituição Federal, pela Lei 9.717, de 27.11.1998 e pelos atos normativos regulamentares correlatos.
> A auditoria abrangeu o período de janeiro de 2001 a agosto de 2007, tendo sido encerrada com a entrega da Notificação de Auditoria Fiscal nº 0239/2007, de 26.10.2007 (fls. 242) e do Relatório de Auditoria- Fiscal (fls. 243/268).
> Apurou-se, no decorrer da auditoria (conforme item 7 - fls. 259/260), que os administradores do munícipio, ora denunciados, encaminharam à Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPS, documentos denominados "Comprovantes de Repasse", previstos na Portaria MPAS

nº 4.992, de 05.02.1999 (artigo 14, §5º e Anexo IV), com declaração dos valores repassados à unidade gestora do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS diversa dos valores efetivamente repassados e verificados pela auditoria.
2. - Realmente, pela correspondência datada de 17 de dezembro de 2004, o então Gestor do Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do Município de Itapira, o denunciado ADEMIR DE ASSIS GRACIATO, encaminhou ao Ministério da Previdência Social, "os Comprovantes de Repasses" referentes aos bimestres, de 1º ao 5º, devidamente retificados (fl.12).
Entre esses "Comprovantes de Repasses" estavam aqueles relativos aos bimestres de 1) maio-junho/2004 (fls. 08/09); 2) julho-agosto/2004 (fls. 10/11); 3)setembro-outubro/2004 (fls. 13/14); e 4) novembro-dezembro/2004 (fls. 15/16).
No "Comprovante de Repasses" relativo ao bimestre maio-junho/2004, o então Prefeito Municipal, ora denunciado, JOSÉ ANTONIO BARROS MUNHOZ, na qualidade de "representante legal do ente", declarou que o município de Itapira havia repassado ao Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do município, os valores relativos às contribuições previdenciárias dos servidores civis ativos e inativos e pensionistas, no valor total de R$759.254,43 (setecentos e cinqüenta e nove mil, duzentos e cinqüenta e quatro reais e quarenta e três centavos), sendo R$379.084,96 (trezentos e setenta e nove mil, oitenta e quatro reais e noventa e seis centavos) relativos ao mês de maio/2004 e R$380.169,47 (trezentos e oitenta mil, cento e sessenta e nove reais e quarenta e sete centavos) relativos ao mês de junho/2004. No mesmo documento, o Gestor do Fundo, ADEMIR DE ASSIS GRACIATO (representante legal da unidade gestora) declarou que recebera aqueles valores repassados pelo município, declarando, mais, que retivera valores relativos aos servidores inativos e pensionistas, nos montantes de R$7.715,49 (maio) e R$7.715,49 (junho).
No "Comprovante de Repasses" relativo ao bimestre julho-agosto/2004, o então Prefeito Municipal, ora denunciado, JOSÉ ANTONIO BARROS MUNHOZ, na qualidade de "representante legal do ente", declarou que o município de Itapira havia repassado ao Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do município, os valores relativos às contribuições previdenciárias dos servidores civis ativos e inativos e pensionistas, no valor total de R$836.123,76 (oitocentos e trinta e seis mil, cento e vinte e três reais e setenta e seis centavos), sendo R$415.171,45 (quatrocentos e quinze mil, cento e setenta e um reais e quarenta e cinco centavos) relativos ao mês de julho/2004 e R$420.952,31 (quatrocentos e vinte mil, novecentos e cinqüenta e dois reais e trinta e um centavos) relativos ao mês de agosto/2004. No mesmo documento, o Gestor do Fundo, ADEMIR DE ASSIS GRACIATO (representante legal da unidade gestora) declarou que recebera aqueles valores repassados pelo município, declarando, mais, que retivera valores relativos aos servidores inativos e pensionistas, nos montantes de R$21.987,09 (julho) e R$16.685,54 (agosto).
No "Comprovante de Repasses" relativo ao bimestre setembro - outubro/2004, o então Prefeito Municipal, ora denunciado, JOSÉ ANTONIO BARROS MUNHOZ, na qualidade de "representante legal do ente", declarou que o município de Itapira havia repassado ao Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do município, os valores relativos às contribuições previdenciárias dos servidores civis ativos e inativos e pensionistas, no valor total de R$851.021,70 (oitocentos e cinquenta e um mil, vinte e um reais e setenta centavos), sendo R$432.231,20 (quatrocentos e trinta e dois mil, duzentos e trinta e um reais e vinte centavos) relativos ao mês de setembro/2004 e R$418.790,50 (quatrocentos e dezoito mil, setecentos e noventa reais e cinquenta centavos) relativos ao mês de outubro/2004. No mesmo documento, o Gestor do Fundo, ADEMIR DE ASSIS GRACIATO (representante legal da unidade gestora) declarou que recebera aqueles valores repassados pelo município, declarando, mais, que retivera valores relativos aos servidores inativos e pensionistas, nos montantes de R$16.707,30 (setembro) e R$17.010,86 (outubro).
3. - Por sua vez, em fevereiro de 2005, já na nova gestão da administração municipal, foi encaminhado, ao Ministério da Previdência Social, no "Comprovante de Repasses" relativo ao bimestre novembro-dezembro/2004 (fls. 15/16).

No "Comprovante de Repasses" relativo ao bimestre novembro-dezembro/2004, o então Prefeito Municipal, ora denunciado, ANTONIO NICOLAI, na qualidade de "representante legal do ente", declarou que o município de Itapira havia repassado ao Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do município, os valores relativos às contribuições previdenciárias dos servidores civis ativos e inativos e pensionistas, no valor total de R$1.237.006,30 (hum milhão, duzentos e trinta e sete mil e seis reais e trinta centavos), sendo R$421.179,31 (quatrocentos e vinte e um mil, cento e setenta e nove reais e trinta e um centavos) relativos ao mês de novembro/2004 e R$815.827,06 (oitocentos e quinze mil, oitocentos e vinte e sete reais e seis centavos) relativos ao mês de dezembro/2004. No mesmo documento, o Gestor do Fundo, também denunciado HÉLIO CITRÂNGULO (representante legal da unidade gestora) declarou que recebera aqueles valores repassados pelo município, declarando, mais, que retivera valores relativos aos servidores inativos e pensionistas, nos montantes de R$16.901,48 (novembro) e R$33.508,41 (dezembro).

4. - Ocorre que, na realidade, tais repasses não haviam sido realizados nos moldes em que havia sido declarado naqueles "Comprovantes de Repasses".

Pelo demonstrativo que se encontra a fl. 18, verifica-se que, nos meses de maio a dezembro de 2004 (inclusive 13º salário), as contribuições foram recolhidas em valores inferiores àqueles declarados como devidos.

A auditoria realizada pela Receita Federal do Brasil, por meio do Auditor-Fiscal Narlon Gutierre Nogueira, concluiu que nas competências maio a novembro de 2004 a Prefeitura Municipal deixou de repassar as contribuições por ela devidas ao FMAP, resultando num débito de R$1.437.777,65, que somente veio a ser regularizado em dezembro de 2005, através do parcelamento autorizado pela Lei nº 3.845/2005.

Referida Lei encontra-se a fls. 20/21 e comprova, de maneira cabal, que, de fato, os repasses não ocorreram da forma como havia sido declarado pelos gestores municipais. Seu artigo 1º reza que "Fica o Poder Executivo Municipal de Itapira autorizado a firmar acordo para amortizar a dívida com o FMAP- Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do Município de Itapira, que monta em R$1.648.726,15 (um milhão seiscentos e quarenta e oito mil setecentos e vinte e seis reais e quinze centavos), nas condições previstas na presente lei" e, de fato, em 07 de junho de 2006, foi firmado o Instrumento de Reconhecimento e confissão de Dívida e Acordo de Parcelamento copiado a fls. 22/24.

É certo, pois, que, no período de maio a dezembro de 2004 e em fevereiro de 2005, os denunciados fizeram inserir, nos comprovantes de repasse encaminhados ao Ministério da Previdência Social, declaração diversa da que devia ser escrita, alterando, assim, a verdade sobre fato juridicamente relevante, qual seja, aquele relativo à situação do município quanto ao cumprimento de suas obrigações para com a Previdência Social e com seus servidores e pensionistas.

5- Em decorrência das falsas declarações constantes dos supra descritos "Comprovantes de Repasses", o Ministério da Previdência Social emitiu indevidametne 5(cinco) Certificados de Regularidade Previdenciária (CRPs), nas datas de 15.09.2004 (CRP nº 986553-26202), 30.12.2004 (CRP nº 986553-28902), 26.04.2005 (CRP nº 986553-31595), 21.07.2005 (CPR nº 986553-33879) e 29.09.2005 (CPR nº 986553-35655) (fls. 231/235).

O Ministério da Previdência Social foi, de fato, induzido em erro e prejudicado pelos ora denunciados, que encaminharam falsas declarações que habilitavam o município ao recebimento do Certificado de Regularidade Previdenciária quando, na realidade, sua situação era irregular, na medida em que os devidos repasses ao Fundo Gestor não haviam sido realizados. Os denunciados lograram obter, indevidamente, para o Município de Itapira, os Certificados de Regularidade Previdenciária supra arrolados, mediante as condutas fraudulentas antes descritas.

Os CRPs eram absolutamente necessários, já que, sem eles, ficaria o município sujeito às sanções do artigo 7º, da Lei 9.717/98, quais sejam, a suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União, o impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes,

bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União, suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais e suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.
Exemplificativamente, observe-se que, graças aos CRPs indevidamente emitidos, o Município de Itapira obteve a liberação, em 10.12.2004, do valor de R$2.029.592,00, referente ao contrato de repasse nº 0149113-90, celebrado em 29.11.2002 entre o Município e a Agência Nacional de Águas - ANA, por intermédio da Caixa Econômica Federal, relativo a ações no âmbito dos programas de gestão de recursos hídricos (número do convênio no SIAFI - 470007); a liberação, em 14.12.2005, do valor de R$ 142.650,00, referente a uma parcela do contrato 21/80103-7, celebrado em 29.06.2004, com o Banco do Brasil (recursos do BNDES/FINAME), para aquisição de veículos destinados a equipar a frota municipal; e a liberação pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do fluxo de compensação previdenciária entre o RGPS e o RPPS, entre set/2004 e out/2005, no valor total de R$13.770,57, tudo como consta da representação de fls. 04/07 e nos documentos de fls. 27/56.
6.- Como se vê, JOSÉ ANTÔNIO BARROS MUNHOZ, na condição de Prefeito Municipal de Itapira/SP, gestão 01.01.2001 a 31.12.2004, ADEMIR DE ASSIS GRACIATO, na época exercendo as funções de Diretor de Finanças da Prefeitura Municipal, ANTÔNIO HÉLIO NICOLAI, também na condição de Prefeito Municipal de Itapira, gestão 01.01.2005 em diante, e HÉLIO CITRÂNGULO, Diretor de Finanças da Prefeitura, fizeram inserir, os dois primeiros denunciados nos bimestres maio-junho/2004 a setembro-outubro/2004 (entregues em dezembro de 2004), e os outros dois denunciados no bimestre novembro-dezembro/2004 (entregues em fevereiro de 2005), declarações diversas das que deveriam constar nos Comprovantes de Repasse de valores à unidade gestora do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, declarações essas consistentes na informação de repasse integral, quando, na verdade, o repasse foi apenas parcial, resultando num débito de R$1.437.777,65 (um milhão, quatrocentos e trinta e sete mil, setecentos e setenta e sete reais e sessenta e cinco centavos), tudo com o fim de alterar a verdade sobre a regularidade fiscal do município, tendo, com isso, obtido para o Município de Itapira, vantagem ilícita consistente na emissão indevida dos Certificados de Regularidade Previdenciária - CRP, o que permitiu que fosse ele beneficiado por operações de transferências de recursos pela União.

Em sessão de 09.12.2009 deste Colegiado foi a denúncia recebida parcialmente para processamento da demanda penal contra os dois primeiros denunciados pela imputação de crime de falsidade ideológica.

Recursos especiais foram interpostos pela defesa do acusado José Antonio Barros Munhoz e pela acusação, que não foram admitidos por decisões proferidas pela Vice-Presidência desta Corte, contra as quais foram interpostos agravos, e no curso do feito vieram informações de julgamento pelo E.STJ conhecendo dos agravos para negar seguimento aos recursos especiais, e de ocorrência de trânsito em julgado (fls. 1043/1053).

Os réus foram interrogados (fls. 659, 661 e 1072/1075) e foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 794 e 817/819), cinco pela defesa (fls. 881/882, 937/938, 953/954, 964/965 e 974/975) e uma em comum pela acusação e pela defesa do acusado Ademir de Assis Graciato (fl. 795).

Designada, a pedido da defesa do acusado José Antonio Barros Munhoz, data para novo interrogatório, foi realizado o ato, o acusado Ademir de Assis Graciato manifestando desinteresse e requerendo dispensa (fls. 1072/1075, 1035).

Diligências requeridas pela defesa foram indeferidas e as partes apresentaram suas alegações.

A acusação sustenta a comprovação da materialidade e autoria do delito, destacando a auditoria realizada e apuração das contribuições devidas que deixaram de ser repassadas e comprovantes de repasse declarando valores a maior do que os efetivamente recolhidos, tratando-se de documento que retrata verdade juridicamente relevante, uma vez que visa atestar a regularidade previdenciária do ente federativo com regime próprio de previdência social, essencial para que realize outras operações para captação de recursos, ocorrendo a emissão indevida de certificados de regularidade previdenciária e a auditoria constatando o fato bem como a realização de transferências voluntárias de recursos pela União para as quais se exigia o CRP, os comprovantes de repasses sendo assinados pelos réus prefeito e representante legal da unidade gestora e o conjunto probatório indicando que atuaram com dolo de falsear a verdade, anotando que o documento é apto a caracterizar o delito dispensando outras averiguações e que é indiferente para a consumação do crime de falso a ocorrência de qualquer prejuízo ou obtenção de benefício, bastando que a falsidade recaia sobre verdade juridicamente relevante, contrato com a Agência Nacional de Águas desfeito, certificado de regularidade vencido e também a correção posterior das informações para fins de pagamento parcelado, antes da denúncia, não tendo o condão de afastar a tipicidade do delito, que é formal e se consuma com a inserção de dados falsos em documento público ou particular com o fim de alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante, concluindo com manifestação pela condenação dos réus, com pena-base acima do mínimo legal, aplicação da agravante do artigo 61, II, "g" do Código Penal, da causa de aumento do parágrafo único e acréscimo da continuidade delitiva.

A defesa do acusado José Antonio Barros Munhoz suscita preliminares de inépcia da denúncia por ausência de descrição da conduta típica e de nulidade na delegação dos atos de interrogatório e instrução por violação ao princípio do juiz natural e da imediação e, no mérito, alega que a acusação lançada é confusa e lacunosa, o que acaba prejudicando seu exercício de defesa e em razão disso só conseguindo compreender os fatos, tais como efetivamente ocorreram, ao longo da instrução e sendo completamente distintos da versão acusatória, destacando que a Prefeitura de Itapira foi pioneira no estabelecimento de um sistema de previdência municipal, o que foi feito já na gestão do acusado, que sempre incentivou a previdência municipal e não tinha qualquer motivo para praticar qualquer ato ilícito com ela relacionado, anotando que caso não considerasse um importante instituto simplesmente não teria se preocupado em estabelecer a previdência municipal em Itapira e na sequência aduzindo que na época dos fatos o Fundo de Previdência de Itapira contava com uma estrutura embrionária e valia-se de servidores que se dedicavam também a outras atividades municipais e que a obrigação de informação mensal do repasse por meio de um formulário específico foi estabelecida mediante a Portaria nº 236, do Ministério da Previdência Social, de 10.03.2004 e a informação sendo transmitida e recebida pelo contador via comunicação sem qualquer diretriz oficial ou detalhamento para seu cumprimento, enfatizando que os fatos imputados na denúncia são do período imediatamente subsequente à Portaria, assim o contador dando início à elaboração do documento colhendo as informações que recebia do departamento de pessoal que as enviava já com os dados sobre valores das bases de cálculo e valores a serem recolhidos a título de contribuição patronal e do servidor e ocorrendo de incluir nos documentos valores calculados a partir da base de cálculo mas não se preocupando em checar com a Diretoria de Finanças qual o valor efetivamente pago, desse modo presumindo que a Prefeitura estava repassando os valores integralmente, o que não estava ocorrendo por dificuldades financeiras, em razão dessa falha de comunicação sendo feitas declarações equivocadas pela Municipalidade, nesse contexto o acusado não tendo condições de conhecer números em grau de detalhe e sobretudo confiando em sua equipe, salientando que os comprovantes de repasse vinham para o acusado assinar já com a assinatura do corréu Diretor de Finanças e gestor do Fundo de Previdência

e asseverando que outro dado fundamental consiste no protocolo de 30.12.04 informando à nova gestão sobre os valores mês a mês não repassados e que também foram incluídos no balanço do Fundo de Previdência como contribuições a receber, concluindo que tudo foi feito com absoluta transparência e informação, frisando que tais informações foram prestadas anos antes de qualquer investigação e não se podendo cogitar de motivação outra que não a de absoluta boa-fé, no restante da peça repisando, sustentando ou detalhando as alegações aduzidas e acrescentando sobre certificado de regularidade vencido, débitos previdenciários regularizados com adesão a parcelamento dizendo não ter havido relevância jurídica nas declarações prestadas e que a premissa acusatória era de falsidade ideológica como meio para o delito de estelionato, imputação esta afastada e assim sendo impossível falar-se em persecução pelo crime meio, ainda acrescendo alegação de que se tratava de documentação dependente de averiguação e renovando a de ocorrência de crime-meio e absorção de delito, então na perspectiva de crime tributário que admite por hipótese e cuja punibilidade estaria extinta por afastadas responsabilidades no campo fiscal e também devido ao parcelamento, concluindo com asserção de total falta de verossimilhança da acusação com destaque a histórico de vida profissional e postulando a absolvição.

A defesa do acusado Ademir de Assis Graciato suscita a mesma preliminar de inépcia da denúncia e, no mérito, sustenta ter-se apurado nos autos que o funcionamento do fundo dependia dos valores repassados à Diretoria de Finanças e ao contador pelo setor de pessoal, sendo que o contador declarava o montante total a ser pago, que seria então recolhido pelo setor de Finanças, e conforme o procedimento de emissão o Município deveria cadastrar uma ou mais pessoas para a inserção de dados no sistema, enviando à Previdência Social o Comprovante de Repasse, posteriormente ao envio do comprovante de repasse havendo a geração de uma planilha a ser assinada pelo Prefeito e pelo responsável pelo Fundo Previdenciário que deve ser enviada ao Ministério da Previdência Social e observando-se que a assinatura do acusado era mera formalidade, pois o comprovante era emitido antes da documentação chegar às suas mãos, também aduzindo que à ocasião dos fatos o fundo municipal não possuía estrutura e recursos materiais e humanos próprios, funcionado conjuntamente com a diretoria de finanças, não possuindo contador e demais funcionários exclusivos e que na condição de gestor do fundo, não controlava diretamente a elaboração dos comprovantes de repasse à Previdência Social, e tampouco o efetivo repasse de valores, competindo ao setor de recursos humanos e a diretoria fazendária tais atos e que a conferência de tais planilhas não seria tarefa a ser razoavelmente exigida do acusado pelo enorme volume de trabalho e documentação que passava por suas mãos bem como a especificidade de tal documento que exigiria extensos conhecimentos técnicos por parte do acusado, o qual, não possuindo estes, contava com o auxílio de demais funcionários para a tarefa, não se podendo punir o acusado por meramente referendar documentos que lhe foram apresentados pelos setores competentes, devendo-se atentar ao momento das condutas, os comprovantes referentes ao período de maio a outubro de 2004 sendo entregues apenas em dezembro de 2004 ou seja, as informações foram inseridas no sistema mês a mês, com a geração dos respectivos comprovantes de repasse, contudo tais documentos foram apenas assinados pelo acusado e remetidos ao Ministério da Previdência Social em dezembro de 2004, asserindo não haver então nexo causal entre a conduta do acusado em assinar a documentação em dezembro de 2004 e a conduta potencialmente delituosa de inserir as informações no sistema realizadas mês a mês, por terceiro e sem sua anuência ou conhecimento, prosseguindo com negativa do dolo específico, realçando que ao final de sua atividade profissional junto a Prefeitura, realizou levantamento de todos os valores que foram identificados como faltantes, sendo a divulgação transparente de tal levantamento o que permitiu à administração seguinte

identificar o problema e aderir ao parcelamento que regularizou os débitos previdenciários e postulando a absolvição.

Juntados documentos pela defesa do acusado José Antônio Barros Munhoz manifestou-se o MPF, reiterando "o teor das alegações finais (f.1.080/1.091), pleiteando o regular trâmite processual com a prolação de acórdão condenatório".

Na fase do artigo 215 do Regimento Interno foram indeferidos requerimentos do MPF e da defesa do acusado José Antônio Barros Munhoz, quanto ao acusado Ademir de Assis Graciato nada requerendo a defesa no prazo da norma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Preliminarmente examino as questões a este título aduzidas.

A prefacial de inépcia formal é de manifesta improcedência. Descreve a denúncia os fatos das declarações de valores em montante superior ao efetivamente repassado e também narra sobre a utilidade final da remoção de óbice à captação de recursos. Falar que "se tornou imensamente difícil para não dizer impossível a tarefa da defesa" é algo que só se justifica por uma opção de tudo e qualquer coisa dizer sem qualquer autocritica, já referir que "a exordial acusatória se revela omissa e lacunosa, já que, considerando fazer parte da função do Peticionário, à época, a assinatura dos comprovantes de repasse, não podem, jamais, tais condutas serem consideradas isoladamente como criminosas" é argumentação que evidentemente não concerne à descrição dos fatos mas ao mérito da demanda penal, anotando-se que se era documentação necessária à emissão do certificado de regularidade por sua vez necessária para a captação de recursos o dolo em qualquer de suas modalidades estava imputado e descrito com a narração destas circunstâncias.

Efetivamente "genéricas" são as alegações da defesa, "vagas e imprecisas" são as formulações da defesa, em suma a denúncia com toda e máxima clareza narrando sobre o delito imputado com todos os elementos necessários a seu aperfeiçoamento ao descrever as condutas de ambos os acusados assinando documentos com as declarações inquinadas de falso e apontando a utilidade no afastamento de sanções de suspensão de transferências voluntárias de recursos etc com correlato significado de hipotética intenção de alteração da verdade de fato juridicamente relevante. É questão, ademais, já rechaçada na decisão de recebimento parcial da denúncia. Rejeito novamente.

Outra preliminar é de nulidade por delegação de atos ao juiz de primeira instância. É providência prevista na lei, que se ofendesse o princípio do juiz natural deveria então ter sido declarada inconstitucional e ocorrendo de a defesa arbitrariamente confundir competência com instrução - "a competência originária, por outro lado, implica não apenas que o Tribunal deve julgar o feito, mas também, por óbvio, *que deve realizar a instrução probatória*, pois apenas dessa maneira poderá ter contato direto com a prova produzida, em atenção ao aludido princípio da imediação" e lançada a falsa premissa complementar com a mera conclusão de que "se o princípio do juiz natural determina que o acusado somente poderá ser julgado pelo órgão competente; se, por conta disso, é inviável que haja delegação de competência; e se a competência envolve, além dos atos decisórios, atos de instrução: então não é permitido

que o magistrado delegue a realização de toda a instrução", também apenas se alegando "que não poderá ser delegada toda a instrução e de uma só vez, e muito menos para uma Vara determinada" e não se demonstrando incidisse o ato em supostas restrições do que dispõe a lei: "A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal" e que "o relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem", o fundamental sendo a delegação ao juiz com competência territorial e não se verificando as apenas alegadas restrições, em tudo quanto se alega de liame lógico nada se lobrigando, ao fim e ao cabo o que se vislumbra sendo argumentação lançada com total descompromisso aos conceitos jurídicos envolvidos, deturpados e baralhados com mera associação arbitrária de ideias, também esta preliminar de todo inconsistente desvelando-se e igualmente ficando repelida.

Franqueada a via de exame do mérito convém primeiramente apurar da ocorrência de crime em tese, da tipicidade da conduta.

Clara e diretamente demonstrada está a discrepância de valores, devidamente provado ficou o fato da declaração de valores superiores aos efetivamente repassados e o documento não era daqueles dependentes de averiguação, tanto que ensejou a emissão de certificados de regularidade. É o que, no tipo penal, corresponde à previsão de no documento "inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita".

Dúvida também não pode haver, porque sequer é matéria de fato, mas de previsões da lei, da utilidade da conduta na perspectiva da expedição do certificado de regularidade por sua vez necessário para o recebimento de verbas pela Municipalidade. Trata-se, nesta parte, do "fim de prejudicar direito, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".

Em síntese, são documentos encerrando declarações diversas das que deviam ser escritas, porque a informação devida era dos valores repassados e o repasse ocorreu em montante inferior aos declarados, e a conduta alterava a verdade de fato juridicamente relevante porque a regularidade fiscal é requisito para todo o rol de operações previstas na lei.

Amolda-se o fato ao tipo penal da falsidade ideológica com toda e máxima justeza.

Por outro lado, de absorção por se tratar de crime-meio validamente não há se cogitar. É na perspectiva acima delineada que se põe a falsidade ideológica, conduta por hipótese praticada para remover óbices em importantes operações do Município, não como meio para a execução de qualquer delito autônomo.

A materialidade e autoria são verdades devidamente estabelecidas nos autos. Evidenciado ficou o fato das declarações discrepantes da verdade e são assinaturas dos réus as lançadas nos documentos.

Remanesce a questão do dolo, sendo este o preciso alvo das operações lógicas de maior importância nesta demanda penal.

Faz sentido a *opinio delicti*. Se a conduta diversa exigível, a saber, a declaração dos efetivos repasses, em tese contrariava interesses na obtenção de recursos, motivo não faltava para a prática deliberada de prestação das declarações discrepantes da verdade com ciência da inexatidão e com o especial fim de alteração da verdade da situação de irregularidade previdenciária empecilho de negócios do Município.

A defesa faz seu trabalho de refutação enfatizando a mecânica dos fatos conforme depoimentos prestados nos autos.

Pelo depoimento do auditor fiscal introduzidos na prova foram esclarecimentos sobre a

dinâmica dos fatos, declarando que as informações são prestadas pela internet por contador, posteriormente assinadas pelo representante do Município afirmando ter repassado os valores e o responsável pelo Fundo confirmando o recebimento.

Havia, segundo as declarações prestadas, um elemento de duração no tempo, quando assinados os comprovantes de repasses pelos representantes legais do Ente e do Fundo relacionadas operações já se tendo realizado em áreas outras envolvidas na apuração dos valores a serem repassados e nos depósitos, e conforme depoimento do contador os cálculos eram efetuados na área de pessoal com base nas folhas de pagamento e a partir de 2005, na gestão posterior, havendo uma reestruturação do Fundo e a testemunha passando a controlar os repasses e recebimentos.

Faz sentido então a ideia de, utilizada a terminologia de uma das testemunhas, "alimentação do sistema" com dados de contribuições que deveriam ser entendidos como de contribuições a serem repassadas, porque o contador não faria o controle conferindo os depósitos dos valores.

Possibilidade de equívocos, a teor dos depoimentos de testemunhas, existiriam então, numa área apurando-se com base na folha de pagamento o valor devido e em outra providenciando-se os recolhimentos e conferência não se fazendo, mas, fato era, também, a dívida, que não se pode pretender seja desconhecida por ocupante de cargo de prefeito, porque se dívida previdenciária pode prejudicar interesses do Município não pode o prefeito, que por estes deve zelar, omitir-se no conhecimento de situação dessa natureza.

Por outro lado, verbas são assunto fundamental em qualquer governo e não poderia o prefeito estar alheio às providências visando os certificados de regularidade necessários.

Posta nestes termos a questão, considerando não só a dinâmica dos repasses como pretende a defesa mas o crucial fato da dívida, e não me parecendo sensato trabalhar com a hipótese de que o prefeito não soubesse da dívida, concluo que duvidar não se pode de que assinou com conhecimento de que os valores efetivamente repassados eram inferiores.

Sabia o prefeito do débito e para assinar de boa-fé os documentos era necessário que o fizesse na crença de que refletissem o fato da dívida mas promovida foi a obtenção dos certificados de regularidade e não fazia sentido pretendê-los com uso de documentos que se acreditasse espelhassem o débito.

A máquina administrativa pode cometer equívocos mas se anda sozinha é só até certo ponto e naquele em que chegou a situação não estaria fora do controle do prefeito.

No quadro que se apresenta, ausente qualquer elemento de infirmação, não há outra explicação para o fato de o acusado ter assinado os documentos senão com conhecimento de que não retratavam o débito e assim atuando com o especial fim de alteração da verdade pelos eventuais óbices que a realidade do débito representava à obtenção de verbas para o Município.

Os elementos dos autos evidenciam a dívida e esta inobstante os requerimentos de certificados de regularidade, nada, portanto, que pudesse acontecer sem conhecimento de alguém na condição de prefeito que, neste contexto, não poderia com sua assinatura aperfeiçoar os documentos ignorando não serem fiéis à verdade.

Sobre as alegações referindo certificado de regularidade vencido assevero que o importante, neste ponto, é que a ausência de documento vigente podia obstaculizar a operação e isto como já exposto não podia deixar de entrar nos cálculos do prefeito.

Enfim, tudo quanto fala a defesa a estas considerações submete-se e nenhum dos fatos alegados tem o pretendido alcance de suscitar dúvidas do dolo.

Quanto ao corréu era também o diretor de finanças e nesta condição sequer poderia

ignorar qualquer suposto equívoco já que não podia desconhecer o efetivamente depositado, anotando-se não encerrar pertinência a alegação de levantamento de valores faltantes informados à gestão posterior. É fato que não guarda relação com a estrutura do crime qual imputado e comprovado. A imputação é de falsidade nas declarações de valores para alteração da verdade de fato juridicamente relevante relacionado a exigências para a obtenção de recursos pela Prefeitura, o débito não é elementar do delito, sua importância no caso é como elemento de prova.

Tudo quanto discorre a defesa com as pretendidas consequências não se confirma à vista dos elementos supra considerados, havendo provas suficientes de que não foi por equívoco, por assinarem montanhas de papéis ou coisa que o valha que os réus subscreveram os documentos mas com consciência e vontade de prestação das declarações em desconformidade com a verdade e o veredicto condenatório é medida que se impõe.

Pretende o Ministério Público Federal a fixação da pena-base acima do mínimo legal aludindo a consequências do crime e débito exorbitante de R$ 1.437.777,65 mas não vejo pertinência na alegação porque a conduta sequer visava encobrir a dívida para adiar sua cobrança mas à liberação de verbas.

Não há evidentemente nexo causal entre a conduta e o débito, que vinha antes, e nela também nada se lobriga de ofensivo a Previdência Social, a esta relacionada havendo somente a consequência de burla a restrições impostas com a finalidade de compelir o devedor a voluntariamente cumprir a obrigação de recolhimento, pertinência não havendo com nada que saísse da mera situação de inadimplemento e, portanto, da velha e conhecida noção de que por dívida não se pode punir criminalmente. Não há, portanto, se pretender que a conduta do Prefeito e gestor do Fundo tivessem, no sentido penal, porque a lei penal não sanciona por mera dívida, que no caso, aliás, segundo depoimento de testemunha, referia-se a cota patronal, lesado a clientela da Previdência Social. Lesaram a fé pública, afinal o delito é o do artigo 299 do Código Penal, e fora das balizas desse delito não pode o MPF pretender qualquer maior rigor na punição dos réus.

A agravante também não incide, porque a falta de conferência e exatidão de dados é inerente à prática dolosa da conduta.

De qualificadora também validamente não se pode pensar, obviamente os réus assinaram os documentos não porque se prevaleciam do cargo mas porque a eles tanto incumbia.

O caso é de pluralidade de delitos, não, porém, em concurso material, como classifica a denúncia, mas em continuidade delitiva, consoante aduzido nas alegações finais da acusação "considerando a prática pelos acusados de crimes de falsidade ideológica por três vezes consecutivas, nos bimestres de maio/junho, julho/agosto e setembro/outubro de 2004, devem os subsequentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro, aplicando-se *in casu* a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal."

Aplicado o critério da quantidade de infrações encadeadas incide o aumento no percentual de 1/5.

O valor do dia-multa é estipulado na quantidade adiante fixada, que nada nos autos demonstra fosse incompatível com a capacidade econômica dos réus.

Ficam os réus José Antônio Barros Munhoz e Ademir de Assis Graciato condenados como incursos nos artigos 299, *caput* c.c 71 do Código Penal a um ano, dois meses e doze dias de reclusão e doze dias-multa no valor unitário de 1/2 salário mínimo, estabelecido o regime aberto e substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de entrega mensal de duas cestas básicas

pelo tempo de duração da pena a entidade pública ou privada com destinação social.

Aplica-se o previsto no artigo 804 do CPP quanto às custas do processo e com o trânsito em julgado os nomes dos réus deverão ser lançados no rol dos culpados.

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia para condenar os réus, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Em sessão de julgamento realizada em 12 de agosto de 2015, o Órgão Especial, *por unanimidade*, rejeitou as questões preliminares. Quanto ao mérito, *por unanimidade*, julgou procedente a denúncia para condenar os réus JOSÉ ANTONIO BARROS MUNHOZ e ADEMIR DE ASSIS GRACIATO como incursos nos artigos 299, *caput* c.c artigo 71 do Código Penal. E no tocante à condenação, o Órgão Especial, *por maioria*, condenou os réus ao cumprimento de *1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de ½ (meio) salário mínimo, em regime aberto, substituídas as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de entrega mensal de 2 (duas) cestas básicas, durante o tempo de duração da pena, a entidade pública ou privada com destinação social*, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR, com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, LUIZ STEFANINI, TORU YAMAMOTO, SOUZA RIBEIRO (convocado para compor quórum), DAVID DANTAS (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA e NEWTON DE LUCCA.

Vencido este Desembargador Federal, que divergia quanto à dosimetria da pena, fixando-a em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de ½ (meio) salário mínimo, em regime aberto, com substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, no que foi acompanhado pela Desembargadora Federal DIVA MALERBI.

Vencido, ainda, o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE que fixava a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, aplicava a circunstância agravante prevista no artigo 61, II "g" do Código Penal, aplicava a continuidade delitiva de 1/5 (um quinto) e estabelecia o regime semi-aberto.

Apresento, por escrito, os fundamentos de minha divergência, que restringem-se à dosimetria da pena.

Entendo que na primeira fase de fixação da pena, o artigo 59 do Código Penal não traz nenhuma circunstância judicial capaz de elevar a pena-base, razão pela qual fixo-a no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, entendo que incide a circunstância agravante prevista no artigo 61, II, "g" do Código Penal, que dispõe que a pena deve ser necessariamente agravada quando houver violação de dever inerente ao cargo. Isso porque dos agentes públicos e dos agentes políticos (onde se insere o Prefeito), exige-se o dever de lealdade tanto para com os munícipes como também para com outros órgãos da Administração Pública. O rompimento desse dever de lealdade, a meu ver, significa violação de dever inerente ao cargo.

Dessa forma, aplico um aumento na pena-base de ¼ (um quarto), alcançando, na segunda fase da dosimetria, a pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

E, na terceira fase, estou inteiramente de acordo com o Relator para que se seja reconhecida a continuidade delitiva, fazendo incidir o aumento de 1/5 (um quinto), chegando à pena final de *1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa*, mantido o valor unitário do dia-multa em ½ (meio) salário mínimo e o regime de cumprimento de pena aberto, estabelecidos pelo Relator.

Concordo que trata-se de caso que permite a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, diante do rol do artigo 43 do Código Penal, opto pela prestação de serviços à comunidade, como faz o ilustre Relator, e pela *limitação de fim de semana*.

Face ao exposto, condeno os réus JOSÉ ANTONIO BARROS MUNHOZ e ADEMIR DE ASSIS GRACIATO como incursos nos artigos 299, *caput* c.c artigo 61, II, "g" e artigo 71 do Código Penal ao cumprimento de *1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de ½ (meio) salário mínimo. Presentes os requisitos legais, substituo a pena corporal por penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana*.

É o meu voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

As razões apresentadas pelo Relator para rejeitar as preliminares e proferir o juízo de condenação são robustas e incontroversas.

Quanto à fixação da pena e sua dosimetria, entendo que devam ser diversas do que entendeu a maioria.

É preciso atender às circunstâncias e consequências do crime que, *in casu*, é o do artigo 299 do Código Penal. Um dos réus era o Prefeito de Itapira e o outro, gestor do Fundo Municipal de Aposentadorias e Pensões do município. Eram, portanto, altas autoridades e tal condição não pode ser desconsiderada. É relevante, ademais, que foram encaminhadas falsas declarações de valores de repasses à Secretaria de Políticas de Previdência Social, o que significa a falta de recolhimento de contribuição, entre maio de dezembro de 2004, no valor de R$ 1.437.777,65. Por fim, em decorrência da documentação contrafeita, o Ministério da Previdência Social emitiu indevidamente os certificados de regularidade previdenciária (CRP), em datas distintas, o que propiciou o levantamento de valores junto a outras entidades. Assim, o afigura-se mais justo fixar *a pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão.*

Estabelecida a pena-base, é incontornável a incidência da *agravante* prevista no artigo 61, inciso II, letra "g", do Código Penal. Os dois réus violaram dever inerente aos cargos que exerciam, já que, como gestores da prefeitura e do Fundo, respectivamente, tinham por obrigação encaminhar as declarações de repasse compatíveis com o que de fato ocorreu. A figura delituosa não é, evidentemente, formulada com base na função pública. *Acresce-se em 10 meses a sanção.*

Relativamente à continuidade delitiva, é o caso de *somar-se 1/5 (um quinto)*, em função das 03 declarações falsas em meses distintos, o que *resulta numa pena de 04 anos de reclusão.*

O regime a ser aplicado é o *semi-aberto* (art. 33, § 3º, CP). As circunstâncias e consequências delitiva explicitadas para fins do artigo 59 do Código Penal o justificam.

Atento às regras do artigo 49 do Código Penal, fixo a pena de *multa em 50 (cinquenta) dias-multa, no valor cada de R$ 1.000,00*. O número respeitou os critérios indicados para a fixação da pena-base, a agravante e a continuidade delitiva. O valor se deve à condição econômico-financeira de cada condenado.

É o meu voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

APELAÇÃO CRIMINAL
0000467-24.2009.4.03.6117
(2009.61.17.000467-7)

Apelantes: VICTOR FERNANDO BARIOTO, ARMANDO DESUO NETO E ALTAIR OLIVEIRA FULGENCIO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe de Processo: ACr 62560
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELÊTRONICO 01/10/2015

EMENTA

PENAL. ART. 334, § 1º, "C", DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO. MATERIALIDADE. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PEÇAS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. CONFIGURAÇÃO. CONTRABANDO. MERCADORIA PROIBIDA. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE AZAR E DELITO DE CONTRABANDO. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE. AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÕES DESPROVIDAS.
1. A manutenção de máquinas caça-níqueis constituídas por peças de origem estrangeira, cuja importação é proibida, caracteriza o delito de contrabando. Precedentes.
2. O princípio da insignificância é aplicável ao delito de descaminho, mas, no caso do contrabando, no qual as mercadorias são de internação proibida, não há falar em crédito tributário e, em consequência, aplicabilidade do princípio da insignificância. Precedentes.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte é no sentido de ser inaplicável o princípio da consunção com a finalidade de a contravenção de exploração de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais) absorver o delito de contrabando (CP, art. 334, § 1º, *c*), tendo em vista constituírem infrações penais autônomas, que atingem bens jurídicos distintos, além da impossibilidade de absorção da infração penal mais severamente apenada (crime-meio) pela menos gravosa (crime-fim). Precedentes.
4. Não procede a alegação de indução ao erro, invocada pelos três réus, por conta da existência de uma falsa "liminar" que autorizava a exploração das máquinas caça-níqueis. A proibição dessa atividade no País é fato amplamente conhecido, não podendo tal alegação servir como escusa. Não há que se falar em absolvição por falta de provas, uma vez que estão devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, e nem por reconhecimento do princípio da insignificância, pois não é cabível a sua aplicação a casos como o dos autos. Assim, as condenações devem ser mantidas. Tampouco pode ser reconhecida a absorção do crime de contrabando pela contravenção penal de jogo de azar, pois a primeira infração, mais grave, absorve a segunda.
5. A exasperação da pena na primeira e na terceira fases da dosimetria é justificável, uma vez que, no caso dos autos, o funcionamento do estabelecimento era baseado na exploração de um expressivo número de máquinas caça-níqueis (as quais são ilegais

no País). Ademais, restou demonstrado que Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto comandavam essa atividade no local, cooperando com a prática delituosa desenvolvida por um grupo que atuava em diversas cidades do interior paulista.
6. Apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW- Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por Altair Oliveira Fulgêncio, Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto contra a sentença de fls. 463/474, que os condenou pela prática do crime previsto no art. 334, § 1º, "c", do Código Penal.

O primeiro réu foi condenado a 1 (um) ano de reclusão, regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços comunitários.

Os demais acusados foram condenados, cada um, a 3 (três) anos de reclusão, regime inicial aberto, substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e limitação de fim de semana.

Apela Altair Oliveira Fulgêncio para que seja absolvido por falta de provas ou, subsidiariamente, pela aplicação do princípio da insignificância (fls. 491/493).

Recorre Victor Fernando Barioto, requerendo a absolvição por falta de provas ou pela aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da absorção do crime de contrabando pela contravenção penal de jogo de azar, ou, ainda, pela redução da pena de contrabando ao mínimo legal (fls. 495/506).

Apela Armando Desuo Neto, pleiteando sua absolvição por ausência de provas, e alegando que Altair Oliveira Fulgêncio lhe afirmou que possuía uma liminar judicial autorizando a exploração da atividade (fls. 508/512).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 514/521).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Cristina Marelim Vianna, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 530/532).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Altair Oliveira Fulgêncio, Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto foram denunciados pela prática do crime do art. 334, § 1º, "c", do Código Penal, pelos seguintes fatos:

> (...) no dia 28 de dezembro de 2006, VICTOR FERNANDO BARIOTO, ARMANDO DESUO NETO e ALTAIR OLIVEIRA FULGÊNCIO, em concurso, mantinham em depósito e utilizavam em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira, que introduziram clandestinamente ou que deveriam saber ser produto de introdução clandestina no território nacional.
> (...) na data supra, policiais civis compareceram ao prédio comercial, situado na Rua Winifrida, nº 113, Barra Bonita/SP, onde lograram apreender 58 (cinquenta e oito) máquinas "caça níqueis" (...) que estavam sendo exploradas por VICTOR FERNANDO BARIOTO, ARMANDO DESUO NETO e ALTAIR OLIVEIRA FULGÊNCIO (...).
> No local, estava presente o denunciado VICTOR, sendo que o alvará de funcionamento (...) estava em nome da empresa do denunciado ARMANDO, (...) e tendo aquele aduzido que o responsável pela empresa era o denunciado ALTAIR.
> O laudo pericial (...) atestou que havia componentes das máquinas "caça níquel" (a saber noteiros) "made in Taiwan", ou seja, de procedência estrangeira.
> (...) se trata de mercadoria estrangeira, com o que ao menos parte das máquinas são montadas com componentes estrangeiros (...) as máquinas (sejam inteiras, avariadas ou desmontadas), bem como suas partes e peças foram consideradas como procedentes do exterior.
> (fls. 177/178)

Contrabando. Materialidade. Máquinas caça-níqueis. Peças de origem estrangeira. Configuração. A manutenção de máquinas caça-níqueis constituídas por peças de origem estrangeira, cuja importação é proibida, caracteriza o delito de contrabando, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

> PENAL. CONTRABANDO. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PEÇAS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. (...).
> 1. A autoria e a materialidade estão satisfatoriamente provada pelos elementos de convicção existentes nos autos, restando incontroversos.
> 2. A manutenção de máquinas caça-níqueis no estabelecimento comercial, constituídas por peças de origem estrangeira, caracteriza o crime de contrabando, que atinge serviços e interesses da União. No caso em tela, as mercadorias são de internação proibida, sendo irrelevante a mensuração do crédito tributário e, consequentemente, inaplicável o princípio da insignificância, restrito aos crimes de descaminho, quando a exação resulte inferior a R$10.000,00, valor mínimo para cobrança do crédito tributário.
> 3. O dolo na conduta do réu claramente se extrai ao constatar-se que ele respondia a processo penal por crime idêntico, anteriormente cometido.
> 4. Apelação desprovida.
> (TRF da 3ª Região, ACr nº 00025528020094036117, Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 10.07.12)

> PENAL. APELAÇÃO. CONTRABANDO. ARTIGO 334, § 1º, "C", DO CÓDIGO PENAL. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. UTILIZAÇÃO EM ATIVIDADE COMERCIAL. MATERIALIDADE DELITIVA CONFIGURADAS. PROVA DA PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO.
1. Materialidade e autoria delitiva devidamente configuradas nos autos, pelo que se extrai da prova oral e pericial.
2. Ao contrário do que expôs o juízo *a quo* para fundamentar a absolvição, os fatos imputados se amoldam à espécie típica do contrabando, porquanto os equipamentos eletrônicos "caça-níqueis" utilizados na atividade comercial do réu, bem como os componentes empregados na sua montagem, são efetivamente de importação proibida, estando sujeitos a apreensão pela autoridade administrativa, nos termos do que dispõe o art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 309, de 18.03.2003 (DOU de 21.03.2003).
3. O reconhecimento do princípio da bagatela se deve à irrelevância da lesividade ao bem jurídico tutelado, de forma a tornar imerecida a repercussão penal à conduta formalmente típica, tendo por base os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal nas relações jurídicas.
4. A adoção de um limite de insignificância nos delitos ofensivos à atividade tributária aduaneira se justifica pelo desinteresse da Fazenda em cobrar os créditos tributários de até R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, da Lei 10.522/02. Nestes casos, estamos diante do crime de descaminho, cuja objetividade jurídica consiste no interesse fiscal do Estado em seu aspecto meramente econômico.
5. Diferente é o caso em tela, no qual o enquadramento típico da conduta se refere ao cometimento de contrabando, espécie criminosa que, conquanto esteja também prescrita no art. 334, do Código Penal, tem como bem jurídico tutelado a moralidade e a segurança pública, as quais são resguardadas pela proibição legal da entrada dos itens apreendidos no território nacional.
6. Apelação ministerial provida. Condenação.
(TRF da 3ª Região, ACr nº 00044283420084036108, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 03.07.12)

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. MATERIALIDADE. AUTORIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.
1. Resulta evidenciado que o Recorrido, agindo de forma livre e consciente, utilizou em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, máquinas caça-níqueis de procedência estrangeira, cuja introdução em território nacional é proibida, o que torna presente, na hipótese, a tipicidade material.
2. Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor da mercadoria seja de somenos importância, quando o objeto em discussão é o contrabando de equipamento destinado à exploração de jogos de azar.
3. Recurso de Apelação provido.
(TRF da 1ª Região, ACr nº 200338010077100, Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, j. 01.02.11)

Contrabando. Mercadoria proibida. Insignificância. Inaplicabilidade. O princípio da insignificância é aplicável ao delito de descaminho, mas, no caso do contrabando, no qual as mercadorias são de internação proibida, não há falar em crédito tributário e, em consequência, aplicabilidade do princípio da insignificância:

RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO (ART. 334, DO CP). MERCADORIA DE FABRICAÇÃO NACIONAL, CUJA REINTRODUÇÃO, APÓS A EXPORTAÇÃO, É PROIBIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. A quantidade da mercadoria apreendida em poder do acusado (cerca de 4.000 maços de cigarros de fabricação nacional, destinados à exportação) não autorizam, *in casu*, a aplicação do princípio da insignificância. Recurso especial conhecido e provido.
(STJ, REsp nº 193367, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 20.05.99)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO E FACILITAÇÃO DO MESMO CONTRABANDO. CRIME ÚNICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POLICIAL MILITAR. DOSIMETRIA DA PENA. *REFORMATIO IN PEJUS*. 1. Não se aplica o princípio da insignificância ao delito de contrabando, mormente se o objeto material é constituído de 150 pacotes de cigarros de importação proibida. 2. O artigo 318 do Código Penal tutela inclusive o interesse moral da Administração Pública, bem jurídico insuscetível de redução à insignificância. 3. Se um mesmo agente adquire, no exterior, as mercadorias e, posteriormente, valendo-se da condição de servidor público, facilita o contrabando, não há falar em concurso material entre os delitos previstos nos artigos 318 e 334 do Código Penal. Na hipótese, configura-se apenas o crime de facilitação do contrabando, devendo-se, porém, levar em conta aquela circunstância por ocasião da dosimetria da pena. 4. A proibição da *reformatio in pejus* é aferida à vista do resultado final da condenação; e não em função das razões expendidas pelo juiz em primeiro grau. 5. Em primeira instância, o réu foi condenado a três anos de reclusão pela prática de um crime e a mais um ano de reclusão pela de outro, em concurso material. O tribunal, entendendo que as ações materiais praticadas pelo réu configuram crime único e não concurso material de delitos, reduziu a pena final para três anos e seis meses de reclusão, levando em conta o todo da conduta para fins de dosagem da pena. Nessa hipótese, agraciado o réu com resultado final mais favorável, operou-se *reformatio in mellius*. 6. Incorre nas disposições do artigo 318 do Código Penal o policial militar que, conquanto à paisana e não escalado para o serviço, vale-se do cargo que ocupa e da hierarquia de seu posto para facilitar o contrabando. 7. No silêncio da sentença e à falta de recurso da acusação, não pode o tribunal de segundo grau impor ao réu a perda de cargo prevista no artigo 92, inciso I, alínea "a", do Código Penal. 8. Apelação desprovida. Penas reduzidas *ex officio*.
(TRF da 3ª Região, ACr nº 200203990130429, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 27.08.08)

PENAL. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. MATERIALIDADE. MÁQUINAS CAÇANÍQUEIS. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Autoria e materialidade comprovadas. 2. Alegação de que as máquinas caçaníqueis apreendidas não são de propriedade do acusado não comprovada. Não foram fornecidos endereço ou quaisquer outros dados aptos a auxiliar na localização do suposto proprietário, tampouco foi comprovado que o mesmo realmente existe. 3. Apreensão das máquinas no bar do apelante. Manter em depósito mercadorias de procedência estrangeira que sabia ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta é fato suficiente para configurar o delito previsto no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal. 4. Princípio da insignificância não aplicado. Trata-se de maquinário cujo uso e exploração são proibidos no Brasil, sendo irrelevante o valor dos bens apreendidos. 5. Condenação mantida. 6. Apelação a que se nega provimento.
(TRF da 3ª Região, ACr nº 200561210020440, Rel. Des. Fed. Vesna Komar, j. 19.05.09)

PENAL. CONTRABANDO E CAÇA-NÍQUEL. ART. 334, § 1º, ALÍNEA C, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DEMONSTRADAS. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO ART 386, VI, DO CPP. 1. Tratando-se de componentes para máquinas caça-níqueis, a lesão causada vai além da dimensão econômica, envolve a ordem pública, não podendo ser afastada pelo princípio da bagatela, até por que, de rigor, em tema de contrabando, a ilusão de tributo não figura como elementar do tipo. 2. Ausente o dolo em agir, deve sobrevir a absolvição, nos termos do art. 386, inc. VI, CPP.
(TRF da 4ª Região, Rel. Des. Fed. Taadaqui Hirose, j. 17.11.09)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-APLICAÇÃO. I - A espécie de mercadoria apreendida (máquina caça-níquel) não leva à aplicação do princípio da insignificância, pois a lesão ao bem jurídico tutelado é significativa, haja vista tratar-se de equipamento empregado na prática de jogo de azar legal-

mente proibido em nosso País. Precedentes. II - Recurso provido.
(TRF da 1ª Região, RCCR nº 200438000418647, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, j. 30.09.08)

Princípio da Consunção. Contravenção penal de exploração de jogo de azar e delito de contrabando. Inaplicabilidade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte é no sentido de ser inaplicável o princípio da consunção com a finalidade de a contravenção de exploração de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais) absorver o delito de contrabando (CP, art. 334, § 1º, *c*), tendo em vista constituírem infrações penais autônomas, que atingem bens jurídicos distintos, além da impossibilidade de absorção da infração penal mais severamente apenada (crime-meio) pela menos gravosa (crime-fim):

PENAL. "HABEAS CORPUS". CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO. CRIME-MEIO(CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA) E CRIME-FIM (CONTRABANDO). A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO ULTIMO DELITO NÃO ABARCA A DO PRIMEIRO. A FINALIDADE DA CATEGORIA JURIDICA (CONSUNÇÃO) E MINIMIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFICIOS SILOGISTICOS, A IMPUNIDADE DO DELINQUENTE. RECURSO IMPROVIDO. I - O RECORRENTE, EMPRESARIO, CORROMPEU ATIVAMENTE SERVIDOR DA CACEX PARA CONTRABANDEAR BENS. AMBOS FORAM DENUNCIADOS: O RECORRENTE, POR CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA E POR CONTRABANDO OU DESCAMINHO. O JUIZ RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DO CRIME-FIM (CONTRABANDO) E REJEITOU A DO CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO). A SENTENÇA FOI MANTIDA. O RECORRENTE, EM SEU RECURSO ORDINARIO, ALEGA QUE DELITO-FIM "CONSUMIU" O DELITO-MEIO. II - INEXISTENCIA DE CONSUNÇÃO, POIS O CRIME-FIM E APENADO MAIS LEVEMENTE DO QUE O CRIME-MEIO. APLICA-SE O PRINCIPIO DO "MAJOR ABSORBET MINOREM". CASO NÃO TIVESSE OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME-MEIO, O RECORRENTE POR ELE NÃO PODERIA SER CONDENADO, UMA VEZ INCURSO NAS PENAS DO CRIME-MEIO. AI, NESSE CASO, ADMITIR-SE-IA A CONSUNÇÃO. A FINALIDADE DESSA CATEGORIA JURIDICA E SUAVIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFICIOS SILOGISTICOS, A IMPUNIDADE. III - RECURSO IMPROVIDO.
(STJ, RHC nº 5182, Min. Adhemar Maciel, j. 21.05.96)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. CONTRABANDO DE MÁQUINAS "CAÇA NÍQUEL". ARTIGO 334, § 1º, "C", CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. ERRO SOBRE ILICITUDE DO FATO AFASTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. IMPOSSIBILIDADE. (...). 5. Conduta que se amolda ao crime previsto no artigo 334, § 1º, "c", do Código Penal. O contrabando e a contravenção de exploração de jogos de azar são infrações penais autônomas e distintas. Impossibilidade de consunção visto que o crime de contrabando é mais grave que a contravenção penal de exploração de jogos de azar, não havendo que se considerar absorvido por esta. (...) 10. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, ACR nº 000790-64.2009.4.03.6117, Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto, j. 02.12.13)

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONTRABANDO. MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL. ABSORÇÃO PELA CONTRAVENÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. Princípio da consunção que não se aplica. Os bens jurídicos tutelados são distintos. O objeto jurídico tutelado no crime de contrabando e descaminho definidos no artigo 334, "caput", do Código Penal é a Administração Pública no que diz respeito ao erário público lesado pelo comportamento do agente que, importa ou exporta mercadoria proibida

ou deixa de pagar os tributos devidos. A contravenção penal trazida no artigo 50 do Decreto Lei nº 3.688/41 tem como bem jurídico tutelado os bons costumes. 4. Impossibilidade da absorção do crime de contrabando ou descaminho, que comina em abstrato pena mais grave, por contravenção penal, apenada de forma menos severa. 5. O fato de o acusado utilizar-se do referido maquinário, no exercício de atividade comercial, para a obtenção de lucro pela exploração de jogos de azar consubstancia a prática de duas infrações penais: contravenção de jogo de azar, de competência da Justiça Estadual e crime de descaminho descrito no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal, de competência da Justiça Federal, nos moldes do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal. 6. Recurso ministerial provido.
(TRF 3ª Região, ACR nº 0001591-27.2013.4.03.6109, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 18.11.13)

PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MERCADORIA PROIBIDA. (...). 1. O agente que mantém máquinas caça-níqueis que contenham peças de origem estrangeira, em seu estabelecimento comercial, comete a contravenção de jogo de azar e o crime de contrabando, infrações penais autônomas, que tutelam bens jurídicos diversos, quais sejam, a primeira, a economia popular e o segundo, a ordem pública e o comércio exterior. 2. Inaplicável o princípio da consunção porquanto o crime de contrabando é mais grave que a contravenção de jogo de azar, de maneira que aquele não poderia ser absorvido por esta, ainda que se insira no contexto finalístico da ação. 3. Configurado crime de contrabando perpetrado contra serviços e interesses da União, patente a competência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito, nos termos do inciso IV do artigo 109 da Constituição da República. 4. A manutenção de máquinas caça-níqueis constituídas por peças de origem estrangeira, cuja importação é proibida, caracteriza o delito de contrabando (...).
(TRF 3ª Região, ACR nº 0004724-15.2011.4.03.6120, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 05.08.13)

Materialidade. Está satisfatoriamente comprovada a materialidade do delito, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) auto de exibição e apreensão, que informa a apreensão de diversas máquinas caça-níqueis, entre outros itens (fls. 7/10);

b) Laudo nº 5323/2006, que confirma que os noteiros das máquinas são estrangeiros (fls. 29/39);

c) cópia do boletim de ocorrência (fl. 70);

d) auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal de mercadorias, que detalha as 58 (cinquenta) e oito máquinas caça-níqueis (fls. 126/129);

e) Informação Fiscal, na qual consta que a importação de máquinas caça-níqueis é proibida (fls. 157/159).

Autoria. O conjunto probatório demonstra satisfatoriamente a autoria delitiva.

Os depoimentos dos policiais que participaram do flagrante são coerentes e harmônicos com relação às circunstâncias do crime, confirmando os termos da denúncia (mídias juntadas às fls. 292 e 304).

Em Juízo, Armando Desuo Neto declarou que alugou o prédio do estabelecimento para Altair Oliveira Fulgêncio, o qual lhe mostrou uma "liminar" que o autorizava a explorar as máquinas caça-níqueis no local (mídia juntada à fl. 371).

Em Juízo, Victor Fernando Barioto relatou que trabalhava para Altair, como gerente do estabelecimento. Afirmou que Armando alugou o prédio para Altair, o qual o qual lhe mostrou

uma "liminar" que o autorizava a explorar as máquinas caça-níqueis no local (mídia juntada à fl. 371).

Altair Oliveira Fulgêncio é apontado na sentença como "delator da máfia dos caça-níqueis operante na região de Jaú/SP" (fl. 465v.). Há, inclusive, uma cópia do vídeo de suas declarações no processo principal que julga o caso (mídia juntada à fl. 319), nas quais o acusado disse que fazia a manutenção das máquinas e que os demais réus lhe mostraram uma "liminar" falsa que os autorizava a explorá-las, o que o fez acreditar na regularidade da atividade. Também naquela oportunidade, Altair confirmou que as acusações feitas contra a "máfia dos caça-níqueis" da região são verdadeiras e deu detalhes sobre a estrutura do grupo, que atuava em várias cidades do interior paulista.

Nestes autos, Altair asseverou, em Juízo, que Armando e Victor mentiram. Afirmou que ambos comandavam a atividade, sendo que Armando era o chefe principal. Relatou que trabalhava para outro grupo e que, embora já houvesse estado no estabelecimento de Armando, nele nunca trabalhou (mídia juntada à fl. 390).

As declarações de Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto carecem de fundamentação e restaram isoladas nos autos.

Não há comprovação de que o imóvel foi locado a Altair Oliveira Fulgêncio. A prova documental demonstra que Armando Desuo Neto era o responsável pela pessoa jurídica que praticava as atividades ilícitas.

Não procede a alegação de indução ao erro, invocada pelos três réus, por conta da existência de uma falsa "liminar" que autorizava a exploração das máquinas caça-níqueis. A proibição dessa atividade no País é fato amplamente conhecido, não podendo tal alegação servir como escusa.

Não há que se falar em absolvição por falta de provas, uma vez que estão devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, e nem por reconhecimento do princípio da insignificância, pois não é cabível a sua aplicação a casos como o dos autos.

Assim, as condenações devem ser mantidas.

Tampouco pode ser reconhecida a absorção do crime de contrabando pela contravenção penal de jogo de azar, pois a primeira infração, mais grave, absorve a segunda.

Dosimetria. Altair Oliveira Fulgêncio. O Juízo *a quo* fixou a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, ao considerar que a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aplicou a atenuante de confissão, diminuindo a pena para 1 (um) ano de reclusão, a qual tornou definitiva, à míngua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou diminuição.

Estabeleceu o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços comunitários.

Não houve recurso contra a dosimetria, devendo a pena ser mantida tal como estabelecida na sentença.

Dosimetria. Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto. O Juízo *a quo* fixou as penas-base em 2 (dois) anos de reclusão, ao considerar que a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aplicou a agravante do art. 62, I, do Código Penal, aumentando as penas para 3 (três) anos de reclusão, as quais tornou definitivas, à míngua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou diminuição.

Estabeleceu o regime aberto para o início do cumprimento das penas.

Substituiu as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e limitação de fim de semana.

No tocante à dosimetria, apenas a defesa de Victor Fernando Barioto apresentou recurso, pleiteando sua redução ao mínimo legal.

Não lhe assiste razão.

A exasperação da pena na primeira e na terceira fases da dosimetria é justificável, uma vez que, no caso dos autos, o funcionamento do estabelecimento era baseado na exploração de um expressivo número de máquinas caça-níqueis (as quais são ilegais no País). Ademais, restou demonstrado que Victor Fernando Barioto e Armando Desuo Neto comandavam essa atividade no local, cooperando com a prática delituosa desenvolvida por um grupo que atuava em diversas cidades do interior paulista.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* às apelações.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0007306-96.2011.4.03.6181
(2011.61.81.007306-6)

Apelantes: HILDA MOLLO LAURA E FREDDY ANGEL CONDORI TICONA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 62854
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

EMENTA

PENAL. CRIME DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. DEMONSTRAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO VERIFICADA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. REDUZIDA A PENA BASE E AFASTADA A AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", CP. ART. 33, §3º, CP. PENA DE MULTA. VALOR UNITÁRIO. REDUÇÃO. VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CIVIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE.

1- O crime do art. 149, do Código Penal, é de forma vinculada, de molde que a comprovação da materialidade delitiva depende da demonstração de uma das condutas taxativamente previstas no tipo penal: i. submissão da vítima a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva; ii. sujeição do ofendido a condições degradantes de trabalho; iii. restrição da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Há, ainda, as figuras equiparadas, indicadas nos incisos I e II do §1º, que descrevem as condutas de cercear o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador ou manter ostensiva vigilância no local de trabalho ou apoderar-se dos seus documentos ou objetos pessoais, tudo com o fim de retê-lo no local de trabalho.

2- O crime de redução à condição análoga à de escravo é caracterizado pela coação, moral, psicológica ou física exercida para impedir ou de sobremaneira dificultar o desligamento do trabalhador de seu serviço.

3- A materialidade e a autoria do delito imputado na denúncia restaram inteiramente demonstradas pelo conjunto probatório produzido nos autos, em especial a prova oral produzida, tanto na fase policial quanto em juízo.

4- O teor dos depoimentos dos policiais que atenderam à ocorrência e da representante do Sindicato das Costureiras que acompanhou a diligência é consistente com os fatos apurados na fase de inquérito, no sentido da precariedade das condições de higiene, salubridade e segurança do local, bem como quanto à extensão da jornada de trabalho (cerca de quinze horas diárias) e aos descontos efetuados da remuneração dos trabalhadores sob a rubrica de despesas com moradia e alimentação.

5- A palavra do ofendido deve ser sopesada cuidadosamente pelo julgador, quer porque pode tender para a indevida imputação da prática delitiva, por vingança ou ambição, por exemplo, quer porque as vítimas, principalmente de certos crimes, podem temer implicações pessoais em função de suas declarações, o que pode, igualmente, com-

prometer a veracidade dos fatos relatados.
6- Por tais razões, o Código de Processo Penal cuidou de enquadrar tais declarações em capítulo próprio, distinto daquele reservado às testemunhas, isentando a vítima de prestar o compromisso de dizer a verdade.
7- Hipótese em que comprometida a credibilidade das declarações das vítimas, em função da situação de vulnerabilidade em que se encontram, bem como pelas relações de parentesco com os acusados.
8- O crime de redução à condição análoga à de escravo exige que a situação fática perdure no tempo, para que se possa constatar a submissão da vítima ao agente. Trata-se, pois, de infração de natureza permanente, não comportando a incidência das disposições do art. 71 do CP (continuidade delitiva).
9- Reconhecido o concurso formal homogêneo, pois, mediante uma única conduta, os acusados subjugaram nove vítimas, atingindo nove bens jurídicos distintos (a liberdade pessoal de cada trabalhador reduzido à condição análoga à de escravo).
10- Dosimetria da pena. Redução da pena base, pois os motivos do crime declinados na sentença condenatória ("pura ganância"/ fins econômicos) não extrapolam o ordinário em crimes dessa natureza.
11- Descabe aplicar a agravante prevista no art. 61, "g", do Código Penal, porque o abuso de poder previsto na norma é o abuso de uma função pública, de um poder conferido a uma autoridade pública, o que não se verifica no caso dos autos.
12- Ausente recurso do órgão acusatório, também não se afigura possível acolher o parecer da Procuradoria Regional da República pela aplicação supletiva da agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal.
13- A agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal, se aplica quando o crime é praticado com abuso de autoridade nas relações privadas (por exemplo, nos casos de tutela) ou quando o agente se vale de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A norma prescreve mais severa punição quando o crime é praticado por pessoa em quem a vítima deposita sua confiança, o que também não é o caso dos autos.
14- As circunstâncias judiciais desfavoráveis não justificam, no caso concreto, a fixação do regime mais gravoso para início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal.
16- Redução do valor unitário do dia-multa, em razão da situação econômica dos acusados.
17- Nos termos da jurisprudência consolidada do C. STJ, a permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, inclusive como forma de garantia do contraditório e da ampla defesa ao acusado.
18 - Inexistindo nos autos pedido expresso nesse sentido, descabe a fixação do valor mínimo para reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV, CPP.
17- Apelo defensivo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso defensivo para, mantendo a condenação dos réus FREDDY ANGEL CONDORI TICONA e HILDA MOLLO LAURA pela prática do crime do art. 149, do

Código Penal, reduzir a pena fixada em primeiro grau para 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, bem como para afastar o mínimo fixado para reparação civil dos danos e reduzir o valor do dia-multa para meio salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Cuida-se de ação penal pública fundada na denúncia de fls. 336/339 oferecida pelo Ministério Público Federal contra HILDA MOLLO LAURA e FREDDY ANGEL CONDORI TICONA pela prática, em tese, do crime descrito no art. 149, *caput*, c.c. o art. 29 e com o art. 70 (nove vítimas), todos do Código Penal.

Segundo a denúncia, os acusados, com unidade de desígnios, teriam reduzido nove trabalhadores a condições análogas à de escravo, em oficina de costura situada na Avenida Casa Verde, nº 2421, em São Paulo/SP, no período compreendido entre setembro de 2008 e 11 de setembro de 2009, quando foram presos em flagrante delito.

Consta da inicial que, em 10/09/2009, Eva Roxana Calle Mamani e Julio Coca Cruz registraram um boletim de ocorrência, noticiando que os denunciados mantinham, em uma oficina de costura, algumas pessoas em condições análogas à de escravo.

Em razão de tal notícia, agentes da Polícia Civil, juntamente com a representante do sindicato dos costureiros, diligenciaram até o local, onde teriam verificado que lá moravam e trabalhavam nove cidadãos bolivianos, em condições subumanas, sem registro de trabalho e com jornada de trabalho exaustiva e degradante, ocasião em que os denunciados foram presos em flagrante delito.

A denúncia foi recebida em 18/01/2012 (fl. 343).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença de fls.501/506, por meio da qual o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão estatal, condenando os réus FREDDY ANGEL CONDORI TICONA e HILDA MOLLO LAURA pela prática do crime do art. 149, do Código Penal, na modalidade continuada, à pena de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 41 (quarenta e um) dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos na data dos fatos.

Fixou, ainda, indenização no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada uma das vítimas.

Por fim, determinou a expulsão dos condenados, após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em suas razões de recurso de fls. 525/530, os acusados pugnam por sua absolvição, ao fundamento de que não há provas suficientes para embasar o édito condenatório.

Subsidiariamente, requerem a fixação da pena no mínimo legal e a exoneração do pagamento da pena de multa e da indenização fixadas.

Contrarrazões de recurso às fls. 545/553.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo parcial provimento do

recurso defensivo, apenas quanto ao pedido de exoneração do pagamento da indenização fixada em primeiro grau (parecer de fls. 556/562).

É o relatório.

Sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Consoante já relatado, os acusados HILDA MOLLO LAURA e FREDDY ANGEL CONDORI TICCONA foram denunciados pela prática do crime do art. 149, *caput*, do Código Penal, que dispõe, *in verbis:*

> Redução a condição análoga à de escravo
> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Tem-se, portanto, que o crime imputado aos acusados é de forma vinculada, de molde que a comprovação da materialidade delitiva depende da demonstração de uma das condutas taxativamente previstas no tipo penal: i. submissão da vítima a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva; ii. sujeição do ofendido a condições degradantes de trabalho; iii. restrição da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Há, ainda, as figuras equiparadas, indicadas nos incisos I e II do §1º, que descrevem as condutas de cercear o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador ou manter ostensiva vigilância no local de trabalho ou apoderar-se dos seus documentos ou objetos pessoais, tudo com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Importa consignar, desde já, que as condutas descritas na norma incriminadora não dependem da configuração da situação de escravo nos moldes historicamente concebidos (modelo escravagista clássico-romano ou oitocentista, por exemplo), mas das formas contemporâneas de escravidão, quiçá menos ostensivas, mas com consequências igualmente danosas.

Assim é que, hodiernamente, a condição análoga à de escravo é caracterizada pela coação, moral, psicológica ou física exercida para impedir ou de sobremaneira dificultar o desligamento do trabalhador de seu serviço.

Postas tais premissas, tenho que a materialidade e a autoria do delito imputado na denúncia restaram inteiramente demonstradas pelo conjunto probatório produzido nos autos, do qual destaco:

- o boletim de ocorrência nº 30/2009 (fls. 04/08), lavrado em 11/09/2009, perante a DOSAT (Delegacia de Investigação sobre Infrações contra a Organização Sindical e Acidentes de Trabalho), do qual consta:

> Comparecem os investigadores de polícia desta Unidade Especializada conduzindo os indiciados FREDDY ANGEL CONDORI TICONA e HILDA MOLLO LAURA, noticiando a Autoridade que em diligências realizadas ao local sito a Av. Casa Verde nº 2421, e tendo em vista a

> informação contida no RDO 29/09 desta Distrital, lograram adentrar a residência ali situada, sendo a entrada franqueada por FREDDY ANGEL CONDORI TICONA. No interior do imóvel foi constatado que diversas pessoas trabalhavam em máquinas de costura, residindo no mesmo imóvel, em condições sub-humanas. Ainda, o local foi vistoriado com o apoio da representante do sindicato das costureiras de SP e Osasco, sra. Maria Susicleia Assis. A residência consiste em um imóvel assobradado, estando com todas as janelas e portas trancadas, sendo que em seu interior, na sala, haviam [sic] várias máquinas de costura onde trabalhavam as vítimas acima qualificadas, verificou-se ainda que as acomodações destinadas aos trabalhadores eram exíguas, trancadas e sem ventilação, sendo verificada falta de higiene. Outrossim, foi verificado que os trabalhadores eram alimentados com "ração". Foi solicitada perícia local (msg 148/09), sendo contatado também o Ministério do Trabalho, objetivando a fiscalização do local. Aos indiciados, foi dada voz de prisão em flagrante, sendo ambos conduzidos a esta Delegacia, bem como os trabalhadores que se encontravam no local.

- depoimento em sede policial da vítima JULIA FRANCISCA FERNANDEZ MAMANI (fl. 17):

> Respondeu: que trabalha para o casal Hilda e Freddy há cerca de um ano, sendo que seu horário de trabalho é das 06:00 horas às 22:00 horas, com paradas para almoço e jantar; que o trabalho é remunerado por peça costurada, sendo que no geral recebem R$ 0,60 (sessenta centavos), R$ 1,00 (um real) ou R$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) por peça costurada. Que não é registrada em carteira de trabalho. Que trabalham de segunda a sábado até meio dia.

- os depoimentos, colhidos perante a autoridade policial, das vítimas Victor Hugo Quispe Huayhua (fl. 18), Alex Wilder Tarqui Choque (fl. 19), Rodrigo Laura Mollo (fl. 20), Felix Quispe Calle (fl. 21), Graciela Apaza Castillo (fl. 22) e Eva Roxana Calle Mamani (fls. 28/29), todos no sentido de que o trabalho era realizado das 06:00 ou 07:00 horas da manhã até por volta de 22:00 ou 23:00 horas, com intervalos para almoço e jantar, de segunda a sexta-feira e, aos sábados, até meio dia, com remuneração calculada por peça produzida (variável entre R$ 0,60 e R$ 1,50), da qual eram descontadas despesas com moradia e alimentação das vítimas;

- o boletim de ocorrência nº 29/2009 (fls. 47/49), lavrado em 10/09/2009, perante a DOSAT (Delegacia de Investigação sobre Infrações contra a Organização Sindical e Acidentes de Trabalho), do qual consta:

> Comparecem as vítimas [Eva Roxana Calle Mamani e Julio Coca Cruz] na companhia da Sra. Maria Susicleia Assis, do sindicato das costureiras, noticiando à Autoridade que na data, horário e local supra declinados, foram postos para fora da residência, a qual também era utilizada como ateliê de costura. Informa a vítima EVA que chegaram ao Brasil no mês de fevereiro, na companhia de seu marido JULIO, sendo que moraram e trabalharam em diversos locais; que há cerca de um mês e meio estabeleceu residência na av. Casa Verde 2421, imóvel pertencente a Sra. Ilda e Sr. Fred, os quais, além da hospedagem e alimentação, empregavam a vítima e seu marido na oficina/ateliê de costura. Que a vítima e seu marido trabalhavam das 06:00 da manhã às 22:30 horas, ou 23:00horas, com horário de almoço e jantar de aproximadamente 30 ou 45 minutos. Que a vítima e seu marido recebiam por peça de roupa costurada, sendo que receberia o valor de R$ 1,00 ou R$ 1,50 (um real ou um real e cinquenta centavos) a peça. Que até a presente data não recebeu o valor referente à manufatura de tais peças, vez que eram descontados o valor da hospedagem e da alimentação. Que na data de hoje, a averiguada Ilda mandou a vítima e seu marido, os quais possuem uma criança de colo (4 meses) saírem da residência, não efetuando o pagamento do mês trabalhado. [...]

- termo de declarações prestadas pela vítima Julio Coca Cruz em sede policial (fls. 50/51):

> Que o declarante saiu de seu país natal com destino ao Brasil, mais precisamente para a cidade de São Paulo, com a finalidade de trabalhar em confecção; que, em busca de trabalho, o declarante juntamente com sua esposa EVA, chegaram até as pessoas de HILDA e FREDI, os quais possuem uma oficina de confecção na Av. Casa Verde, nr. 2421. Junto às referidas pessoas combinaram que receberiam por calça costurada R$ 1,00 (um real) e ali poderiam residir, uma vez que tem um filho recém-nascido. Ocorre que, após um mês e meio de trabalho, nada foi pago e no dia de hoje, HILDA disse ao declarante e sua esposa que deixassem a casa, sem nenhum motivo justificável. Que, está há dois dias sem alimentação e seus pertences pessoais ficaram na casa, uma vez que sem dinheiro não conseguem outro local para se alojarem. [...]

- laudo nº 39.969/2009 (fls. 86/94), que apontou:

> DOS EXAMES:
> Conforme ilustram os anexos fotográficos, foi encontrado completo equipamento de costura nos diversos cômodos em conjunto com alojamentos e cozinha, *tudo em estado precário de higiene, salubridade e segurança.* Várias pessoas com traços fisionômicos latinos trabalhavam naquela atividade.
> Na garagem situada no recuo frontal, *dormitórios improvisados. Em outros dois dormitórios, em meio à falta de higiene, crianças dormiam sobre camas.*
> Em diversos pontos do prédio, a rede elétrica era aparente e improvisada, acarretando perigo de curto-circuito. - grifos meus

A prova testemunhal produzida pela acusação na fase judicial, em especial àquela armazenada na mídia de fl. 478, confirma a materialidade e a autoria do delito:

- Maria Susicléa Assis - assistente de base do Sindicato das Costureiras do Estado de São Paulo (livre transcrição da mídia de fl. 478):

> Houve uma denúncia feita no sindicato, por um casal que queria deixar uma oficina de costura, na Avenida Casa Verde, 2421, mas estariam sendo impedidos por seus empregadores (os réus), que confiscaram os pertences dos trabalhadores, além de negarem o pagamento pelo trabalho realizado.
> Levamos então os dois até a Delegacia de Polícia do Bom Retiro, onde foi lavrado o correspondente Boletim de Ocorrência.
> Posteriormente, eu acompanhei a polícia em diligência no local dos fatos, na condição de representante do Sindicato das Costureiras.
> *A casa era um imóvel assobradado, todo fechado, com janelas e portas trancadas. Os dormitórios eram subdivididos e ocupados, cada um, por duas ou três famílias.*
> *O ambiente geral era totalmente insalubre e sujo. As vítimas comiam no local, trabalhavam no local e ficavam presas no local e o horário de trabalho era por volta de seis, sete da manhã até cerca de dez da noite de segunda a sexta e sábados pela manhã.*
> Os trabalhadores estavam todos irregulares no Brasil e da remuneração mensal, efetuada com base na produção, havia desconto das passagens (da Bolívia para o Brasil) e da alimentação. - grifei

- Agnaldo Neves da Rocha - Policial Civil (livre transcrição da mídia de fl. 478):

> Na véspera da diligência, esteve uma pessoa na Delegacia, acompanhada da representante do Sindicato das Costureiras, afirmando sua família, inclusive com um bebê de quatro meses de

idade, fora expulsa de uma oficina de costura onde trabalhava, onde também residia, e que teria sido expulsa do local, sem poder retirar seus pertences e sem receber os pagamentos devidos pelo trabalho realizado.
Em razão do horário, a diligência no local somente foi realizada no dia seguinte.
No local nós encontramos várias pessoas ligadas por vínculos familiares ou casadas entre si.
As condições eram bastante precárias: havia um cômodo grande divido em dormitórios por cortinas e o local era todo muito sujo.
No corredor em direção à cozinha, eu verifiquei que havia um saco grande no chão que parecia ser algum tipo de alimento e perguntei o que era, quando fui informado tratar-se de ração.
Em um primeiro momento, pensei que era comida para cachorro, mas, no decorrer da diligência, eles me falaram que aquilo era o que comiam e que era daquele jeito que comiam no país de origem deles.
Os quartos eram muito pequenos e eles usavam colchas de retalhos para dividir o ambiente para cada família.
Lá residiam e trabalhavam cerca de nove pessoas.
Eles informaram que *trabalhavam desde seis horas da manhã até mais de dez da noite, com horários reduzidos de alimentação.*
Na delegacia, declararam que *recebiam por peça produzida, entre R$ 1,00 ou R$ 1,50*.
Dessa forma, *era necessária grande produção para pagar pelas despesas com moradia, alimentação e até banhos.*
Inclusive a pessoa que esteve na Delegacia fazendo o Boletim de Ocorrência tinha um bebê de colo e informou que era impedida de fazer intervalos para amamentar a criança.
No dia diligência, todas as janelas do imóvel estavam fechadas.

No mesmo sentido, o depoimento do policial civil Orestes Francisco Torres, qualificado à fl. 477.

De se ver que o teor dos depoimentos é consistente com os fatos apurados na fase de inquérito, no sentido da precariedade das condições de higiene, salubridade e segurança do local, bem como quanto à extensão da jornada de trabalho (cerca de quinze horas diárias) e aos descontos efetuados da remuneração dos trabalhadores sob a rubrica de despesas com moradia e alimentação.

No particular, a ré HILDA confirmou, em seu interrogatório judicial, que cerca de um terço do valor pago aos trabalhadores (que variava entre R$ 1,00 e R$ 1,50 por peça produzida) era descontado ao final do mês.

Ainda, inconteste que os réus eram os responsáveis pela manutenção dos trabalhadores em tais condições.

A despeito dos esforços envidados, as vítimas Eva Roxana Calle Mamani e Julio Coca Cruz não foram localizadas (fl. 451), razão pela qual suas declarações não foram colhidas em juízo.

Resta, por fim, a questão das declarações prestadas pelas vítimas Rodrigo e Felix na fase judicial (mídia de fl. 473).

Em Juízo, Rodrigo Mollo Laura afirmou que, na época da prisão em flagrante, trabalhava e morava no local com mais outras cinco pessoas e que cada uma dormia em seu próprio quarto.

Informou que seu horário de trabalho era das 8:00 às 17:00, com intervalo de almoço.

Questionado, informou que discrepância entre a jornada de trabalho declinada na audiência e aquela informada perante a autoridade policial decorre de horas extras que o depoente efetuava por espontânea vontade, a fim de aumentar a produção.

Afirmou que o valor da alimentação não era descontado da sua remuneração e que eram fornecidos alimentos de qualidade, como carne ou frango, com arroz e batatas, e frutas.

Afirmou, por fim, que a moradia era cedida gratuitamente e que o local de trabalho era arejado adequadamente.

Ainda, Felix Quispe Calle afirmou que trabalhava só de segunda a sexta, das oito da manhã às cinco da tarde, mas que, voluntariamente, fazia horas extras.

Informou que seu pagamento era realizado por peça produzida, aproximadamente metade do valor pago à confecção era repassada ao trabalhador.

Alega que residia, juntamente com sua esposa, Nancy e mais cinco trabalhadores, no mesmo imóvel onde ficava a oficina de costura, onde havia cinco quartos no total. Negou a existência de qualquer desconto em sua remuneração, quanto à alimentação ou hospedagem e, também, alegou que o local de trabalho era arejado.

Questionado, afirmou que não prestou depoimento na fase policial, foi apenas chamado para assinar uma declaração, cujo teor negou em juízo.

A palavra do ofendido deve ser sopesada cuidadosamente pelo julgador, quer porque pode tender para a indevida imputação da prática delitiva, por vingança ou ambição, por exemplo, quer porque as vítimas, principalmente de certos crimes, podem temer implicações pessoais em função de suas declarações, o que pode, igualmente, comprometer a veracidade dos fatos relatados.

Inclusive por tais razões, o Código de Processo Penal cuidou de enquadrar tais declarações em capítulo próprio, distinto daquele reservado às testemunhas, isentando a vítima de prestar o compromisso de dizer a verdade.

E, no caso dos autos, creio que as declarações de Rodrigo e Felix não retratam os fatos como se deram.

É sabido que o crime de redução à condição análoga à de escravo está profundamente ligado à aniquilação da dignidade humana e da possibilidade de autodeterminação do trabalhador.

No caso dos autos, os ofendidos são estrangeiros que se encontravam em situação irregular no País, o que já denota situação de vulnerabilidade. Ainda, foram vitimados por seus compatriotas, sendo bastante possível que, após a prisão destes últimos, os trabalhadores tenham a intenção de continuar exercendo funções semelhantes em outras oficinas de costura irregulares.

Demais disso, há vínculos de parentesco entre o ofendido Rodrigo e os acusados, o que prejudica ainda mais a credibilidade de suas declarações.

Consoante destacado pelo órgão acusatório, mesmo após a prisão em flagrante dos réus, o ofendido Rodrigo permaneceu no imóvel, "cuidando" dos filhos menores dos acusados, o que denota a proximidade com seus algozes e possivelmente um senso de dever em relação a eles.

Dessa forma, tenho que tais declarações devem ser analisadas com cautela, como asseverado, com sensibilidade, pelo magistrado sentenciante:

> As declarações das vítimas, no entanto, não gozam da necessária credibilidade.
> Ora, a vítima RODRIGO é sobrinho dos réus, continuou morando no local, mesmo após o fechamento da oficina, e, quando de seu depoimento, residia em lugar próximo. O parentesco próximo inibe a vítima de manter fidelidade à realidade dos fatos.
> Os ofendidos, sob uma ótica repugnante, mas compreensível, foram coniventes com a ação dos acusados, porque provavelmente já acostumados a trabalhar e viver em condições se-

> melhantes, em seu país de origem, cujo ordenamento jurídico sabidamente não contempla a mesma proteção laboral existente na legislação brasileira.
> Assim, acostumados a condições de trabalho degradantes em seu país de origem, ou simplesmente à falta generalizada de trabalho, as "vítimas", ao invés de sentirem revolta, acabam por alimentar um sentimento de agradecimento aos seus algozes, o que, por óbvio, torna imprestáveis os depoimentos prestados.
> Assim, tenho como comprovados os fatos descritos na exordial acusatória.

Como bem assinalado pelo *Parquet* federal, há também importantes discrepâncias entre o quanto declarado pelos ofendidos e pelos acusados:

> Os apelantes divergiram em relação ao fato de os empregados dormirem ou não na oficina - já que HILDA afirmou que apenas Rodrigo, Felix e Nancy lá dormiam, enquanto FREDDY alegou que todos dormiam, exceto Júlio, Eva e Júlia -, bem como quanto ao fato de os alimentos serem ou não descontados do salário.

Reputo, pois, demonstrada a autoria do crime do art. 149, do Código Penal, pelos réus, HILDA MOLLO LAURA e FREDDY ANGEL CONDORI TICONA, nos moldes descritos na denúncia.

Concurso de crimes

No caso dos autos, os acusados foram denunciados pela prática do crime do art. 149 c.c. o art. 70 (contra nove vítimas), ambos do Código Penal.

No entanto, o magistrado sentenciante reconheceu que os crimes imputados na denúncia foram praticados não em concurso formal, mas em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

No particular, a sentença é de ser revista.

O crime de redução à condição análoga à de escravo exige que a situação fática perdure no tempo, para que se possa constatar a submissão da vítima ao agente.

Trata-se, pois, de infração de natureza permanente, não comportando a incidência das disposições do art. 71 do CP (continuidade delitiva).

Neste sentido:

> *HABEAS CORPUS*. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. DENÚNCIA DE TRABALHADORES SUBMETIDOS AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO. AÇÃO REALIZADA PELO GRUPO DE FISCALIZAÇÃO MÓVEL EM PROPRIEDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS EM FACE DA AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
> [...]
> 4. Ademais, na hipótese vertente os pacientes foram acusados da prática dos delitos de redução a condição análoga à de escravo, frustração de direito assegurado pela lei trabalhista e falsidade documental, sendo que apenas o relativo à falsificação de documento público é instantâneo, já que os demais, da forma como em tese teriam sido praticados, são permanentes. 5. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante delito de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (Doutrina e jurisprudência). 6. O só fato de os pacientes não terem sido presos em flagrante quando da fiscalização empreendida no estabelecimento não afasta a conclusão

> acerca da licitude das provas lá colhidas, pois o que legitima a busca e apreensão independentemente de mandado é a natureza permanente dos delitos praticados, o que prolonga a situação de flagrância, e não a segregação, em si, dos supostos autores do crime. Precedente. 7. Ordem denegada.
> (STJ, 5ª Turma, HC 109966, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04/10/2010).

Correta, portanto, a indicação ministerial, pois, mediante uma única conduta, os acusados subjugaram nove vítimas, atingindo nove bens jurídicos distintos (a liberdade pessoal de cada trabalhador reduzido à condição análoga à de escravo).

Sobre o tema, colaciono o seguinte precedente desta Corte:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. COMPETÊNCIA FEDERAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATENTADO CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE: REDUZIDA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES: MULTIPLICIDADE DE TRABALHADORES. 1. Apelação da Acusação e Defesa contra a sentença que condenou o réu Ronaldo Perão como incurso no artigo 149, §2º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal e absolveu os demais da imputada prática do crime do artigo 149, *caput*, §§ 1º e 2º, e artigos 197 e 203, todos do Código Penal.
> [...]
> 14. Com uma só ação foram cometidos crimes, do ponto de vista imediato, contra 21 trabalhadores, de modo que restou caracterizada a ocorrência de concurso formal de crimes, e não de continuidade delitiva. Precedente. Inteligência do artigo 70 do CP. 15. Apelo da acusação improvido. Apelo da defesa parcialmente provido. De ofício reconhecido concurso formal.
> (1ª Turma, ACR 00032520620114036111, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2015)

Dosimetria

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado *a quo* valorou negativamente as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade dos réus, motivos do crime e circunstâncias do delito.

Na segunda etapa da fixação da reprimenda, aplicou a agravante prevista no art. 61, II, "g", CP.

Sem causas de aumento ou de diminuição.

Por fim, reconheceu o concurso de crimes na modalidade do art. 70 do Código Penal, fixando a pena, definitivamente, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 41 (quarenta e um) dias-multa, para cada réu.

Neste tópico, o pedido da defesa é de ser parcialmente acolhido.

A culpabilidade dos acusados e as circunstâncias do crime autorizam a fixação da pena base acima do mínimo legal. Sobre o tema, transcrevo o seguinte trecho do parecer da Procuradoria Regional da República, cujos bem lançados fundamentos adoto como razões de decidir:

> A culpabilidade mostrou-se acentuada no caso concreto pelo fato de os apelantes terem explorado pessoas da mesma nacionalidade deles - boliviana -, pois, assim fazendo, demonstram ausência de compaixão com os próprios compatriotas, utilizando-se do conhecimento das dificuldades encontradas no país de origem para submeter seus pares, desamparados e mais vulneráveis, às condições precárias de trabalho e moradia. E mais. Dentre as vítimas, havia uma mulher grávida de seis meses que era submetida à jordana de trabalho de 15h diárias

> (Graciela Apaza Castillo - fl. 22), e outra com um bebê de quatro meses, a qual era impedida pelos apelantes de interromper o serviço para amamentar a criança e/ou trocar sua fralda (Eva Roxana Calle Mamani- fl. 25).
> [...]
> No tocante às circunstâncias do delito, além das jornadas de trabalho extensas, salários reduzidos e descontos de alimentos/moradia, cabe destacar a desproporção entre o número de pessoas e a capacidade da residência, a falta de higiene e de segurança no local, inclusive com perigo de curto-circuito, conforme atesta o Laudo à fl. 88.

No entanto, a pena base comporta exasperação em menor grau, considerando que os motivos do crime ("pura ganância"/ fins econômicos) não extrapolam o ordinário em crimes dessa natureza.

Afastada tal circunstância, fixo a pena base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, descabe aplicar a agravante prevista no art. 61, "g", do Código Penal, que dispõe, *in verbis:*

> Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
> [...]
> II - ter o agente cometido o crime:
> [...]
> g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Isto porque o "abuso de poder" previsto na norma é o abuso de uma função pública, de um poder conferido a uma autoridade pública, o que não se verifica no caso dos autos.

Ausente recurso do órgão acusatório, também não se afigura possível acolher o parecer da Procuradoria Regional da República pela aplicação supletiva da agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal.

Demais disso, a agravante se aplica quando o crime é praticado com abuso de autoridade nas relações privadas (por exemplo, nos casos de tutela) ou quando o agente se vale de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

De se ver que a norma prescreve mais severa punição quando o crime é praticado por pessoa em quem a vítima deposita sua confiança, o que também não é o caso dos autos, pois a situação de coabitação é concomitante ao início da prática do delito, inexistindo nos autos qualquer elemento que indique uma situação prévia de relacionamento de confiança entre os réus e os ofendidos.

Não há atenuantes nem concorrem causas de aumento ou diminuição.

Por fim, em razão do concurso formal homogêneo, aplico a fração de ½ (metade) sobre a pena fixada, condenando os réus a 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Apesar das circunstâncias judiciais não serem totalmente favoráveis, não vislumbro necessária a imposição de regime mais gravoso que o legal para início de cumprimento da pena.

Fixo, portanto, o regime semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do Código Penal.

Impossível acolher a pretensão recursal de exoneração dos réus do pagamento da pena de multa, "por insuficiência de recursos", na medida em que a sanção pecuniária integra o preceito secundário da norma penal, não havendo escusa legal para justificar sua não aplicação.

No entanto, devida a redução do valor unitário do dia-multa, pois que o valor fixado em primeiro grau (cinco salários mínimos) não guarda correspondência com a situação econômica dos réus, ao menos do quanto restou comprovado nos autos.

Não reputo adequada a utilização do valor do aluguel mensal pago pelos apelantes (R$ 2.000,00) como parâmetro exclusivo para demonstração da sua capacidade econômica, pois há que se ter em mente que o prédio era utilizado para fins residenciais e comerciais, tanto da família (o casal e seus sete filhos), quanto dos trabalhadores.

Além disso, o fato de os réus terem sua defesa patrocinada por advogado constituído não pode ser considerado como sinal indicativo da riqueza dos apelantes.

Por outro lado, é certo que o rendimento dos acusados, conforme declinado em seus interrogatórios judiciais, autoriza a fixação do valor unitário do dia-multa em patamar superior ao mínimo legal.

Com efeito, a ré HILDA informou que pagava para os trabalhadores metade do que recebia pela venda das peças, o que, segundo seu depoimento, correspondia a cerca de R$ 800,00 (oitocentos) reais para cada um dos nove trabalhadores vitimados pela prática delitiva.

Verifica-se, portanto, que a receita familiar, segundo informações da acusada, seria de aproximadamente R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Ainda que se considerem os gastos com a aquisição de tecidos e as despesas com a manutenção da oficina, nos termos do interrogatório judicial, é inegável que os réus percebem rendimentos condizentes com a fixação do valor unitário do dia-multa acima do mínimo legal.

Sopesadas tais circunstâncias, reduzo o valor do dia-multa para meio salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Quanto à fixação de um mínimo para reparação dos danos causados à vítima (art. 387, IV, CPP) pelo magistrado *a quo*, o recurso da defesa é de ser provido.

Isso porque, nos termos da jurisprudência consolidada do C. STJ, a permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, inclusive como forma de garantia do contraditório e da ampla defesa ao acusado.

Sobre o tema: STJ, 6ª Turma, AGResp 1206643, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 25/02/2015; 6ª Turma, AGRESP 1383261, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJE 14/11/2013; 5ª Turma RESP 1246709, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJE 09/10/2012).

In casu, inexistindo pedido expresso para fixação do valor mínimo de reparação dos danos, a indenização fixada em primeiro grau fica extirpada da condenação.

Por fim, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de determinar a suspensão condicional da pena porque descumpridos os requisitos legais.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para, mantendo a condenação dos réus FREDDY ANGEL CONDORI TICONA e HILDA MOLLO LAURA pela prática do crime do art. 149, do Código Penal, reduzir a pena fixada em primeiro grau para 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, bem como para afastar o mínimo fixado para reparação civil dos danos e reduzir o valor do dia-multa para meio salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais e o Ministério da Justiça.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0000400-48.2012.4.03.6119
(2012.61.19.000400-1)

Embargante: DIEGO ALVES DE CARVALHO (réu preso)
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: EIfNu 52166
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2015

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO INTERNACIOAL DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. RECURSO PROVIDO.
1. Nos termos do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os embargos infringentes e de nulidade são restritos à matéria objeto de divergência.
2. A Lei de Drogas prevê o aumento da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) na hipótese de a infração ter sido cometida em transportes públicos ou nas dependências ou imediações de locais onde há grande aglomeração de pessoas (estabelecimentos prisionais, hospitais, escolas, etc.).
3. A razão da norma é coibir o tráfico em locais onde, devido ao agrupamento de inúmeras pessoas, a comercialização da droga seja facilitada.
4. As circunstâncias do crime não indicam que o acusado tivesse a intenção de comercializar a droga no interior dos meios de transporte utilizados (ônibus, avião etc.); pelo contrário, a cocaína estava acondicionada em cápsulas no interior de seu organismo e o réu utilizou-se dos referidos transportes coletivos tão somente para chegar a seu destino final Roma (IT) e, uma vez não logrando êxito em seu ingresso naquele país, retornou ao Brasil com as referidas cápsulas. Não havendo nos autos elementos indicativos de que as tenha comercializado durante suas viagens de ida e de volta.
5. Embargos infringentes providos, para que prevaleça o voto vencido.

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, dar provimento aos embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencido proferido pelo Des. Federal Paulo Fontes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de setembro de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pela defesa de DIEGO ALVES DE CARVALHO (fls. 440/441) contra o v. acórdão (fls. 413/413v., 420/425 e 437/438v.) proferido pela Egrégia Quinta Turma desta Corte que, por maioria, deu parcial provimento à apelação da acusação para o fim de reconhecer a majorante do inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico em transporte público) e, deu parcial provimento à apelação defensiva, para o fim de aplicar a pena-base no mínimo legal, resultando, com isso, as penas de cinco anos, um mês e vinte e um dias de reclusão, regime inicial fechado, e 514 (quinhentos e quatorze) dias-multa, valor unitário no mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelo Des. Fed. Andre Nekatschalow, vencido o Des. Fed. Paulo Fontes, que negava provimento ao recurso do Ministério Público, por entender inaplicável a causa de aumento constante do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, e dava parcial provimento ao recurso da defesa, fixando a pena do acusado definitivamente em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, regime inicial fechado, e 466 (quatrocentos e sessenta e seis dias) dias multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

O acórdão foi assim ementado:

> PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA - COMPROVAÇÃO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - ALTERAÇÃO DA PENA-BASE APLICADA - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO POR USO DE TRANSPORTE PÚBLICO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR REPRIMENDAS ALTERNATIVAS E DIREITO A APELAR EM LIBERDADE - AFASTAMENTO - APELAÇÃO IMPROVIDA
> 1. Comprovada nos autos a materialidade delitiva, consubstanciada na apreensão da substância entorpecente por Laudo Pericial Toxicológico.
> 2. Autoria induvidosa diante das provas colhidas e da confissão do réu.
> 3. Internacionalidade demonstrada pelos depoimentos colhidos em juízo, e ante as circunstâncias da prisão, bem como pela confissão da apelante.
> 4. No tocante à afirmação de ocorrência de estado de necessidade, é certo que o acusado não trouxe aos autos qualquer documento que pudesse demonstrar que seus familiares realmente estivessem em atual perigo de vida e que, eventualmente, justificasse a prática de condutas vedadas pela lei, ressaltando-se que era ônus da defesa a demonstração de tais fatos, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.
> 5. Pena-base fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Referido "quantum" foi incorreta e desproporcionalmente aplicado, conforme ressaltado pela defesa, pois apesar da natureza da droga (cocaína), a quantidade trazida pelo réu não desbordou a normalidade do tipo, de maneira que entendo suficiente a sua fixação no mínimo legal.
> 6. No tocante à *atenuante da confissão espontânea*, ressalvo meu entendimento pessoal sobre o tema e passo a aplicar o entendimento firmado pela E. Primeira Seção desta Corte, no sentido de que mesmo em casos de prisão em flagrante delito deve referida atenuante ser reconhecida, bastando que o réu tenha admitido a prática delitiva. No entanto, a atenuante da confissão espontânea não será levada em consideração no caso vertente, tendo em vista que já foi aplicada a pena no mínimo legal na primeira fase, sendo certo que a reprimenda não poderá ser diminuída aquém do mínimo, conforme súmula 231 do STJ.
> 7. No tocante a aplicação da causa de aumento em virtude do uso de transporte público, assiste razão ao *Parquet* Federal que pleiteou a sua aplicação. Vem decidindo esta Corte que

a mera utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006.
8. No tocante à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, entendo que merece parcial provimento o apelo defensivo, pois pela quantidade de droga apreendida com o réu - cerca de trezentos e oitenta gramas de cocaína -, razoável a redução da pena acima do piso.
9. Pena final de cinco anos, um mês e vinte um dias de reclusão.
10. Pena de multa, por sua vez, deve ser aplicada proporcionalmente à reprimenda corporal, razão por que a altero para o valor de 514 (quinhentos e quatorze) dias-multa.
11. Não há que se falar na inaplicabilidade da pena de multa, posto que expressamente prevista na legislação de regência, não havendo ressalva no texto da lei.
12. Com relação ao regime inicial, pelas mesmas razões supra destacadas, deve ser mantido o inicial fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente gravosos à sociedade, tal como o verificado no caso presente.
13. No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão. Ainda que assim não fosse, ausentes estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal.
14. Não há que falar-se em direito à liberdade provisória e ao recurso em liberdade, pois, por primeiro, tendo o acusado sido preso em flagrante e assim permanecido durante todo o processo, com maior razão deve ser mantida a prisão cautelar até o trânsito em julgado, conforme reiterada jurisprudência de nossos tribunais superiores.
15. Parcial provimento ao recurso de apelação e ao recurso ministerial. (fls. 424/425)

A Defesa opôs embargos de declaração para que fosse juntado aos autos o voto vencido (fl. 433).

Os embargos de declaração foram acolhidos pelo Relator (fl. 435).

O voto vencido proferido pelo Des. Federal Paulo Fontes negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal e deu parcial provimento ao recurso da Defesa, para fixar a pena base no mínimo legal e a causa de diminuição da pena decorrente da aplicação do §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), razão pela qual condenou o réu a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias multa, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença recorrida (fls. 437/438v.).

A defesa de Diego Alves, por meio dos embargos infringentes, requer prevaleça o voto vencido, que afastou a causa de aumento de pena de que trata o art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 440/441).

Os embargos infringentes foram admitidos (fl. 443), redistribuídos, nos termos do artigo 266, § 2º, do Regimento Interno desta Corte (fl. 444) e contra-arrazoados (fls. 448/451v.).

À fl. 456, há pedido para que os embargos infringentes sejam incluídos em pauta para julgamento.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que Diego Alves de Carvalho foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, I e III, ambos da Lei nº 11.343/06, porque em 02 de junho de 2011, por volta das 12h40m, na rua Francisco Antunes, Gopoúva, Guarulhos (SP), foi flagrado trazendo consigo 24 (vinte e quatro) cápsulas de cocaína e por manter em depósito, para fins de comércio, outras 38 (trinta e oito) cápsulas da mesma substância, totalizando 380g (trezentos e oitenta gramas) massa líquida de cocaína, sem autorização legal ou regulamentar (fls. 132/133).

Relata a acusação que no dia 02/06/2011, na Rua Francisco Antunes, no município de Guarulhos/SP, policiais militares avistaram *Diego Alves de Carvalho* correndo em via pública, atitude que consideraram suspeita. Os policiais o abordaram e, em revista pessoal, encontraram uma cápsula de cocaína que estava no bolso de sua bermuda. Em razão do odor que exarava, conduziram o acusado até o Hospital Padre Bento e restou confirmado, por meio de exames clínicos, que havia outras cápsulas no interior de seu aparelho digestivo.

O réu admitiu aos policiais que havia mais entorpecente oculto em uma cadeira dentro do quarto do hotel em que estava hospedado (Hotel Segredos, quarto 17). Os policiais encontraram no local indicado mais 38 (trinta e oito) cápsulas contendo o referido entorpecente.

Foram encontrados 380g (trezentos e oitenta gramas) de cocaína.

O acusado esclareceu à Autoridade Policial que as cápsulas encontradas no referido quarto do hotel foram expelidas naturalmente e, assim, que as demais fossem igualmente expelidas pretendia retornar a Goiânia. Admitiu aceitar transportar a substância entorpecente, porque receberia R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para leva-la a Roma/Itália, no entanto, por não conseguir ingressar naquele país, foi deportado ao Brasil.

Em razão de tais fatos, o apelante foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, incisos I e III, ambos da Lei 11.343/06.

A denúncia foi julgada procedente e Diego Alves de Carvalho foi condenado pela prática do crime do artigo 33, *caput*, c. c. o artigo 40, incisos I, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 490 (quatrocentos e noventa) dias-multa, valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data dos fatos (fls. 245/259).

O Ministério Público Federal interpôs apelação pleiteando a não incidência da atenuante da confissão e da causa de diminuição de pena prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e a incidência da causa de aumento relativa ao uso de transporte público (art. 40, III, da Lei nº 11.343/06) (fls. 265/288).

A defesa de Diego Alves de Carvalho, em razões recursais, pleiteou, em síntese:

a) a absolvição do réu, em razão do estado de necessidade em que se encontrava;

b) a fixação da pena-base no mínimo legal;

c) a incidência da atenuante relacionada ao estado de necessidade;

d) a não incidência da causa de aumento de pena relacionada ao tráfico internacional de entorpecente;

e) a incidência da causa de diminuição da pena de que trata o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima;

f) regime inicial para cumprimento de pena diverso do fechado;

g) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

h) afastamento da imposição da pena de multa;

i) assegurado ao acusado o direito de apelar em liberdade (fls. 292/318).

A Egrégia Quinta Turma deste Tribunal, por maioria, deu parcial provimento à apelação da acusação, para reconhecer a incidência da causa de aumento de pena de que trata o inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico em transporte público), e, deu parcial provimento à apelação defensiva, para fixar a pena-base no mínimo legal, razão pela qual fixou a pena de Diego Alves de Carvalho em 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 21 (vinte e um) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 514 (quinhentos e quatorze) dias-multa, valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo vigente na data dos fatos, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida.

A Defensoria Pública da União interpôs os presentes embargos infringentes para prevalecer o voto vencido e, como consequência, reste afastada a causa de aumento de pena de que trata o art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 440/441).

Nos termos do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os embargos infringentes e de nulidade são restritos à matéria objeto de divergência, de modo que a divergência se restringe à aplicação da causa de aumento de pena de que trata o art. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

Verifico que o Des. Federal Luiz Stefanini, no voto vencedor, majorou a pena do acusado em decorrência da causa de aumento de que trata o art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, com os seguintes argumentos:

> No tocante a aplicação da causa de aumento em virtude do uso de transporte público, assiste razão ao *Parquet* Federal que pleiteou a sua aplicação. O entendimento predominante nesta Corte era no sentido de que referida causa de aumento somente seria aplicável aos casos em que ocorresse a comercialização da droga dentro do próprio meio de transporte, e não quando esse fosse utilizado apenas como meio de locomoção para aquele que transporta a droga de um local a fim de entregá-la para fins de comércio em outro, pelo fato de não gerar ameaça real à saúde ou segurança dos demais passageiros.
> Contudo, recentemente, na esteira de alguns julgados dos Tribunais Superiores, vem decidindo esta Corte que a mera utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006.
> Sobre o tema, cito brilhante julgado do Excelentíssimo Desembargador Federal Antônio Cedenho, que, nos autos da Apelação Criminal nº 200961810015205, prelecionou ser aplicável aquela majorante pelo simples fato de o réu estar utilizando-se do transporte público para conduzir a droga até o local de destino, pois o crime em questão é de perigo abstrato, verbis: "Isso porque também torna mais grave o perigo gerado pela conduta do agente e eleva a potencialidade lesiva do crime não apenas por ser cometido em local mais suscetível para a propagação do tóxico, como também pela lesão a outros setores da segurança pública, no caso o serviço de transporte público, que apenas poderá ser prestado satisfatoriamente quando conduzir o usuário com segurança e no tempo previamente preestabelecido de um ponto para outro. Assim, a prática de tráfico de drogas em transporte público afeta diretamente e de diversas formas a segurança do serviço, além de prejudicar sua prestação adequada, em razão do tempo despendido para a apreensão das drogas e a realização dos procedimentos administrativos necessários.
> Por outro lado, a utilização de transporte público para o tráfico de drogas dificulta a identificação dos responsáveis pelo crime, em razão do aglomerado de pessoas, fato que prejudica também a fiscalização da polícia e a repressão do crime".

A respeito do tema, colaciono os seguintes julgados:
"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NATUREZA. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. PREJUÍZO À IMPETRAÇÃO, NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. A utilização do transporte público como meio para a prática do tráfico de drogas é suficiente para o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, porque a majorante é de natureza objetiva e aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do infrator. Precedente. (...)" (STF, HC 109411, Relator(a) CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, 11.10.2011. - Acórdãos citados: HC 94839, HC 97256, HC 107274).
"Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Utilização de transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06. Fixação do quantum relativo à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Necessidade de fundamentação idônea. Inocorrência. Ordem parcialmente concedida. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006 (dentre outros, HC 107.274/MS, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe-075 de 25.04.2011). (...)" (STF, HC 108523, Relator(a) JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, 14.02.2012. - Acórdãos citados: HC 99440, HC 107274, HC 108513).
Assim, alterando posicionamento anterior, delibero adotar o entendimento supracitado, para fazer incidir referida majorante. (fls. 421/422)

Por sua vez, o Des. Federal Paulo Fontes, ao proferir voto vencido, afastou a já mencionada causa de aumento de pena com o fundamento seguinte:

Com efeito, o simples embarcar daquele que comete o delito em transporte público, com o fim de entregar o entorpecente ao destino final, não gera uma ameaça real à saúde ou segurança dos demais passageiros, não sendo o caso, por isso, de fazer incidir a causa de aumento prevista no inciso III, do artigo 40, da lei 11.343/06.
No inciso III do referido art. 40, o legislador reproduziu, com melhor redação, o inc IV, do art. 18, da antiga Lei 6.368/76 e ampliou a lista de ambientes que oferecem facilidades ao comércio ilícito de drogas e a associação para aqueles fins ou até mesmo para a indução ou instigação de alguém ao uso de drogas.
Malgrado o propósito do legislador seja o de reprimir de forma mais eficaz aquele agente que se aproveita dos locais de aglomeração de pessoas para implementar o seu negócio ilícito, não significa que se enquadre no inciso III, parte final, do art. 40 da Lei 11.343/2006, toda e qualquer conduta de tráfico de entorpecentes nos ambientes referidos no aludido inciso: para a caracterização da referida causa de aumento mister que o agente pretenda dolosamente utilizar ambientes com um natural maior agrupamento de pessoas para desenvolver com mais facilidade a mercancia ilícita de entorpecentes.
A esse respeito, predica RENATO MARCÃO que há necessidade de um nexo entre o local e a prática do crime para a configuração da causa de aumento em tela:
"É necessário que com a prática ilícita o agente vise qualquer dos locais listados no inciso III do art. 40, cuja incidência reclama um agir dolosamente (ainda que eventual); requer a finalidade de alcançar as pessoas que freqüentam qualquer daqueles locais determinados"
("Tóxicos - Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Anotada e Interpretada", 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 331).
Nesse sentido, importante ressaltar as recentes decisões proferidas pelas Primeira e Segunda

Turmas Julgadoras do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07, E ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros. 2. A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente. Precedentes: HC 119.782, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03.02.14 e HC 109.538, Primeira Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 26.10.12.." (HC 118676, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014)

"Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA. DOSIMETRIA. LEI 11.343/06, ART. 40, III. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA NORMA. CONTROVÉRSIA RELACIONADA COM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE DEFERIDA. I - A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização de drogas nos locais referidos no preceito. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal, por meio do qual o legislador ordinário pretendeu, em face de certas situações, sancionar com maior rigor o tráfico de entorpecentes. II - A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público - ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma. (...)." (HC 115815, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013)

Afastada, pois, a causa de aumento decorrente do uso de transporte público, deverá permanecer tão somente a incidência da causa de aumento decorrente da internacionalidade do delito, no patamar de 1/6 (um sexto). (fls. 437/438)

Passo a analisar a questão que foi devolvida a esta Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região por meio dos embargos infringentes.

O recurso deve ser provido.

Com a devida vênia, entendo não ser o caso de aplicar-se a causa de aumento de pena de que trata o art. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

A defesa pleiteia o afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Com razão.

A Lei de Drogas prevê o aumento da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) na hipótese de a infração ter sido cometida em transportes públicos ou nas dependências ou imediações de locais onde há grande aglomeração de pessoas (estabelecimentos prisionais, hospitais, escolas, etc.).

Entendo que a razão da norma é coibir o tráfico em locais onde, devido ao agrupamento de inúmeras pessoas, a comercialização da droga seja facilitada.

As circunstâncias do crime não indicam que o acusado tivesse a intenção de comercializar a droga no interior dos meios de transporte utilizados (ônibus, avião etc.); pelo contrário, a cocaína estava acondicionada em cápsulas no interior de seu organismo e o réu utilizou-se dos referidos transportes coletivos tão somente para chegar a seu destino final Roma (IT) e, uma vez não logrando êxito em seu ingresso naquele país, retornou ao Brasil com as referidas cápsulas. Não havendo nos autos elementos indicativos de que as tenha comercializado durante suas viagens de ida e de volta.

Não houve preparação, execução ou a consumação do crime de tráfico de entorpecentes nas dependências de qualquer meio de transporte público, razão pelo qual não deve incidir a referida causa de aumento.

O embargante foi preso em flagrante delito, no dia 02.06.11, em via pública, trazendo consigo uma capsula em seu bolso e outras 23 (vinte e três) cápsulas em seu aparelho digestivo, contendo cocaína, e, depois de diligências policiais, descobriu-se que mantinha em depósito, escondida dentro de uma cadeira no quarto do hotel em que estava hospedado, mais 38 (trinta e oito) cápsulas da mesma substância (fls. 02/18).

Com efeito, não há qualquer elemento indicativo nos autos que pretendesse comercializar a referida droga no interior dos transportes públicos utilizados por ele.

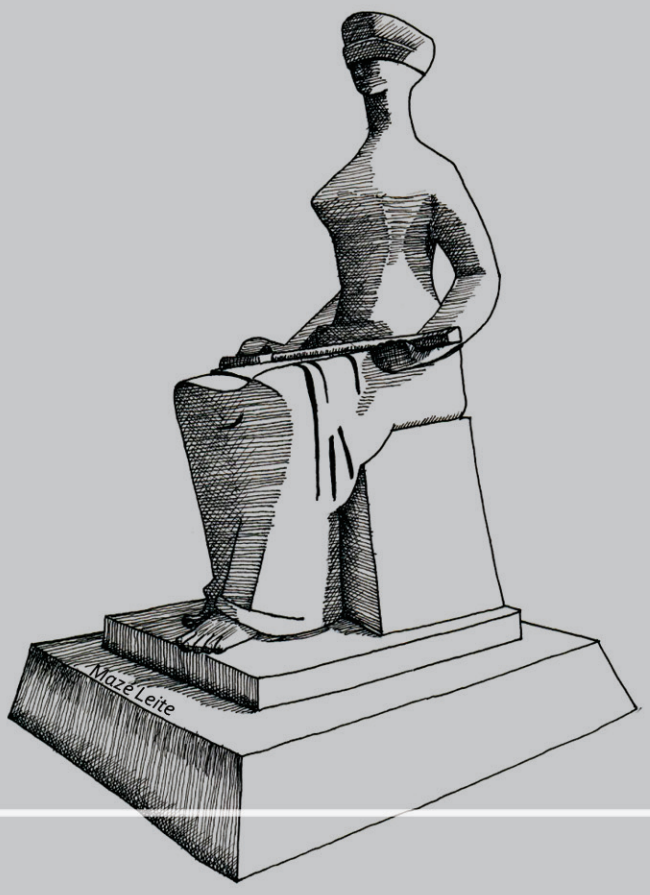
Dessa forma, deve prevalecer o voto vencido de lavra do Des. Federal Paulo Fontes que negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, para manter a não incidência da causa de aumento de pena de que trata o art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, e deu parcial provimento ao recurso da Defesa, para fixar a pena base no mínimo legal, fixar o patamar de diminuição decorrente da aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), e condenar o réu à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, regime inicial fechado, e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias multa, no valor unitário de 1/30 (trinta) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos, mantendo-se, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau (fl. 438).

Ante o exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Previdenciário



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0032761-65.2005.4.03.9999
(2005.03.99.032761-5)

Apelantes: ANTONIO LOPES E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PACAEMBU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe de Processo: AC 1047276
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/10/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-C DO CPC. RESP Nº 1.348.633-SP. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO RURAL ANTERIOR AO DOCUMENTO MAIS ANTIGO JUNTADO COMO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. JULGAMENTO RECONSIDERADO.
1. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.348.633-SP, adotando a sistemática do art. 543-C do CPC, assentou que é possível o reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. Incidência da norma prevista no artigo 543-C, com a redação dada pela Lei nº 11.672/06, tendo em vista o julgado do Superior Tribunal de Justiça.
3. Análise do pedido à luz do julgamento proferido no recurso especial mencionado.
4. Reconsiderada a decisão para em novo julgamento, conhecer do agravo legal da parte autora e lhe dar parcial provimento, reconhecendo interregno de labor rural exercido anteriormente ao documento mais remoto juntado aos autos.
5. Condenado o INSS à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a partir a partir da data da citação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no artigo 543-C, do CPC, em juízo de retratação, conhecer do agravo legal e lhe dar parcial provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Cuida-se de ação previdenciária com vistas à concessão de benefício de aposentadoria

por tempo de serviço/contribuição.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido.

Em julgamento monocrático dos recursos de apelação da parte autora e do INSS, foi reformada parcialmente a r. sentença, para reconhecer como labor especial os interregnos de 20/11/1978 a 09/04/1984 e 01/06/1984 a 13/09/1989 e limitar o reconhecimento da atividade rural sem registro em CTPS aos períodos de 01/01/1970 a 31/08/1972.

Agravou a parte autora requerendo a reconsideração da decisão, a fim de que fosse reconhecido todo o período de labor rural pleiteado.

Em sessão realizada em 26.11.12, a C. Nona Turma decidiu, por unanimidade, não conhecer do agravo legal.

A parte autora interpôs recurso especial insistindo no reconhecimento do trabalho campesino em todo o interregno alegado.

Em razão do decidido no Resp nº1.348.633/SP vieram-me os autos em obediência à disposição do artigo 543-C do Código de Processo Civil (fl. 352).

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de demanda previdenciária com vistas à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com alegado exercício de labor rural.

Os autos foram devolvidos a esta Relatoria para Juízo de retratação.

Inicialmente, anoto que a Nona Turma desta Corte, em sessão de julgamento realizada em 26.11.12, não conheceu do agravo legal, ante a sua intempestividade.

Todavia, verifico que a fundamentação do voto de fls. 209 considerou, equivocadamente, o termo inicial de contagem do prazo recursal a partir da data da publicação da decisão terminativa de fls. 130-133, em 23.02.10, descurando-se de considerar a oposição dos embargos de declaração de fls. 135-139, os quais interromperam o prazo, nos termos do art. 538 do CPC.

Desta feita, disponibilizada a decisão dos declaratórios no Diário Eletrônico em 08.08.12, o agravo legal interposto em 10.08.12 merece ser considerado tempestivo.

Passo, portanto, à análise do recurso de fls. 176-200.

A monocrática de fls. 131-133 reconheceu apenas parte do período alegado e, consequentemente, deixou de conceder a aposentadoria pleiteada ante a insuficiência de contagem de tempo de serviço, vez que a somatória atingiu 27 anos, 01 mês e 07 dias até a data da ação.

Após a interposição de recurso especial retornaram-me os autos para o reexame disposto no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

No caso em análise, tendo em vista o advento do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, incide a norma prevista no artigo 543-C, §7º, inciso II e §8º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.672/08:

> Art. 543 -C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
> (...)

§ 7 º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
II. serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.
§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Dessa forma, revendo os autos, verifica-se que o acórdão recorrido encontra-se dissonante da orientação trazida no julgamento do RESP nº 1.348.633/SP, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ).
3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.
4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.
5. Ainda que inexista prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.
6. (....).
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, Primeira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.08.2013, DJe 05.12.14)

Por ocasião do referido julgamento, restou decidido que é possível o reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.

A parte colacionou aos autos, como documentação mais remota, certidão de registro de imóveis de Juqueirópolis-SP, emitida em 19/01/1970 (fls. 29/30).

Passo, portanto, à análise da possibilidade de reconhecimento e contagem do alegado labor rural exercido em período anterior ao ano de 1970.

A prova testemunhal foi coerente e corroborou o efetivo labor rural desde 1968 até o ano de 1973 (fls. 87/88).

Portanto, torna-se possível, também, *o reconhecimento da atividade rural a partir de 01/01/1968 até 31/12/1969 e de 01/09/1972 a 31/12/1973*, além do interregno já reconhecido de 01/01/1970 a 31/08/1972.

Somado o período ora considerado, o interregno reconhecido no acórdão, sem registro em carteira profissional, e os registros em CTPS, a parte autora possui *31 (trinta e um) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias (tabela anexa)*, suficientes à concessão do benefício de aposentadoria por tempo proporcional, vez que os demais requisitos já se encontravam preenchidos na data do ajuizamento da ação.

A aposentadoria por tempo de serviço proporcional deve ser concedida a partir da data da citação, descontados eventuais valores inacumuláveis pagos na via administrativa.

Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

O INSS está isento do pagamento de custas processuais (Leis nºs 9.289/96 e 8.620/93), exceto custas e despesas eventualmente despendidas pela parte autora.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), e legislação superveniente, a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região). Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-C do CPC, *acolho o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça*, e em novo julgamento, conheço do agravo legal e lhe dou parcial provimento, para reconsiderar, em parte, a decisão monocrática e condenar o INSS a reconhecer o labor rural a partir de 01/01/1968 a 31/12/1969 e de 01/09/1972 a 31/12/1973 e conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a partir da data da citação, nos moldes da fundamentação acima exposta. Correção monetária e juros de mora na forma explicitada.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES
0052487-78.2007.4.03.0000
(2007.03.00.052487-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: GERALDO BORGES PEREIRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITATIBA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: EI 5406
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, IX, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.
1. *In casu*, não houve o reconhecimento do direito à concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição porque o r. julgado rescindendo considerou que o número de contribuições previdenciárias recolhidas pela parte autora (122) era inferior ao exigido pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para aqueles que requereram o benefício no ano de 2004 (138). Ocorre que, como bem salientou o voto vencedor, o autor já havia preenchido o tempo necessário para a concessão do benefício na data da EC nº 20/98, pois possuía 32 anos, 06 meses e 29 dias. Nesse sentido, deve-se verificar se o autor possuía a carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão do benefício no ano de 1998, o que, no caso, equivale a 102 meses. Desse modo, computando-se apenas os períodos registrados em CTPS até 16/12/1998, o autor possui 09 anos, 03 meses e 29 dias de tempo de contribuição, o que equivale a 112 contribuições. Assim, verifica-se que restou mais do que preenchida a carência necessária à concessão do benefício, na forma exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/1991.
2. O v. acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, ao ignorar que o autor já havia preenchido todos os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, inclusive a carência, antes do advento da EC nº 20/1998. Diante disso, é o caso de desconstituir o julgado rescindendo, conforme determinado pelo voto vencedor.
3. Embargos Infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento aos embargos infringentes*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de setembro de 2015.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 249/257) em face de acórdão proferido pela Terceira Seção desta E. Corte (fls. 206/207) que, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, por maioria, julgou procedente a ação rescisória e procedente o pedido formulado na ação subjacente, para conceder à parte autora (Geraldo Borges Pereira) o benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Requer o INSS a prevalência do voto vencido, que julgou improcedente a ação rescisória, por considerar que o r. julgado rescindendo não incorreu em qualquer erro de fato ou violação de lei ao julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, visto que não restou comprovado o preenchimento do requisito da carência.

Não obstante tenha sido devidamente intimada, a parte embargada deixou de apresentar contrarrazões (fls. 263).

Os presentes embargos infringentes foram admitidos por meio de decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (fls. 264).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, a douta Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 270/273, manifestou-se pelo desprovimento dos presentes embargos infringentes.

É o Relatório.

À Revisão.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 249/257) em face de acórdão proferido pela Terceira Seção desta E. Corte (fls. 206/207) que, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, por maioria, julgou procedente a ação rescisória e procedente o pedido formulado na ação subjacente, para conceder à parte autora (Geraldo Borges Pereira) o benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

O voto vencedor (fls. 198/205), da lavra do Exmo. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, foi proferido nos seguintes termos:

> (...)
> A alegação de ocorrência de erro de fato é decorrente do seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão rescindendo (fls. 113):
> "...Assim, apesar de a parte autora comprovar o exercício laborativa por 35 (trinta e cinco) anos, 04 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias, o tempo de contribuição (fls. 17/20), de 10 (dez) anos e 2 (dois) meses, totaliza apenas 122 (cento e vinte e duas) contribuições previdenciárias, o que é insuficiente para garantir a ela o cumprimento da carência, correspondente ao recolhimento de 138 contribuições mensais, na data do requerimento judicial do benefício, de acordo com a tabela do

artigo 142 da Lei nº 8.213/91.
Dessa forma, o pedido da parte autora para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é improcedente (artigo 53, inciso II e art. 142 da Lei nº 8.213/91).”
Penso ter efetivamente ocorrido o alegado erro de fato no acórdão rescindendo, uma vez que este levou em consideração na contagem do tempo de serviço do autor os períodos de trabalho prestados após 15.12.1998, quando nos itens 03, 04 e 05 da inicial da ação subjacente foi fixada tal data como o termo final da contagem, mesmo que resultasse na concessão do beneficio de aposentadoria proporcional por tempo de serviço.
Tal pretensão encontra respaldo no art. 187 do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:
“Art. 187. É assegurada a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, nas condições previstas na legislação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que, até 16 dezembro de 1998, tenha cumprido os requisitos para obtê-la.
Parágrafo único. Quando da concessão de aposentadoria nos termos do *caput*, o tempo de serviço será considerado até 16 de dezembro de 1998, e a renda mensal inicial será calculada com base nos trinta e seis últimos salários-decontribuição anteriores àquela data, reajustada pelos mesmos índices aplicados aos benefícios, até a data da entrada do requerimento, não sendo devido qualquer pagamento relativamente a período anterior a esta data, observado, quando couber, o disposto no §9º do art. 32 e nos §§ 3º e 4º do art. 56.”
Assim, no acórdão rescindendo considerou-se como existente um fato inexistente, qual seja, haver pedido do autor para que a contagem de seu tempo de serviço tivesse por termo final a data do ajuizamento da ação (2004), sendo que o pedido é no sentido de que seja considerado o tempo de serviço até 16.12.98, com cálculo da renda mensal inicial com base no parágrafo único do citado art. 187 do Decreto 3.048/99.
Penso, pois, que deve ser rescindida a respeitável decisão em epígrafe, com fundamento no art. 485, IX, do CPC.
II - DO JUÍZO RESCISORIUM
Busca o autor, nascido em 02.05.1944, a averbação de atividade rurícola desenvolvida no interregno de maio de 1954 a julho de 1981, para que, acrescido ao tempo de serviço urbano em CTPS, obter a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.
A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:
A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.
Todavia, no caso em tela o demandante acostou aos autos certidão de casamento (15.09.1969; fl. 24) e certidão de nascimento de sua filha (03.07.1971; fl. 27), nos quais constam os termos “trabalhador rural” e “lavrador”, respectivamente, para designar sua profissão, constituindo tais documentos início razoável de prova material relativo à atividade de rurícola do autor.
Nesse sentido, confira-se julgado que porta a seguinte ementa:
“PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO ESPECIAL.
1. A valoração dos depoimentos testemunhais sobre o período de atividade rural exercida pela recorrente é válida, se apoiada em início razoável de prova material, ainda que esta somente comprove tal exercício durante uma fração do tempo exigido em lei.
2. Considera-se a Certidão de Casamento, na qual expressamente assentada a profissão de rurícola do requerente, início razoável de prova documental, a ensejar a concessão do benefício previdenciário.
3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”
(STJ - 5ª Turma; REsp. 266852 - MS, 2000/0069761-3; Rel. Ministro Edson Vidigal; v.u., j. em 21.09.2000; DJ. 16.10.2000, pág. 347).

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo (fl. 68/69) foram uníssonas ao afirmar que conhecem o autor há mais de trinta anos e que trabalhou como lavrador por um período de 27 anos até vir para a cidade, tendo prestado serviços nas fazendas Odete e em São Miguel do Guaçú, ambas no Estado do Paraná.
Entretanto, o tempo de serviço que o autor alega ter cumprido entre 01.05.1954 a 01.05.1958, ou seja, a partir dos dez anos de idade, não pode ser considerado para fins previdenciários, uma vez que não havendo prova específica quanto ao trabalho exercido antes dos 14 anos de idade, resta afastada a contagem desse suposto tempo de serviço, além do que a Constituição da República de 1946, em seu artigo 157, inciso IX, vedava o trabalho aos menores de 14 anos.
Dessa forma, constato que restou demonstrado o labor do autor na condição de rurícola no período de 02.05.1958 a 31.07.1981, devendo ser procedida a averbação do tempo de serviço cumprido no citado interregno, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
Somando-se o período de atividade rural ora reconhecido com os períodos incontroversos (fls. 28/31) o autor perfaz 32 (trinta e dois) anos, 06 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias de serviço até 15.12.1998, conforme planilha em anexo, que passa a ser parte integrante do voto.
Importante anotar que o autor possuía 09 (nove) anos, 03 (três) meses e 23 (dias) de tempo de contribuição em 1998, equivalente a 112 contribuições mensais, restando satisfeita assim a carência exigida para o aludido ano, correspondente a 102 meses, nos termos do art. 142 da Lei nº 8.213/91.
Destarte, o demandante faz jus à aposentadoria por tempo de serviço proporcional, observando-se o regramento traçado pelo art. 188 A e B, do Decreto nº 3.048/99.
O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação da ação subjacente (02.07.2004 - fl.37), ante a inexistência de requerimento administrativo, conforme remansosa orientação jurisprudencial.
A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGPDI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.
Os juros moratórios devem ser calculados de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI- AgR 492.779-DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.2006). Será observada a taxa de 6% ao ano até 10.01.2003 e, a partir de 11.01.2003, será considerada a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.
Os honorários advocatícios devem ser fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais), nos termos do disposto no art. 20, §4º, do CPC.
Ressalto que as autarquias são isentas das custas processuais, nos termos do art. 4º, inciso I da Lei nº 9.289/96, porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).
III - DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA
Ante o exposto, rejeito a preliminar de carência de ação e, no mérito, julgo procedente o pedido formulado na presente ação rescisória (juízo rescindens), para rescindir o acórdão de fl. 115/116, com fundamento no art. 485, IX, do CPC (erro de fato), e, proferindo novo julgamento (juízo rescisorium), julgo procedente o pedido relativo à condenação do INSS a conceder ao autor o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, a partir da data da citação (02.07.2004). As verbas acessórias serão calculadas na forma retro mencionada.
Condeno, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 400,00.
Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devi-

dos documentos da parte autora GERALDO BORGES PEREIRA, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO implantado de imediato, com data de início - DIB em 02.07.2004, e renda mensal inicial a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 461 do CPC. É como voto.

Por sua vez, o voto minoritário (fls. 228/233), proferido pela Exma. Desembargadora Federal Marianina Galante, foi fundamento da seguinte forma:

(...)
No caso, busca o autor a rescisão do v. acórdão ao argumento de incidência de erro de fato. Sustenta que o v. acórdão rescindendo não considerou o ano em que deixou de exercer atividade remunerada (1998), para os fins do art. 142, da Lei nº 8.213/91 (carência de 102 contribuições mensais), exigindo o cumprimento de pelo menos 138 contribuições mensais, considerando a data em que houve o requerimento judicial do benefício (11.05.2004).
Sem razão o requerente.
O Ilustre Relator do feito originário assim se pronunciou acerca do tema (fls. 111/114):
"Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência consubstanciada na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental, devendo esta ser complementada por prova testemunhal.
(...)
No entanto, o reconhecimento do tempo de serviço rural, anterior ao início de vigência da Lei nº 8.213/91, não pode ser utilizado para fins de carência, conforme expressamente preceituado no artigo 55, § 2º, da mencionada lei, e na esteira de precedente do STJ:
(...)
Assim, apesar de a parte autora comprovar o exercício de atividade laborativa por 35 (trinta e cinco) anos, 04 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias, o tempo de contribuição (fls. 17/20), de 10 (dez) anos e 2 (dois) meses, totaliza apenas 122 (cento e vinte e duas) contribuições previdenciárias, o que é insuficiente para garantir a ela o cumprimento da carência, correspondente ao recolhimento de 138 contribuições mensais, na data do requerimento judicial do benefício, de acordo com a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.
Dessa forma, o pedido da parte autora para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é improcedente (artigo 53, inciso II e art. 142 da Lei nº 8.213/91).". (grifei)
Da análise da mencionada fundamentação, observa-se que o Ilustre Relator concluiu pela improcedência do pedido, adotando o entendimento de que o período de carência, nos termos do que dispõe o art. 142, da Lei nº 8.213/91, seria contado a partir da data em que houve o requerimento do benefício (fls. 111/114).
Observo, pois, que, efetivamente, houve pronunciamento judicial sobre os elementos contidos nos autos originários, entretanto, este foi desfavorável à tese sustentada pelo requerente.
Na hipótese, tenho que a intenção do autor é o manejo da presente ação como meio de reapreciação da prova, à semelhança da via recursal, com o único fim de discutir a justiça da decisão rescindenda, o que vai de encontro com o objetivo da demanda rescisória, que tem em vista "cindir a sentença como ato jurídico viciado". (Humberto Theodoro Júnior, *in* "Curso de Direito Processual Civil" - Editora Forense - 25ª edição, 1998, pág. 635).
Certo é que, a má apreciação da prova ou a injustiça da decisão não são suficientes para assinalar a existência de erro de fato apto a ensejar a desconstituição do julgado. Na verdade, a ação rescisória é medida de exceção que deve fundar-se apenas nas hipóteses taxativamente relacionadas na lei, "deve-se, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição

de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo" - (Humberto Theodoro Júnior, em sua obra "Curso de Direito Processual Civil" - Editora Forense - 25ª edição, 1998, pág. 646).

Alargar os limites da rescisória em busca de promover justiça, corrigindo eventuais erros de julgamento, resulta, na verdade, em insegurança jurídica e abre perigoso precedente para a utilização desta ação de natureza excepcional.

Nesse sentido, trago à colação as ementas a seguir, que espelham o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. NÃO CABIMENTO.

1. É incabível ação rescisória por violação de lei (inciso V do art. 485) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos.

2. Não cabe ação rescisória para 'melhor exame da prova dos autos'. Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, § § 1º e 2º).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.".

(STJ - AgRg na AR 3731/PE (Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 2007/0068524-4) - Primeira Seção - rel. Min. Teori Albino Zavascki - julg. 23.05.2007 - DJU 04.06.2007, pág. 283)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Mostra-se cabível a propositura de ação rescisória com fundamento na ocorrência de erro de fato quando a sentença rescindenda considera fato inexistente ou tem por inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que sobre esse fato não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial. No entanto, nenhuma das condições se verifica na situação em análise.

- A ação rescisória não tem cabimento quando visa à reparação de hipotética injustiça existente na sentença rescindenda em razão da má apreciação da prova ou como instrumento para se proceder à revisão dessa decisão, em substituição a recurso específico que deveria ter sido interposto no momento oportuno. Precedentes.".

(STJ - REsp 515279 (Recurso Especial 200300181803/RS) - Terceira Turma - Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - Julg. 09.09.2003 - DJU: 20.10.2003, pág. 275).

(...)

Nessas circunstâncias, incabível a ação rescisória com fundamento no inciso IX, do art. 485, do CPC.

Sob outro aspecto, observo que a inicial fez expressa referência a "equívoco na interpretação do art. 142, da Lei nº 8.213/91", o que, excepcionalmente, torna possível, mediante a aplicação do princípio "iura novit curia", a análise do pleito também sob o enfoque do art. 485, V (violação a literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

No entanto, também quanto a esse aspecto, melhor sorte não assiste ao demandante.

Conforme já exposto, a só leitura dos fundamentos adotados pelo I. Relator demonstra que o v. acórdão rescindendo negou o benefício ao autor por não considerar satisfeito o período de carência exigido à época do ajuizamento da ação.

Neste caso, a improcedência do pedido originário foi abalizada no entendimento dado pelo I. Relator ao art. 142, da Lei nº 8.213/91, restando possível tão somente a contagem do lapso de 10 (dez) anos e 2 (dois) meses de exercício laborativo (perfazendo a comprovação de 122 contribuições), insuficientes para garantir ao autor o objetivo por ele perseguido.

Com efeito, a exegese, ora impugnada, derivou de interpretação jurisprudencial controvertida, podendo comportar entendimentos diversos.

Tanto no sentido de considerar a data do requerimento do pedido (administrativo ou judicial), como marco para a comprovação do cumprimento da carência necessário ao deferimento do benefício:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REMESSA OFICIAL

CONHECIDA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.
1. Remessa oficial conhecida, pois a estimativa do quanto devido depende de conta adequada, a ser eficazmente elaborada apenas após a sentença, o que impossibilita prima facie estimar o valor da condenação de modo a aplicar tal limitação de alçada, fato que torna prevalente aqui a regra do inciso I do artigo 475 do citado pergaminho.
2. A petição inicial, embora concisa, revela-se suficientemente clara e inteligível, proporcionando uma compreensão inequívoca das razões que, segundo o Autor, consubstanciam seu direito à obtenção do provimento jurisdicional invocado. Vale dizer, traz a lume os fatos e os fundamentos jurídicos, atendendo aos princípios norteadores estabelecidos pelo Estatuto Processual Civil.
3. Em que pese o início de prova material, não há como reconhecer todo o tempo de serviço alegado, uma vez que o não veio aos autos qualquer documento anterior ao ano de 1966. Ademais, as testemunhas, por si só, não foram suficientes suprir a prova à ausência documental. Disso resulta, que restou comprovado apenas o trabalho rural, sem registro na Carteira de Trabalho, os períodos compreendidos entre 1º.01.1966 a 31.12.1971.
4. Para que o trabalhador faça jus à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é necessário que comprove o tempo de serviço e o cumprimento da carência mínima, nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 8.213/91, observada a tabela do art. 142 da mesma lei.
5. Considerando a data do requerimento do pedido no ano de 2002 (data do requerimento judicial) deveria o Autor comprovar o cumprimento da carência, correspondente ao recolhimento de 126 contribuições mensais. Verificando os registros apontado na Carteira de trabalho denota-se que o Autor cumpriu tal requisito, pois comprovou número superior ao exigido na norma legal. No que se refere ao tempo de serviço computando-se os períodos na atividade rural reconhecidos, mais todos os períodos anotados na Carteira de Trabalho o Autor totaliza 25 (vinte e cinco) anos, 6. (oito) meses e 3 (três) dias de tempo de serviço. Assim, ante o não cumprimento do tempo de serviço, o Autor não faz jus à aposentadoria pretendida, nos termos dos arts. 53, inc. II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.
7. No caso, ocorre a sucumbência recíproca, devendo os respectivos ônus se compensarem, na forma do artigo 21, *caput*, do CPC.
8. Remessa oficial conhecida e parcialmente provida. Agravo retido não provido. Apelação parcialmente provida.". (grifei)
(TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 2004.03.99.019390-4/SP - Sétima Turma - rel. Des. Antônio Cedenho - Julg 02.02.2009 - DJU 04.03.2009, pág. 800)
Como no sentido de levar em consideração o ano de implementação das condições necessárias para a obtenção do benefício:
"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS. NÃO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA.
- O início de prova material (documentos públicos), corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural.
- Diante das peculiares situações no campo, é se de reconhecer a validade dos documentos juntados em nome do genitor do autor.
- As normas jurídicas que restringem o trabalho do menor visam a protegê-lo, não podendo, pois, ser invocadas para prejudicá-lo no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários.
- A avaliação da prova material submete-se ao princípio da livre convicção motivada.
- A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.
- Com relação ao período de carência, conforme estabelece o artigo 25, inciso II, da LBPS, os

segurados inscritos na Previdência Social até 24.07.91, data da publicação da Lei nº 8.213/91, devem observar o regramento disposto no artigo 142, que leva em consideração o ano de implementação das condições necessárias para a obtenção do benefício.
- O recolhimento da contribuição para a seguridade social, incidente sobre o resultado da comercialização dos produtos agropecuários não assegura a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
- Tal benefício somente é devido se cumprida a carência necessária, eis que a legislação previdenciária, que disciplina a matéria, somente prevê, independentemente de carência, a concessão das aposentadorias por invalidez e por idade aos segurados especiais.
- Não recolheu o autor o número mínimo de contribuições exigido, a ensejar-lhe a concessão da aposentadoria, nos termos do artigo 52 da Lei nº 8.213/91, visto que os pagamentos efetuados na condição de autônomo não atingem o número necessário e o tempo laborado no campo sem o correspondente registro profissional não pode ser computado para fins de carência, restando descumprido o requisito legal em apreço.
- Ausente um dos requisitos, quais seja, o cumprimento da carência legal, incabível a concessão do benefício.
- Beneficiário da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação do autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte.
- Apelação provida para, embora reconhecendo o período trabalhado na lavoura sem registro profissional, de 18.12.1956 a 09.03.1979, reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.". (grifei)
(TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 95.03.047200-8/SP - Oitava Turma - rel. Des. Therezinha Cazerta - Julg. 21.05.2007 - DJU 13.06.2007, pág. 433)
"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA PRELIMINARES. NULIDADE DA CITAÇÃO. DOCUMENTOS NÃO AUTENTICADOS. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA. PROFISSÃO DE LAVRADOR EM REGISTROS CIVIS. EXTENSÃO À ESPOSA. ANOTAÇÕES NA CTPS. CARÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A 1991. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO POR CONTRIBUIÇÕES NÃO EFETIVADAS NAS ÉPOCAS PRÓPRIAS. DESNECESSIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
- Sentença que não se submete ao reexame necessário por ter sido proferida após a vigência da Lei nº 10.352/01 e cujo valor da condenação foi inferior a 60 salários mínimos.
- Não há que se falar em nulidade da citação por ausência de documentação que acompanha a petição inicial na contra-fé, uma vez que não houve prejuízo, tanto que o réu pôde se defender plenamente. Ainda assim, foi efetuada nova citação em 15-09-00.
- Inócua a preliminar de ausência de documentos autenticados, vez que as referidas cópias foram juntadas aos autos.
- O entendimento pacificado pelo E. STJ é no sentido de que a qualificação profissional do marido, como rurícola, se estende à esposa, quando alicerçada em atos do registro civil, para efeitos de início de prova documental.
- A carência estatuída no artigo 25 da Lei 8.213/91 não tem sua aplicação integral imediata, devendo ser escalonada e progressiva na forma descrita no artigo 142 da referida lei, levando-se em conta o ano de implementação, pelo segurado, das condições necessárias à obtenção do benefício.
- Não prevalece a alegação de impossibilidade de contagem de tempo rural anterior a novembro de 1991 para efeito do cumprimento do período de carência previsto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, haja vista ser norma de transição, aplicável justamente àqueles rurícolas que estavam nessa condição antes da vigência da lei.
- Exercendo atividade rural, o rurícola é segurado e mantém essa qualidade independentemente do recolhimento de contribuições (artigos 11 e 143 da Lei 8213/91).
- O art. 55, §2º, da Lei nº 8.213/91 permite o reconhecimento de tempo de serviço de traba-

> lhador rural anterior a sua edição independentemente do recolhimento de contribuições ao INSS, não se aplicando, *in casu*, o disposto em seu art. 96, IV.
> - Comprovado o exercício da atividade rural, não há que se falar em perda da qualidade de segurado, vez que, para os fins do artigo 143 da Lei 8213/91, deve o rurícola apenas comprovar aquele requisito.
> - Nas ações que versam sobre benefícios previdenciários, os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10%, excluindo-se as parcelas vincendas, conforme vem entendendo o E. STJ (Súmula 111 - STJ).
> - Preliminares rejeitadas.
> - Remessa oficial não conhecida e apelos improvidos".
> (TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 2003.03.99.033132-4/SP - Oitava Turma - rel. Des. Marisa Santos - Julg. 26.04.2004 - DJU 27.05.2004, pág. 321)
> Desta forma, encontrando-se a r. decisão rescindenda baseada em norma infra-constitucional de interpretação controvertida, a circunstância de haver sido eleita uma, dentre as leituras previstas ao art. 142, da Lei nº 8.213/91, ainda que não a mais justa, afirma a impossibilidade do manejo da rescisória fundamentada no art. 485, V (violação a literal disposição de lei), do CPC, decorrente do óbice contido na Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal.
> Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, julgo improcedente a rescisória. Isento o autor de honorária, por ser beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).
> É o voto.

Da análise das transcrições supra, verifica-se que a divergência existente por ocasião do julgamento da presente ação rescisória cinge-se sobre a ocorrência ou não de erro de fato no v. acórdão rescindendo, que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição à parte autora.

No tocante ao erro de fato, preconiza o art. 485, IX e §§ 1º e 2º, do Estatuto Processual Civil, *in verbis:*

> 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.
> § 1 ª. 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.

Destarte, para a legitimação da ação rescisória, a lei exige que o erro de fato resulte de atos ou de documentos da causa. A decisão deverá reconhecer fato inexistente ou desconsiderar fato efetivamente ocorrido, sendo que sobre ele não poderá haver controvérsia ou pronunciamento judicial. Ademais, deverá ser aferível pelo exame das provas constantes dos autos da ação subjacente, não podendo ser produzidas novas provas, em sede da ação rescisória, para demonstrá-lo.

Nessa linha de exegese, para a rescisão do julgado por erro de fato, é forçoso que esse erro tenha influenciado no *decisum* rescindendo.

Confira-se nota ao art. 485, IX, do diploma processual civil, da lavra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante (Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, p. 783), com base em

julgado do Exmo. Ministro Sydney Sanches (RT 501/125): "Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que seja entre aquela a este um nexo de causalidade."

Seguem, ainda, os doutrinadores: "Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo."

Outro não é o entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça. Destaco o aresto:

> RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. PRAZO. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. FATO CONTROVERSO.
> I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.
> II - O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.
> III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo. Recurso especial provido. (REsp 784166/SP, Processo 2005/0158427-3, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, j. 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259)

In casu, não houve o reconhecimento do direito à concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição porque o r. julgado rescindendo considerou que o número de contribuições previdenciárias recolhidas pela parte autora (122) era inferior ao exigido pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para aqueles que requereram o benefício no ano de 2004 (138).

Neste ponto, vale dizer que a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nos arts. 52 e seguintes, dispõe que o benefício de aposentadoria por tempo de serviço (que passou a ser por tempo de contribuição com a alteração ao art. 201 da CF/88, introduzida pela EC nº 20/98), será 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 para mulher e 35 anos de trabalho para o homem.

Nota-se, pois, que o deferimento da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição não prescinde da carência, ou seja, de um período mínimo de contribuição ao sistema.

Ocorre que, ao contrário do que constou do r. julgado rescindendo, a parte autora postulou a concessão do benefício na data da EC nº 20/98 (16/12/1998), ocasião em que eram exigidas 102 (cento e duas) contribuições para cumprimento da carência, nos termos do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

Com efeito, conforme se infere da petição inicial da ação originária (fls. 13/20), o autor, ao calcular o seu tempo de serviço, computou apenas os períodos anteriores a 16/12/1998, afirmando categoricamente ter preenchido os requisitos para a concessão da aposentadoria antes da EC nº 20/98.

No caso *sub examen* o v. acórdão rescindendo reconheceu o exercício de atividade laborativa por tempo superior a 35 (trinta e cinco) anos, porém deixou de conceder a aposentadoria por requerida, por considerar que o autor havia recolhido apenas 122 (cento e vinte e duas) contribuições, ao passo que seriam necessárias 138 (cento e trinta e oito) no ano de ajuizamento da ação (2004).

Todavia, como bem salientou o voto vencedor, o autor já havia preenchido o tempo necessário para a concessão do benefício na data da EC nº 20/98, pois possuía 32 (trinta e dois) anos, 06 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias, conforme planilha de fls. 208.

Nesse sentido, deve-se verificar se o autor possuía a carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão do benefício no ano de 1998, o que, no caso, equivale a 102 (cento e dois) meses.

Desse modo, computando-se apenas os períodos registrados em CTPS até 16/12/1998, o autor possui 09 (nove) anos, 03 (três) meses e 29 (vinte e nove) dias de tempo de contribuição, conforme planilha que acompanha o presente, o que equivale a 112 (cento e doze) contribuições.

Assim, verifica-se que restou mais do que preenchida a carência necessária à concessão do benefício, na forma exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/1991.

Percebe-se, portanto, que o v. acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, ao ignorar que o autor já havia preenchido todos os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, inclusive a carência, antes do advento da EC nº 20/1998.

Ademais, restou nítida a violação ao disposto no artigo 142 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o r. julgado rescindendo deixou de reconhecer o direito à concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mesmo havendo prova suficiente para demonstração do cumprimento do período de carência necessário à concessão do benefício,

Por tudo isso, entendo ser o caso de desconstituir o julgado rescindendo, conforme determinado pelo voto vencedor.

Nesse sentido, seguem decisões proferidas por esta E. Terceira Seção em casos análogos ao presente:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ERRO DE FATO. ART. 4985, IX, CPC. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 8.213/91. CARÊNCIA E TEMPO DE ATIVIDADE COMPROVADOS. 1 - A maioria dos documentos apresentados como novos referem-se a períodos já admitidos na r. sentença rescindenda ou que nada a alteram, sendo insuficientes para a sua rescisão. 2 - O magistrado sentenciante não se pronunciou a respeito da CTPS do demandante, da qual se extraem os registros de natureza urbana, relativos aos períodos de 06 de novembro de 1969 a 09 de setembro de 1970 e de 10 de janeiro de 1994 (sem data de saída), nas atividades de servente, na Indústria Sul Americana de Metais S/A, e de operário, junto à Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul, respectivamente. 3 - A decisão rescindenda revela que a atenção do julgador, na aferição do período de atividade urbana, estava voltada unicamente para a CTPS de fls. 66/67, de titularidade do pai do requerente, Sr. Antonio Jacob Filho, na qual consta o registro junto à Fiação de Seda Bratac S/A, no período de 01 de abril de 1980 a 04 de junho de 1980. 4 - O vínculo trabalhista estabelecido entre a parte autora e a Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul de São Paulo, no período de 10 de janeiro de

2005 a 14 de junho de 2005 (data do ajuizamento da ação subjacente), conforme anotação em CTPS, constitui prova plena do efetivo exercício de sua atividade urbana por 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias, que, somados ao lapso temporal, na condição de rurícola, já declarado em juízo, que somam 28 (vinte e oito) anos de tempo de serviço, o autor contava, quando do requerimento, com 39 (trinta e nove) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias. 5 - Comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência de 120 (cento e vinte) contribuições previdenciárias, prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios, uma vez que o requisito de 35 anos de tempo de serviço foi preenchido em 2001. 6 - Verba honorária fixada em R$550,00 (quinhentos e cinquenta reais). 7 - Matéria preliminar rejeitada. Pedido rescisório julgado procedente. Pedido de aposentadoria por tempo de serviço integral julgado procedente.
(TRF 3ª Região, AR 5567/SP, Proc. nº 0085891-23.2007.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Leide Polo, e-DJF3 Judicial 1 31/01/2012)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INTEGRAL. ANÁLISE DOS QUESITOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE EM 1998. CARÊNCIA PREENCHIDA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL DESDE OS DOZE ANOS DE IDADE NÃO COMPROVADO. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI RECONHECIDA, MAS INSUFICIENTE À RESCISÃO DO JULGADO FACE À INOCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. 1) A sentença, ao exigir carência de 180 (cento e oitenta) meses, prevista no art. 25, II, violou à literal disposição do art. 142 da Lei 8213/91, que exige 102 (cento e dois) meses de contribuições, uma vez que o autor se encontrava inscrito na Previdência Social Urbana quando do advento da Lei de Benefícios. 2) Contudo, tal vício não é suficiente para a rescisão do julgado, posto que o segundo fundamento para a rejeição do pleito formulado na demanda originária - ausência de prova do exercício da atividade rural desde os doze anos de idade - é suficiente à sua manutenção. 3) É que, ainda que se repute equivocadas as conclusões do magistrado - conclusão extremamente discutível -, o fato é que houve pronunciamento judicial sobre o fato - tempo de serviço rural desde os doze anos de idade - tendo em vista os documentos apresentados e a conduta do autor. Inteligência do art. 485, § 2º, do CPC. 4) Verba honorária que deixa de ser arbitrada, por ser o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita, em consonância à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. 5) Ação rescisória julgada improcedente.
(TRF 3ª Região, AR 5077/SP, Proc. nº 0111175-67.2006.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, e-DJF3 Judicial 1 26/10/2010, p. 56)

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO – Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE**:** Cuida-se de ação rescisória ajuizada por Geraldo Borges Pereira, com fulcro no art. 485, IX (erro de fato), do CPC, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando desconstituir o v. acórdão de fls. 109/116, proferido pela E. Décima Turma desta C. Corte que reformou a sentença para julgar improcedente o pedido, negando ao demandante o direito à aposentadoria por tempo de serviço.

Na sessão de 12.03.2009, o Ilustre Relator, Desembargador Federal Sérgio Nascimento, votou no sentido de rejeitar a matéria preliminar arguida e, no mérito, julgar procedente a

ação rescisória para desconstituir o v. acórdão com fundamento no art. 485, IX, do CPC e, proferindo novo julgamento, julgar procedente o pedido para condenar o INSS a conceder ao autor a aposentadoria por tempo de serviço, a partir da citação. Honorários fixados em R$ 400,00, nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

Naquela sessão de julgamento, após, igualmente, rejeitar a matéria preliminar arguida, no mérito, pedindo vênia a sua Excelência, divergi de seu entendimento, para julgar improcedente a presente ação rescisória, pelos fundamentos a seguir expendidos.

Na demanda originária, pleiteou o autor o reconhecimento, como insalubre, do lapso exercido, sem registro em carteira, no período compreendido entre 02 de maio de 1967 e julho de 1987, que, após ser convertido em tempo comum e adicionado ao tempo de trabalho urbano, implicaria na concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

O r. *decisum* rescindendo concluiu pela improcedência do pedido do demandante, sob o fundamento de que, não sendo possível o cômputo do período de atividade rural exercido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91, para efeito de carência, não havia como lhe ser concedido aposentadoria por tempo de serviço, nos termos em que foi pleiteada. O autor, à época do requerimento judicial do benefício (11.05.2004), contava com 122 (cento e vinte e duas) contribuições previdenciárias; era necessário o cumprimento da carência, equivalente a 138 (cento e trinta e oito) meses de contribuição.

Inconformado, Geraldo Borges Pereira ajuizou a presente ação rescisória com fundamento no art. 485, IX (erro de fato), do Código de Processo Civil, aduzindo equívoco na interpretação do art. 142, da Lei nº 8.213/91, eis que preencheu os requisitos para obtenção da aposentadoria em 1998, quando contava com 122 contribuições, sendo que bastariam 102 contribuições, o que não foi analisado pelo r. julgado rescindendo.

Ora, o erro de fato, para efeitos de rescisão do julgado, configura-se quando o julgador não percebe ou tem falsa percepção acerca da existência ou inexistência de um fato incontroverso e essencial à alteração do resultado da decisão. Não se cuida, portanto, de um erro de julgamento, mas de uma falha no exame do processo a respeito de um ponto decisivo para a solução da lide.

Considerando o previsto no inciso IX e nos §§ 1º e 2º do artigo 485, do Código de Processo Civil é, ainda, indispensável para o exame da rescisória, com fundamento em erro de fato, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie nos autos do feito em que foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, para demonstrá-lo, na ação rescisória.

Nesse sentido, são esclarecedores os apontamentos a seguir transcritos:

> Erro de fato: "Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade" (Sydney Sanches, RT 501/25)...
> (Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, em comentários ao art. 485, IX, do CPC, *in* "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor" - editora RT - 7ª edição - revista e ampliada - 2003, pág. 831)
> "Em face do disposto no nº IX e nos §§ 1º e 2º do art. 485, do Código, são seis os requisitos para a configuração do erro de fato:
> deve dizer respeito a fato (s);
> deve transparecer nos autos onde foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, para demonstrá-lo, na ação rescisória;

deve ser causa determinante da decisão;
essa decisão dever ter suposto um fato que inexistiu ou inexistente um fato que ocorreu;
sobre este fato não pode ter havido controvérsia;
finalmente, sobre o fato não deve ter havido pronunciamento judicial."
(Sérgio Rizzi - Ação rescisória - editora RT - 1979 - Requisitos do erro de fato - pág. 118/119).

No caso, busca o autor a rescisão do v. acórdão ao argumento de incidência de erro de fato. Sustenta que o v. acórdão rescindendo não considerou o ano em que deixou de exercer atividade remunerada (1998), para os fins do art. 142, da Lei nº 8.213/91 (carência de 102 contribuições mensais), exigindo o cumprimento de pelo menos 138 contribuições mensais, considerando a data em que houve o requerimento judicial do benefício (11.05.2004).

Sem razão o requerente.

O Ilustre Relator do feito originário assim se pronunciou acerca do tema (fls. 111/114):

Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência consubstanciada na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental, devendo esta ser complementada por prova testemunhal.
(...)
No entanto, *o reconhecimento do tempo de serviço rural, anterior ao início de vigência da Lei nº 8.213/91, não pode ser utilizado para fins de carência, conforme expressamente preceituado no artigo 55, § 2º, da mencionada lei*, e na esteira de precedente do STJ:
(...)
Assim, apesar de a parte autora comprovar o exercício de atividade laborativa por 35 (trinta e cinco) anos, 04 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias, o tempo de contribuição (fls. 17/20), de 10 (dez) anos e 2 (dois) meses, totaliza apenas 122 (cento e vinte e duas) contribuições previdenciárias, o que é insuficiente para garantir a ela o cumprimento da carência, correspondente ao recolhimento de 138 contribuições mensais, na data do requerimento judicial do benefício, de acordo com a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.
Dessa forma, o pedido da parte autora para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é improcedente (artigo 53, inciso II e art. 142 da Lei nº 8.213/91). (grifei)

Da análise da mencionada fundamentação, observa-se que o Ilustre Relator concluiu pela improcedência do pedido, adotando o entendimento de que o período de carência, nos termos do que dispõe o art. 142, da Lei nº 8.213/91, seria contado a partir da data em que houve o requerimento do benefício (fls. 111/114).

Observo, pois, que, efetivamente, houve pronunciamento judicial sobre os elementos contidos nos autos originários, entretanto, este foi desfavorável à tese sustentada pelo requerente.

Na hipótese, tenho que a intenção do autor é o manejo da presente ação como meio de reapreciação da prova, à semelhança da via recursal, com o único fim de discutir a justiça da decisão rescindenda, o que vai de encontro com o objetivo da demanda rescisória, que tem em vista "*cindir a sentença como ato jurídico viciado*". (Humberto Theodoro Júnior, *in* "Curso de Direito Processual Civil" - Editora Forense - 25ª edição, 1998, pág. 635).

Certo é que, a má apreciação da prova ou a injustiça da decisão não são suficientes para assinalar a existência de erro de fato apto a ensejar a desconstituição do julgado. Na verdade, a ação rescisória é medida de exceção que deve fundar-se apenas nas hipóteses taxativamente relacionadas na lei, "deve-se, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para

verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo" - (Humberto Theodoro Júnior, em sua obra "Curso de Direito Processual Civil" - Editora Forense - 25ª edição, 1998, pág. 646).

Alargar os limites da rescisória em busca de promover justiça, corrigindo eventuais erros de julgamento, resulta, na verdade, em insegurança jurídica e abre perigoso precedente para a utilização desta ação de natureza excepcional.

Nesse sentido, trago à colação as ementas a seguir, que espelham o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. NÃO CABIMENTO.
> 1. É incabível ação rescisória por violação de lei (inciso V do art. 485) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos.
> 2. Não cabe ação rescisória para "melhor exame da prova dos autos". Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, § § 1º e 2º).
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ - AgRg na AR 3731/PE (Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 2007/0068524-4) - Primeira Seção - rel. Min. Teori Albino Zavascki - julg. 23.05.2007 - DJU 04.06.2007, pág. 283)

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> - Mostra-se cabível a propositura de ação rescisória com fundamento na ocorrência de erro de fato quando a sentença rescindenda considera fato inexistente ou tem por inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que sobre esse fato não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial. No entanto, nenhuma das condições se verifica na situação em análise.
> - A ação rescisória não tem cabimento quando visa à reparação de hipotética injustiça existente na sentença rescindenda em razão da má apreciação da prova ou como instrumento para se proceder à revisão dessa decisão, em substituição a recurso específico que deveria ter sido interposto no momento oportuno. Precedentes.
> (STJ - REsp 515279 (Recurso Especial 200300181803/RS) - Terceira Turma - Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - Julg. 09.09.2003 - DJU: 20.10.2003, pág. 275).

Nessa direção, ainda, é a orientação adotada por esta 3ª Seção deste Egrégio Tribunal, consoante denotam os julgados a seguir:

> AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REAPRECIAÇÃO DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1 - A questão da ocorrência ou não do erro de fato constitui o mérito da demanda, não configurando objeção processual a ser destacada como preliminar.
> 2 - Para a configuração do erro de fato, a ensejar a rescisão do julgado nos termos do artigo 485, inciso IX, e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, é necessário que este tenha admitido fato inexistente ou considerado inexistente fato efetivamente ocorrido, bem como não tenha ocorrido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato.
> 3 - Tendo o aresto rescindendo apreciado todos os elementos probatórios carreados à ação subjacente, não há falar em rescisão do julgado, uma vez que a ação rescisória não é via apropriada para corrigir eventual injustiça decorrente de equivocada valoração da prova, não se

prestando à simples rediscussão da lide, sem que qualquer das questões tenha deixado de ser apreciada na demanda originária.
4 - Preliminar rejeitada. Ação rescisória julgada improcedente.
(TRF - 3ª Região - AR 1160 - Ação Rescisória: 2000.03.00.038686-6/SP - 3ª Seção - Rel. Des. Fed. Galvão Miranda - Julg: 11.10.2006 - DJU 08.01.2007).

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. ERRO DE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.
I - O erro de fato, como resultado de atos ou fatos do processo, configura-se desde que admitido fato inexistente, ou negado fato ocorrido, sem que, sobre a matéria, tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial.
II - Hipótese em que houve expressa apreciação da matéria, restando assentado no acórdão que os documentos que instruíram o pedido originário não servem para traduzir início de prova material, daí porque não se pode afirmar ter ocorrido admissão de fato inexistente, ou que tenha sido considerado inexistente fato efetivamente verificado, ainda que se possa, em tese, aventar a injustiça do julgamento, controvérsia, porém, que gira em torno de valoração da prova, insuscetível, nesse passo, de ser reexaminada em sede de ação rescisória. Aplicação do art. 485, inc. IX e §§ 1º e 2º, CPC.
(TRF - 3ª Região - AR - 1325 (Ação Rescisória: 2000.03.00.059638-1/SP - 3ª Seção - Rel. Des. Fed. Marisa Santos - Julg.: 11.05.2005 - DJU 14.07.2005).

Nessas circunstâncias, incabível a ação rescisória com fundamento no inciso IX, do art. 485, do CPC.

Sob outro aspecto, observo que a inicial fez expressa referência a "*equívoco na iterpretação do art. 142, da Lei nº 8.213/91*", o que, excepcionalmente, torna possível, mediante a aplicação do princípio "*iura novit curia*", a análise do pleito também sob o enfoque do art. 485, V (violação a literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

No entanto, também quanto a esse aspecto, melhor sorte não assiste ao demandante.

Conforme já exposto, a só leitura dos fundamentos adotados pelo I. Relator demonstra que o v. acórdão rescindendo negou o benefício ao autor por não considerar satisfeito o período de carência exigido à época do ajuizamento da ação.

Neste caso, a improcedência do pedido originário foi abalizada no entendimento dado pelo I. Relator ao art. 142, da Lei nº 8.213/91, restando possível tão somente a contagem do lapso de 10 (dez) anos e 2 (dois) meses de exercício laborativo (perfazendo a comprovação de 122 contribuições), insuficientes para garantir ao autor o objetivo por ele perseguido.

Com efeito, a exegese, ora impugnada, derivou de interpretação jurisprudencial controvertida, podendo comportar entendimentos diversos.

Tanto no sentido de considerar a data do requerimento do pedido (administrativo ou judicial), como marco para a comprovação do cumprimento da carência necessário ao deferimento do benefício:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REMESSA OFICIAL CONHECIDA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.
1. Remessa oficial conhecida, pois a estimativa do quanto devido depende de conta adequada, a ser eficazmente elaborada apenas após a sentença, o que impossibilita prima facie estimar

o valor da condenação de modo a aplicar tal limitação de alçada, fato que torna prevalente aqui a regra do inciso I do artigo 475 do citado pergaminho.
2. A petição inicial, embora concisa, revela-se suficientemente clara e inteligível, proporcionando uma compreensão inequívoca das razões que, segundo o Autor, consubstanciam seu direito à obtenção do provimento jurisdicional invocado. Vale dizer, traz a lume os fatos e os fundamentos jurídicos, atendendo aos princípios norteadores estabelecidos pelo Estatuto Processual Civil.
3. Em que pese o início de prova material, não há como reconhecer todo o tempo de serviço alegado, uma vez que o não veio aos autos qualquer documento anterior ao ano de 1966. Ademais, as testemunhas, por si só, não foram suficientes suprir a prova à ausência documental. Disso resulta, que restou comprovado apenas o trabalho rural, sem registro na Carteira de Trabalho, os períodos compreendidos entre 1º.01.1966 a 31.12.1971.
4. Para que o trabalhador faça jus à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é necessário que comprove o tempo de serviço e o cumprimento da carência mínima, nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 8.213/91, observada a tabela do art. 142 da mesma lei.
5. Considerando a data do requerimento do pedido no ano de 2002 (data do requerimento judicial) deveria o Autor comprovar o cumprimento da carência, correspondente ao recolhimento de 126 contribuições mensais. Verificando os registros apontado na Carteira de trabalho denota-se que o Autor cumpriu tal requisito, pois comprovou número superior ao exigido na norma legal. No que se refere ao tempo de serviço computando-se os períodos na atividade rural reconhecidos, mais todos os períodos anotados na Carteira de Trabalho o Autor totaliza 25 (vinte e cinco) anos, 6. (oito) meses e 3 (três) dias de tempo de serviço. Assim, ante o não cumprimento do tempo de serviço, o Autor não faz jus à aposentadoria pretendida, nos termos dos arts. 53, inc. II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.
7. No caso, ocorre a sucumbência recíproca, devendo os respectivos ônus se compensarem, na forma do artigo 21, *caput*, do CPC.
8. Remessa oficial conhecida e parcialmente provida. Agravo retido não provido. Apelação parcialmente provida. (grifei)
(TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 2004.03.99.019390-4/SP - Sétima Turma - rel. Des. Antônio Cedenho - Julg 02.02.2009 - DJU 04.03.2009, pág. 800)

Como no sentido de levar em consideração o ano de implementação das condições necessárias para a obtenção do benefício:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS. NÃO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA.
- O início de prova material (documentos públicos), corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural.
- Diante das peculiares situações no campo, é se de reconhecer a validade dos documentos juntados em nome do genitor do autor.
- As normas jurídicas que restringem o trabalho do menor visam a protegê-lo, não podendo, pois, ser invocadas para prejudicá-lo no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários.
- A avaliação da prova material submete-se ao princípio da livre convicção motivada.
- A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.
- Com relação ao período de carência, conforme estabelece o artigo 25, inciso II, da LBPS, os segurados inscritos na Previdência Social até 24.07.91, data da publicação da Lei nº 8.213/91,

devem observar o regramento disposto no artigo 142, que leva em consideração o ano de implementação das condições necessárias para a obtenção do benefício.
- O recolhimento da contribuição para a seguridade social, incidente sobre o resultado da comercialização dos produtos agropecuários não assegura a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
- Tal benefício somente é devido se cumprida a carência necessária, eis que a legislação previdenciária, que disciplina a matéria, somente prevê, independentemente de carência, a concessão das aposentadorias por invalidez e por idade aos segurados especiais.
- Não recolheu o autor o número mínimo de contribuições exigido, a ensejar-lhe a concessão da aposentadoria, nos termos do artigo 52 da Lei nº 8.213/91, visto que os pagamentos efetuados na condição de autônomo não atingem o número necessário e o tempo laborado no campo sem o correspondente registro profissional não pode ser computado para fins de carência, restando descumprido o requisito legal em apreço.
- Ausente um dos requisitos, quais seja, o cumprimento da carência legal, incabível a concessão do benefício.
- Beneficiário da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação do autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte.
- Apelação provida para, embora reconhecendo o período trabalhado na lavoura sem registro profissional, de 18.12.1956 a 09.03.1979, reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço. (grifei)
(TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 95.03.047200-8/SP - Oitava Turma - rel. Des. Therezinha Cazerta - Julg. 21.05.2007 - DJU 13.06.2007, pág. 433)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA PRELIMINARES. NULIDADE DA CITAÇÃO. DOCUMENTOS NÃO AUTENTICADOS. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA. PROFISSÃO DE LAVRADOR EM REGISTROS CIVIS. EXTENSÃO À ESPOSA. ANOTAÇÕES NA CTPS. CARÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A 1991. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO POR CONTRIBUIÇÕES NÃO EFETIVADAS NAS ÉPOCAS PRÓPRIAS. DESNECESSIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
- Sentença que não se submete ao reexame necessário por ter sido proferida após a vigência da Lei nº 10.352/01 e cujo valor da condenação foi inferior a 60 salários mínimos.
- Não há que se falar em nulidade da citação por ausência de documentação que acompanha a petição inicial na contra-fé, uma vez que não houve prejuízo, tanto que o réu pôde se defender plenamente. Ainda assim, foi efetuada nova citação em 15-09-00.
- Inócua a preliminar de ausência de documentos autenticados, vez que as referidas cópias foram juntadas aos autos.
- O entendimento pacificado pelo E. STJ é no sentido de que a qualificação profissional do marido, como rurícola, se estende à esposa, quando alicerçada em atos do registro civil, para efeitos de início de prova documental.
- *A carência estatuída no artigo 25 da Lei 8.213/91 não tem sua aplicação integral imediata, devendo ser escalonada e progressiva na forma descrita no artigo 142 da referida lei, levando-se em conta o ano de implementação, pelo segurado, das condições necessárias à obtenção do benefício.*
- Não prevalece a alegação de impossibilidade de contagem de tempo rural anterior a novembro de 1991 para efeito do cumprimento do período de carência previsto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, haja vista ser norma de transição, aplicável justamente àqueles rurícolas que estavam nessa condição antes da vigência da lei.
- Exercendo atividade rural, o rurícola é segurado e mantém essa qualidade independentemente do recolhimento de contribuições (artigos 11 e 143 da Lei 8213/91).
- O art. 55, §2º, da Lei nº 8.213/91 permite o reconhecimento de tempo de serviço de traba-

lhador rural anterior a sua edição independentemente do recolhimento de contribuições ao INSS, não se aplicando, *in casu*, o disposto em seu art. 96, IV.
- Comprovado o exercício da atividade rural, não há que se falar em perda da qualidade de segurado, vez que, para os fins do artigo 143 da Lei 8213/91, deve o rurícola apenas comprovar aquele requisito.
- Nas ações que versam sobre benefícios previdenciários, os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10%, excluindo-se as parcelas vincendas, conforme vem entendendo o E. STJ (Súmula 111 - STJ).
- Preliminares rejeitadas.
- Remessa oficial não conhecida e apelos improvidos.
(TRF - 3ª Região - Apelação Cível nº 2003.03.99.033132-4/SP - Oitava Turma - rel. Des. Marisa Santos - Julg. 26.04.2004 - DJU 27.05.2004, pág. 321)

Desta forma, encontrando-se a r. decisão rescindenda baseada em norma infra-constitucional de interpretação controvertida, a circunstância de haver sido eleita uma, dentre as leituras previstas ao art. 142, da Lei nº 8.213/91, ainda que não a mais justa, afirma a impossibilidade do manejo da rescisória fundamentada no art. 485, V (violação a literal disposição de lei), do CPC, decorrente do óbice contido na Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, julgo improcedente a rescisória. Isento o autor de honorária, por ser beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

APELAÇÃO CÍVEL
0004252-24.2009.4.03.6107
(2009.61.07.004252-8)

Apelante: JESUS BATISTA DE OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe de Processo: AC 1680790
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/10/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997).
1. Juízo de retratação, nos termos do art. 543-C, §7º, II, do CPC.
2. O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.296.673/MG, firmou o entendimento de que a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991, promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997.
3. Agravo legal provido, em juízo de retratação (CPC, art. 543-C, § 7º, II, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação (art. 543-C, § 7º, II, do CPC), dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando restabelecimento do auxílio-acidente, concedido em 04/06/1977 e cancelado em 10/11/2008, face à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 24/07/2006.

A r. sentença de fls. 178/181 julgou improcedente o pedido.

Apelação da parte autora às fls. 184/187.

Em julgamento colegiado, a 9ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, manteve a decisão monocrática anteriormente proferida, por meio da qual foi dado provimento à apelação para condenar o INSS a restabelecer o auxílio-acidente a partir de sua cessação.

Interposto recurso especial pelo INSS, foram os autos remetidos à Vice-Presidência desta Corte e devolvidos a este Relator para eventual juízo de retratação previsto no artigo 543-C, §7º, II, do Código de Processo Civil, considerado o paradigma firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria em questão (REsp nº 1.296.673/MG).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Passo a reapreciar a controvérsia vertida nestes autos, a teor do previsto no artigo 543-C, §7º, II, do CPC:

> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
> (...)
> § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
> (...)
> II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, a decisão proferida pela E. Vice-Presidência desta Corte determinou o retorno dos autos a esta Turma Julgadora, assim assentando:

> Vistos etc.
> Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS contra v. acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.
> DECIDO.
> O C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP nº 1.296.673/MG, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, assentou o entendimento segundo o qual a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente e a concessão da aposentadoria, sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991, promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997.
> O precedente, transitado em julgado em 04.10.2012, restou assim ementado, *verbis*:
> "RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997). DOENÇA PROFISSIONAL OU DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DO MOMENTO DA LESÃO INCAPACITANTE. ART. 23 DA LEI 8.213/1991. CASO CONCRETO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO

MARCO LEGAL. CONCESSÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. INVIABILIDADE. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de indeferir a concessão do benefício de auxílio-acidente, pois a manifestação da lesão incapacitante ocorreu depois da alteração imposta pela Lei 9.528/1997 ao art. 86 da Lei de Benefícios, que vedou o recebimento conjunto do mencionado benefício com aposentadoria. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 ('§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.'), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997. No mesmo sentido: REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.3.2012; AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012; AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.6.2012; AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28.6.2012; AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6.6.2012; EREsp 487.925/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 12.2.2010; AgRg no AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Dje 19.10.2011; AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 29.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREs 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AgRg no Ag 1.326.279/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.2011; REsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 13.8.2012. 4. Para fins de fixação do momento em que ocorre a lesão incapacitante em casos de doença profissional ou do trabalho, deve ser observada a definição do art. 23 da Lei 8.213/1991, segundo a qual 'considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro'. Nesse sentido: REsp 537.105/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 17/5/2004, p. 299; AgRg no REsp 1.076.520/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/12/2008; AgRg no Resp 686.483/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 6/2/2006; (AR 3.535/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJe 26/8/2008). 5. No caso concreto, a lesão incapacitante eclodiu após o marco legal fixado (11.11.1997), conforme assentado no acórdão recorrido (fl. 339/STJ), não sendo possível a concessão do auxílio-acidente por ser inacumulável com a aposentadoria concedida e mantida desde 1994. 6. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ."

(STJ, REsp 1.296.673/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 03.09.2012)

Neste caso, verifica-se que o v. acórdão recorrido afirma que a cumulação almejada pelo recorrente é lícita porque a eclosão da moléstia se dera em data anterior à vigência da novel legislação (MP 1.596/97, convertida na Lei nº 9.528/97). Não foi considerado, como impõe o precedente paradigmático supracitado, o momento em que concedida a aposentadoria por tempo de contribuição.

Ante o exposto, aplicando o artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, determino a devolução dos

autos à Turma julgadora, para eventual realização de reexame da matéria à luz do quanto decidido no REsp nº 1.296.673/MG.

Assim, reaprecio as alegações trazidas pelo INSS, em sede de agravo legal.

Com efeito, o marco para a possibilidade ou não da acumulação do auxílio-acidente com outro benefício previdenciário era dado pela eclosão da moléstia incapacitante. Sem embargo, o C. Superior Tribunal de Justiça vinha julgando de maneira distinta, ao fundamento de que, para se admitir a acumulação em debate, não basta que a doença seja anterior à inovação legislativa: também a aposentadoria que se pretende acumular deve ser concedida na vigência da Lei nº 8.213/91 antes da alteração promovida pela Lei nº 9.528/97. Nesse sentido, a guisa de exemplo:

> PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO ACIDENTE. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. INVIABILIDADE. CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.528/97. SÚMULA 83/STJ.
> 1. A redação original do art. 86 da Lei nº 8.213/91 previa que o auxílio-acidente era um benefício vitalício, sendo permitida a cumulação do referido auxílio pelo segurado com qualquer remuneração ou benefício não relacionados com o mesmo acidente.
> 2. O referido normativo sofreu alteração significativa com o advento da MP 1.596-14/97, convertida na Lei nº 9.528/97, que afastou a vitaliciedade do auxílio-acidente e passou expressamente a proibir a acumulação do benefício acidentário com qualquer espécie de aposentadoria do regime geral, passando a integrar o salário de contribuição para fins de cálculo da aposentadoria previdenciária.
> *3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a possibilidade de acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria requer que a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria sejam anteriores às alterações promovidas pela Lei nº 9.528/97.* Súmula 83/STJ. Recurso especial não conhecido.
> (STJ, 2ª Turma, REsp. nº 1.244.257/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 13.03.2012, DJe 19.03.2012 - g.n.)

E, de fato, essa orientação resta hoje consolidada, diante de recente julgado proferido por aquela C. Corte, sob o rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil. Confira-se:

> RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997). DOENÇA PROFISSIONAL OU DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DO MOMENTO DA LESÃO INCAPACITANTE. ART. 23 DA LEI 8.213/1991. CASO CONCRETO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO MARCO LEGAL. CONCESSÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. INVIABILIDADE.
> (...)
> *3. A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991* ('§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício,

exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.'), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997. No mesmo sentido: REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.3.2012; AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012; AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.6.2012; AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28.6.2012; AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6.6.2012; EREsp 487.925/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 12.2.2010; AgRg no AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Dje 19.10.2011; AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 29.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AgRg no Ag 1.326.279/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.2011; AREsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 13.8.2012 .

(...)

6. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ, 1ª Seção, REsp. nº 1.296.673/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.08.2012, DJe 03.09.2012 - g.n.)

No caso dos autos, verifica-se que o auxílio-acidente (NB 0690283890) foi concedido à parte autora em 04/06/1977 (fl. 162) e a aposentadoria por tempo de contribuição (NB 1410340551), em 24/07/2006 (fl. 163), ou seja, quando já havia vedação legal à cumulação dos benefícios.

De rigor, portanto, a reforma do decisum para julgar improcedente o pedido.

Deixo de condenar a requerente no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, adoto como razão de decidir o entendimento acima consignado, para, com limite na questão devolvida à reapreciação, reformar a r. decisão de fls. 206/209, e, em novo julgamento, *dar provimento ao agravo legal*, para julgar improcedente o pedido da parte autora.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0017488-70.2010.4.03.9999
(2010.03.99.017488-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 287/293
Interessado: JOSÉ ADEMAR MARANI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE BIRIGUI - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 1511212
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NO JULGAMENTO DAS ADIS 4.357 E 4.425. APLICAÇÃO

1. As decisões monocráticas terminativas podem ser proferidas quando escoradas em entendimento dominante na mesma Corte ou em Tribunais Superiores. Por isso, o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil precisa demonstrar que a decisão monocrática que ataca não está fundamentada em elementos consolidados na jurisprudência, ou, ainda, que se não se trata de manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso.

2. Cabível o reconhecimento do tempo de trabalho rural, em regime de economia familiar, no período de 01/01/1960 a 30/09/1987, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, salvo para efeito de carência.

3. O requerente possui mais de 35 anos de contribuição na data da distribuição do feito, cumprindo os requisitos para a implementação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral.

4. De rigor a aplicação do Manual de Cálculos, que é a norma que orienta os setores de cálculos da Justiça Federal, o qual vai sendo ajustado à medida que novos regramentos sejam estabelecidos pela legislação e jurisprudência. Observância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade reconhecida no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425

3. Agravo inominado parcialmente 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, dar parcial provimento ao agravo inominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Trata-se de agravo inominado (art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil) interposto pelo INSS em face de decisão monocrática que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS.

Em seu recurso, o agravante pleiteia a reforma da r. decisão, sustentando que a parte-autora não preenche os requisitos legais para concessão de aposentadoria por tempo de serviço rural, pois o período anterior à Lei 8.213/91 não pode ser contado para efeito de carência. Ademais, questiona a utilização do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, sustentando que não foi observada a modulação dos efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Para otimizar a prestação jurisdicional, o art. 557, do Código de Processo Civil (CPC), permite julgamentos monocráticos em substituição às decisões de Colegiados ou de órgãos jurisdicionais superiores, para casos nos quais o entendimento se apresentar consolidado (ainda que por maioria). Assim, o provimento de agravo interposto em face de decisão monocrática escorada no art. 557 do CPC depende da demonstração de que essa decisão está em desconformidade com a orientação do Colegiado da Corte ou de Tribunais Superiores ou, ainda, se não se tratava de manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso (TRF/3, AC 2008.61.14.003291-5, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, Quinta Turma, julgado em 03/08/2009; STJ, AgRg no REsp 1109792/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/06/2009; STF, AgR no AI 754086, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009).

A decisão agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> Trata-se de ação que tramita pelo rito ordinário, em que o Autor JOSÉ ADEMAR MARANI pleiteia, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, a averbação de tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, bem como a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.
> Afirma que exerceu atividades rurais na condição de lavrador, no período de 01/01/1960 a 30/09/1987, na Fazenda São João e no Sítio Santa Maria, localizados no bairro Lauro Penteado, município de Clementina - SP, sem registro em carteira de trabalho.
> Aduz que, no período de 01/10/1987 a 26/10/1987 e de 10/11/1987 a 30/06/1988, trabalhou com registro em sua CTPS, nas empresas "Kiuti - Indústria e Comércio de Calçados Ltda." e "Bimetasa Birigui Metalúrgica Ltda.", respectivamente, a partir de 06/1997, passou a efetuar recolhimentos como autônomo.
> Em virtude disso, assevera possuir tempo de contribuição suficiente para a obtenção do benefício pretendido (fls. 02/08).
> Juntou procuração e documentos (fls. 08/196).
> Os benefícios de gratuidade da justiça foram deferidos (fl. 197).
> Devidamente citado, o INSS apresentou contestação (fls. 209/220).

Réplica às fls. 227/233.
Realizada audiência com a oitiva de três testemunhas arroladas pelo Autor (fls. 241/245).
O MM. Juízo "a quo" julgou procedente o pedido, a fim de declarar que o Autor exerceu atividade rural no período requerido na inicial, condenando o INSS a conceder a aposentadoria integral por tempo de serviço, a partir da citação, bem como ao pagamento das verbas em atraso, acrescidas de correção monetária e juros de mora e ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (fls. 247/250).
Sentença submetida ao reexame necessário.
O INSS interpôs, no prazo legal, recurso de apelação, requerendo a improcedência do pedido (fls. 255/262).
Com contrarrazões (fls. 266/274), subiram os autos a esta Corte.
O Autor requer a prioridade na tramitação do feito (fl. 277).
É o relatório.
Decido.
Nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.
De acordo com a redação do art. 475, § 2º, do CPC, dada pelo art. 1º da Lei nº 10.352/2001, que entrou em vigor em 27 de março de 2002, não mais está sujeita ao reexame necessário a sentença em ações cujo direito controvertido não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, razão pela qual conheço da remessa oficial.
A questão em debate consiste na possibilidade de reconhecimento do período trabalhado no campo, especificado na inicial, para justificar o deferimento do pedido.
Com efeito, em sede de comprovação de tempo de serviço há que se observar o teor do disposto no art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, que exige a conjunção do binômio início de prova material com a testemunhal, salvo quando o período restar incontroverso.
Em relação ao trabalho rural, de acordo com o alegado na exordial e dos documentos juntados aos autos, bem como dos depoimentos prestados em Juízo, o Autor teria trabalhado na lavoura, em regime de economia familiar, no período de 01/01/1960 a 30/09/1987, na Fazenda São João e no Sítio Santa Maria, localizados no município de Clementina - SP.
Assim, a fim de comprovar o referido período, o Requerente apresentou aos autos cópia: a) da certidão do cartório de registro de imóveis (fls. 14/15, 17/20 e 127/128); b) declarações de ex-empregador (fls. 16 e 126); c) certidão de casamento dos pais do Autor (fl. 21); d) certidão de nascimento do Autor (fl. 22); e) certidões de matrícula escolar (fls. 23/26, 34/36, 38/39, 44/46, 48/50, 53/55, 60/62, 69/71, 80/82, 87/88 e 100/101); f) do certificado de reservista (fl. 27); g) certidão de casamento do Autor (fl. 28); das certidões de nascimento dos filhos (fls. 29/30); h) da certidão de casamento da filha (fl. 31); i) das declarações de rendimentos (fls. 32/33); j) da certidão de casamento do irmão (fl. 37); k) da certidão da Delegacia Regional Tributária de Araçatuba - SP (fl. 40); l) da declaração de produtor rural (fls. 41/42, 51, 58/59, 67/68, 78/79, 85/86, 95/99 e 106/107); m) das notas fiscais de produtor rural (fls. 43, 52, 56/57, 63/66, 72/73, 83/84, 89/96, 102, 105 e 108); n) da certidão de casamento na qual o Autor figura como testemunha (fl. 47); o) da certidão do IIRGD (fl. 74); p) da solicitação de revalidação da carteira nacional de habilitação (fl. 109); q) da justificação administrativa (fls. 133/139).
Assim, referidos documentos podem ser considerados como início razoável de prova material para comprovar a atividade rural no período indicado na inicial, uma vez que atestam, tanto a profissão do Autor, quanto a do seu pai como "lavrador" e "produtor".
Registre-se que os documentos de fls. 15/31 são hábeis à comprovação do trabalho em regime de economia familiar, tendo em vista que comprovam os atos negociais efetivados pelo Autor.
Verifico que as declarações de rendimentos e as notas fiscais de "produtor", em nome do Autor,

são contemporâneas aos fatos alegados que se pretende comprovar.
Por sua vez, os documentos pessoais do Requerente, tais como, certidão de casamento (em 1965), certificado de dispensa do Exército (em 1966), certidão de nascimento dos filhos (em 1966 e 1968), atestam a profissão de "lavrador" ou "produtor", nos interregnos indicados nos autos.
De outro giro, a despeito da inexistência de prova documental anterior a 1966 (data de expedição do certificado de dispensa de incorporação, fl. 27), o reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo acostado aos autos como início de prova material, torna-se possível, desde que corroborado por testemunho em Juízo, o que ocorreu no caso em tela.
É o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.348.633, representativo de controvérsia, cuja ementa transcrevo:
"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL . RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO . DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil 'a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso'. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, 'não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento' (Súmula 149/STJ).
3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.
4. A Lei de Benefícios, ao exigir um 'início de prova material', teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.
5. Ainda que inexista prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.
6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.
7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil."
(STJ - 1ª Seção, REsp 1.348.622/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23/08/2013)(grifo nosso).
Desse modo, tais documentos constituem início de prova robusta e hábil a comprovar o labor da parte autora em determinado período, havendo, ainda, a confirmação pelos depoimentos prestados em Juízo.
Em relação à prova oral apresentada em Juízo, foram ouvidas três testemunhas arroladas pela parte autora.

Primeiramente, a testemunha THEODORO BERTECHINI respondeu que o Autor nasceu na propriedade da família do depoente, tendo trabalhado no local de 1960 a 1975; que o Autor trabalhava na lavoura de café; que alguns anos depois, o Autor comprou uma chácara em Lauro Penteado, na qual planta amendoim, milho e arroz (fl. 243).
Por sua vez, a testemunha PEDRO MARIA ESCORDEIRO respondeu que conhece o Autor começou a trabalhar na roça com 12 anos; que o Autor morava na Fazenda São João em Lauro Penteado, assim como o depoente; que o Autor plantava algodão, café e amendoim; que o Autor trabalhou na Fazenda São João e de 1975 a 1980 trabalhou na fazenda de propriedade da família do depoente em lavoura de café, milho e amendoim (fl. 244).
Por fim, a testemunha ANTONIO ARAÚJO afirmou que conhece o Autor desde criança; que o Autor começou a trabalhar na roça com os pais ainda criança, na propriedade de Bertechini; que o Autor plantava café, arroz e milho; que o depoente morava perto do Autor; que o depoente sempre via o Autor trabalhando na roça (fl. 245).
Ressalvo que o período de trabalho rural anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, ou seja, 25 de julho de 1991 (data da publicação), pode ser computado como tempo de serviço, exceto para efeito de carência, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, consoante o § 2º do art. 55 do referido diploma:
"§ 2º O tempo de serviço do segurado 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".
Verifico que o inciso V do art. 96 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, também isentava o trabalhador rural do recolhimento das contribuições referente ao período anterior à vigência do referido diploma legal, para fins de contagem recíproca.
"Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
...
V - o tempo de serviço do trabalhador rural, anterior à data de início da vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência."
Tal dispositivo foi alterado pela Medida Provisória nº 1.523, de 12 de dezembro de 1996, que, após diversas alterações, foi convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.
A mencionada Medida Provisória também alterava a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 8.213/91, vedando o reconhecimento do trabalho rural, sem o devido recolhimento, nos casos de permanência no mesmo Regime de Previdência Social, salvo a aposentadoria por idade rural fixada com base em um salário mínimo, prevista no art. 143 da mesma Lei.
Contudo, essa alteração foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.664-4. O Excelso Pretório concedeu liminar suspendendo a alteração posta na primeira versão da Medida Provisória, daí resultando a manutenção da redação original do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que permite o cômputo do trabalho rural, sem a respectiva retribuição, sob o mesmo Regime de Previdência Social.
Destarte, criou-se flagrante desrespeito ao basilar princípio da isonomia, dando tratamento diferenciado para situações idênticas.
Anoto, ainda, que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 427.379-RS) deriva da redação originária da Medida Provisória nº 1.523/96, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal e contrária à redação originária, que prevaleceu, do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, em exceção ao que dispõe o atual art. 96, IV, da mesma Lei.
Nesse sentido, o entendimento desta Corte:
"PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURÍCOLA. PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 8.213/91. CONTAGEM RECÍPROCA. INDENIZAÇÃO . DISPENSABILIDADE. REMESSA OFICIAL.
...
XI - É de ser admitida a contagem do tempo de serviço rural exercido pelo apelado ¾ 20 de

agosto de 1970 a 23 de abril de 1977 e 14 de junho de 1977 a 29 de março de 1978 ¾ (sic), para fins de contagem recíproca, independentemente da indenização pertinente ao período que se pretende reconhecer. Precedentes da Corte.
..."
(Grifei. TRF. 3ª Região, AC. nº 861619-SP. Desembargadora Federal Relatora MARISA SANTOS, D.J. em 24.02.2005, p. 458).
Por seu turno, o INSS poderá consignar na própria certidão a ausência de recolhimento de contribuições ou de indenização, na hipótese de contagem recíproca (art. 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91), providência que revela a efetiva situação do segurado perante o regime previdenciário, no qual se deu o reconhecimento do tempo de serviço, resguardando, assim, os interesses da autarquia-Ré.
A propósito, é o posicionamento adotado pela Sétima Turma desta Corte:
"AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.
1. A decisão monocrática ora vergastada 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. Relativamente 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.
3. 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.
4. 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.
5. Afigura-se possível, 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.
6. 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.).
7. Com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias pelo segurado especial, este se faz desnecessário, caso pretenda o cômputo do tempo de serviço rural prestado em período anterior à vigência da Lei de Benefícios, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.
8. Portanto, em suma, o tempo de serviço rural trabalhado 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), ausente o recolhimento das contribuições, somente poderá ser aproveitado pelo segurado especial para obtenção dos benefícios previstos no art. 39, I, da Lei 8.213/91; o tempo rural anterior, contudo, será computado para todos os fins, independentemente dos recolhimentos, exceto para efeito de carência, nos exatos termos do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
9. Tratando-se de funcionário público, necessário consignar que a contagem recíproca de tempo de serviço é possível se o segurado possui tempo de atividade privada, urbana ou rural e tempo

de atividade na administração pública. Nestes casos, os períodos podem ser somados, hipótese em que os regimes geral e próprio dos servidores públicos se compensarão financeiramente, conforme critérios legais (art. 201, § 9º, da Constituição da República).
10. A definir tais critérios legais, está o artigo 96 da Lei de Benefícios, que exige, em seu inciso IV, o recolhimento de indenização referente à contribuição correspondente ao período que se quer comprovar. Entretanto, considerando-se que é direito constitucional a obtenção de certidões perante órgãos públicos (art. 5º, XXXIV, b, da Constituição da República), importante questão reside na necessidade de recolhimento de indenização ou das contribuições devidas para a expedição de certidão de tempo de serviço pelo INSS, para que o interessado a utilize no requerimento de benefício mediante contagem recíproca em regimes diversos.
11. Embora existissem divergências, a 3ª Seção deste Tribunal, seguindo orientação do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Regionais, pacificou seu entendimento no sentido de ser possível a emissão desta certidão pela entidade autárquica, independentemente do recolhimento de indenização ou contribuições, desde que o INSS consigne no documento esta ausência, para fins do art. 96, IV, da Lei 8.213/91.
12. No caso concreto, o autor, nascido em 14/09/1955, apresenta início de prova material consistente nos seguintes documentos: título eleitoral com data de 10/10/1975 e certificado de dispensa de incorporação com data de 17/07/1974, em que é qualificado como lavrador.
13. Os demais documentos o qualificam como motorista ou, então, pertencem a terceiros estranhos à lide, cabendo observar que as declarações de exercício de atividade rural correspondem aos depoimentos testemunhais (art. 368, parágrafo único, do CPC), não possuindo eficácia de prova material.
14. Confirmando e ampliando o início de prova material, foram produzidos testemunhos que esclarecem o trabalho rural do autor desde 1968, motivo pelo qual, embora este Relator entenda possível o reconhecimento do exercício de atividade rural desde os 12 anos de idade, ausente impugnação da parte autora neste sentido, mantenho seu reconhecimento desde setembro de 1969, quando o autor completou 14 anos de idade, tal como admitido pelo Juízo *a quo*.
15. Em que pese afirmação das testemunhas, o reconhecimento do tempo de serviço rural deve realmente ser limitado até 01/12/1982, data que antecede o primeiro documento em que o autor figura como motorista.
16. Mantida a sentença recorrida para se reconhecer o labor rural sem registro em CTPS entre setembro de 1969 a janeiro de 1976; março de 1976 a dezembro de 1979 e fevereiro de 1981 a dezembro de 1982, que poderá ser computado para todos os fins, exceto para efeito de carência, expedindo-se a respectiva certidão para fins de contagem recíproca, cabendo ao INSS consignar no documento a ausência de indenização ou recolhimento das contribuições respectivas.
17. Agravo legal desprovido."
(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AC 0046258-78.2007.4.03.9999, Rel. Juiz convocado Valdeci dos Santos, j. 20/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 de 28/10/2014) (grifo nosso).
Portanto, cabível o reconhecimento do tempo de trabalho rural, em regime de economia familiar, no período de 01/01/1960 a 30/09/1987, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, salvo para efeito de carência, expedindo-se a aludida certidão de tempo de serviço, consignando a ausência de indenização ou recolhimento das contribuições respectivas.
Referido período, ora reconhecido, totaliza 27 anos, 09 meses e 09 dias.
Diante disso, somando-se o referido período rural ora reconhecido, bem como os períodos comuns constantes do CNIS (fl. 169), o Autor obtém um total de 36 (trinta e seis) anos, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias na data da distribuição do presente feito, conforme planilha anexa que ora determino a juntada.
Assim, resta analisar o pleito de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.
A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 assegurou o direito adquirido àqueles filiados ao regime geral da previdência social que já tinham completado os requisitos

até a data de sua publicação (art. 3º), quais sejam: preencher a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e contar com 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se do sexo masculino (arts. 25, II e 52, da Lei nº 8.213/91), tempo reduzido em 5 (cinco) anos para a aposentadoria proporcional.
Estabeleceu, ainda, regra de transição (art. 9º), que consiste na idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher, bem como na complementação do tempo de serviço, correspondente a 40% do período que faltar na data da publicação da Emenda (16.12.1998), para atingir o tempo necessário para a aposentadoria proporcional.
Por conseguinte, conforme planilha em anexo, que faz parte integrante da presente decisão, o requerente possui mais de 35 anos de contribuição na data da distribuição do feito, cumprindo os requisitos para a implementação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral.
Na ausência de requerimento administrativo, a data de início do benefício deve ser estabelecida a partir da citação, pois é este o ato que dá ciência ao réu dos fatos articulados na inicial e, em consequência, o constitui em mora (STJ - REsp 1311665-SC, DJe 17.10.2014, 1ª Turma).
Encerrado o exame da questão de fundo, a correção monetária, incidente a partir do vencimento de cada prestação, 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.
Os juros de mora, por sua vez, incidem a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV, devendo ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, 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 fixados 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.
Os honorários advocatícios devidos pelo INSS 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 111 do Superior Tribunal de Justiça.
Com relação às custas processuais, as causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da competência delegada, regem-se pela legislação estadual (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.289/96). Dessa forma, a Autarquia Previdenciária está isenta no Estado de São Paulo, a teor do disposto nas Leis Federais nºs 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nºs 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.
Eventuais pagamentos efetuados no âmbito administrativo deverão ser compensados na fase executória, para não configuração de enriquecimento sem causa.
Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação do INSS, apenas para adequar os consectários legais incidentes sobre o valor devido pela autarquia previdenciária, nos termos da fundamentação.
Por fim, nos termos do art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, determino, independentemente do trânsito em julgado, a imediata implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB a partir da data da citação (02/02/2009, fl. 205 verso) e renda mensal inicial - RMI, a ser calculada pela autarquia-Ré, com observância, inclusive, do disposto no artigo 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil.
Caso a parte autora já esteja recebendo outro benefício previdenciário, à exceção do benefício de pensão por morte, o INSS deve possibilitar-lhe a opção pelo mais vantajoso ou, na hipótese

de estar recebendo amparo social ao idoso (espécie 88) ou à pessoa portadora de deficiência (espécie 87), este benefício cessará simultaneamente com o cumprimento desta decisão.

No que diz respeito aos critérios fixados na decisão agravada relativamente à correção monetária e juros de mora, observo que é de rigor a aplicação do Manual de Cálculos, que é a norma que orienta os setores de cálculos da Justiça Federal, o qual vai sendo ajustado à medida que novos regramentos sejam estabelecidos pela legislação e jurisprudência. Desse modo, fica mantida a sua aplicação, acrescentando-se apenas que deve ser observada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade reconhecida no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo legal do INSS para que seja observada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade reconhecida no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000430-59.2012.4.03.6127
(2012.61.27.000430-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 219/220
Apelante: TEREZINHA ANA DOTTA (incapaz)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1781763
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE GENITORA. INCAPACIDADE ANTERIOR À DATA DO ÓBITO. COMPROVADA A QUALIDADE DE DEPENDENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA.
I- Comprovada, no presente feito, a qualidade de dependente da parte autora. O filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
II- A dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do referido artigo.
III- Preenchidos, *in casu*, os requisitos necessários à concessão da pensão por morte, há de ser concedido o benefício.
IV- O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.
V- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto contra a decisão proferida, nos termos do art. 557 do CPC que, nos autos da ação em que se pleiteia a concessão de pensão por morte decorrente do falecimento de genitora, deu provimento à apelação da parte autora para condenar o INSS ao pagamento da pensão por morte a partir da data do óbito em 9/8/10, acrescida de correção monetária, juros e honorários advocatícios.

Inconformada, agravou a autarquia, pleiteando a reforma da decisão, alegando que "a autora, quando completou 21 anos, não era ainda inválida, o que fez CESSAR SUA QUALIDADE DE DEPENDENTE, A QUAL NÃO PODERIA SER READQUIRIDA POSTERIORMENTE, POR ABSOLUTA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL" (fls. 222v) e que "o filho perde a qualidade de dependente ao completar 21 anos, o que, por conseqüência, retira-lhe o direito ao percebimento de pensão por morte" (fls. 223).

A fls. 226, a D. Representante do *Parquet* Federal opinou pelo não provimento do agravo legal.

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Razão não assiste à agravante.

Conforme decidi a fls. 219/220, *in verbis*:

> Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão de pensão por morte em decorrência do falecimento de genitora, ocorrido em 9/8/10.
> Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.
> O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.
> Com recurso da parte autora e com a subida dos autos a esta E. Corte, a Exma. Desembargadora Federal Vera Jucovsky declarou nula, de ofício, a r. sentença "ante a ausência de perícia médica" (fls. 125).
> Retornando os autos à origem, o Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.
> Inconformada, apelou a parte autora requerendo a reforma da R. sentença.
> Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.
> Parecer do Ministério Público Federal a fls. 215/218.
> É o breve relatório.
> Trata-se de ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte decorrente do falecimento de genitora. Tendo o óbito ocorrido em 9/8/10 (fls. 27), são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, *in verbis*:
> (...)
> Da leitura do dispositivo legal depreende-se que os requisitos para a concessão da pensão por morte compreendem a comprovação da qualidade de segurado do instituidor da pensão e a dependência dos beneficiários.
> Relativamente à prova da condição de segurado, encontra-se acostado aos autos o extrato do INFBEN - Informações do Benefício (fls. 158/159), que comprova que, à época do óbito, a *de*

cujus recebia Auxílio Doença Previdenciário, NB nº 505.877.526-0, DIB 31/1/06, transformada para Aposentadoria por Invalidez, NB nº 560.035.383-5, DIB 10/2/06, mantendo, portanto, a qualidade de segurado.
No que tange à dependência econômica, impende transcrever o art. 16 da Lei nº 8.213/91:
(...)
Tratando-se de filha maior de 21 anos que pleiteia pensão por morte de genitora, deve comprovar que era inválida à época do óbito, consoante dispõe o inciso I do art. 16, da Lei nº 8.213/91.
In casu, encontra-se acostada aos autos a certidão de nascimento da autora (fls. 35), comprovando sua dependência em relação à falecida.
No tocante à incapacidade da parte autora, encontra-se acostado aos autos a cópia do Mandado de Registro de Sentença Declaratória de Interdição Proc. nº 719/95, tendo sido nomeada como Curadora sua irmã NATALINA DOTTA DOS SANTOS, em 12/2/96 (fls. 17) . Consta também laudo médico pericial (fls. 133/136), sendo que o esculápio encarregado do exame informou, em resposta ao quesito nº 1 do Juízo: "I. O(a) periciando(a) é portador(a) de doença(s) ou lesão(ões) ? Qual(is) ? Qual (is) os sintoma(s) ? Quando surgiu(ram) o(s) sintoma(s) ? 1. SIM - CID 10:20.5= (ESQUIZOFRENIA RESIDUAL - DOENÇA MENTAL CRÔNICA ALIENANTE, CARACTERIZADA POR ABSOLUTA POBREZA AFETIVA, FALTA DE AVALIZAÇÃO DA REALIDADE, TOTAL INCAPACIDADE DE CUIDAR DE SI PRÓPRIA, TOTALMENTE DEPENDENTE DE TERCEIROS PARA VIVER, POIS SE COMPORTA COMO UM DEFICIENTE MENTAL GRAVE, COM INÍCIO AOS 22 ANOS DE IDADE" (fls. 135), ou seja, desde o ano de 1979, após completar 22 anos de idade e antes do óbito de sua genitora ocorrido em 9/8/10.
Dessa forma, deve ser concedido o benefício pleiteado na exordial.
Tendo sido efetuado requerimento da pensão por morte no prazo previsto no inc. I, do art. 74, da Lei nº 8.213/91, o termo inicial de concessão do benefício deve ser fixado a partir da data do óbito, observada a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação.
No tocante à carência, dispõe o art. 26 da Lei nº 8.213/91:
(...)
Independe, portanto, a demonstração do período de carência para a concessão da pensão por morte.
A correção monetária deve incidir a partir do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 219, do CPC.
Com relação aos índices a serem adotados - não obstante as decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 4.357 e 4.425 -, o C. Supremo Tribunal Federal decidiu que as declarações de inconstitucionalidade não terão eficácia enquanto não forem julgadas as questões afetas à modulação dos efeitos dessas declarações. Dessa forma, considerando que a matéria ainda será analisada pelo Plenário daquela Corte, determino que os índices de correção monetária e juros moratórios sejam fixados no momento da execução do julgado, quando as partes terão ampla oportunidade para discutir e debater a respeito.
Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.
Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, dou provimento à apelação da parte autora para condenar o INSS ao pagamento da pensão por morte a partir da data do óbito em 9/8/10, acrescida de correção monetária, juros e honorários advocatícios na forma acima indicada.
Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int. (grifos meus)

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do

Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000127-59.2013.4.03.6111
(2013.61.11.000127-4)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 120/123
Apelante: JOSÉ CARLOS GODOY
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1846126
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. MODULAÇÃO DE EFEITOS ESTABELECIDA NO RE Nº 631.240/MG. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.
1. Observa-se que, no julgamento do RESP nº 1.369.834/SP, o Colendo Superior Tribunal de Justiça determinou fossem aplicadas as regras de modulação estipuladas pelo STF no julgamento do RE nº 631.240/MG.
2. Assim, em relação às demandas ajuizadas até 03.09.2014 (data do julgamento proferido pelo STF), tal como é a hipótese dos autos, considerando a oscilação da jurisprudência acerca do tema, o STF estabeleceu as seguintes regras de transição: a) A apresentação de *contestação de mérito já configura o interesse de agir*, tendo em vista que fora oposta resistência à pretensão; b) Ações ajuizadas no âmbito do *Juizado itinerante*, ainda que sem requerimento administrativo, *não serão extintas*; c) *As demais ações deverão ser sobrestadas e encaminhadas à Primeira Instância*, com obediência à seguinte sistemática: 1) O autor deverá ser intimado a efetuar requerimento administrativo no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do feito; 2) Comprovada a postulação administrativa, o INSS deverá ser intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias; 3) se houver o acolhimento do pedido administrativamente ou o seu mérito não puder ser analisado por razões imputáveis ao próprio requerente, a ação judicial será extinta; 4) Caso contrário (falta de resposta em 90 dias), estará caracterizado o interesse de agir.
3. Em consulta ao CNIS, verificou-se que a parte autora ingressou com requerimento na via administrativa, em 26.01.2015, tendo-lhe sido concedido inclusive o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB42/171.240.606-7, do que se conclui que a questão encontra-se superada, no termos da regra de transição estabelecida pelo STF no julgamento do RE nº 631.240/MG.
4. Agravo Legal a que se nega provimento.

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, 14 de setembro de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo Legal (fls. 126/128), previsto no artigo 557, §1º, do CPC, interposto pelo INSS em face da decisão monocrática (fls. 120/123) que deu provimento ao Agravo Legal, este interposto em face da r. decisão (fls. 103/108) que negou provimento à Apelação da parte autora, mantendo a sentença do Juízo *a quo* que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, incisos I e IV c.c. 295, inciso III, ambos do CPC, uma vez que não houve comprovação do prévio requerimento administrativo.

Alega-se, em síntese, a necessidade do prévio requerimento na esfera administrativa como condição de acesso ao Poder Judiciário.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

A decisão agravada deve ser mantida, uma vez que NÃO contraria o entendimento adotado no RE nº 631.240/MG e no RESP nº 1.369.834/SP (representativos de controvérsia).

Observa-se que, no julgamento do RESP nº 1.369.834/SP, o Colendo Superior Tribunal de Justiça determinou fossem aplicadas as regras de modulação estipuladas pelo STF no julgamento do RE nº 631.240/MG.

Válida, neste passo, a transcrição dos aludidos julgados (RESP nº 1.369.834/SP e RE nº 631.240/MG):

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AO QUE DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 631.240/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob rito do artigo 543-B do CPC, decidiu que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014).
> 2. Recurso especial do INSS parcialmente provido a fim de que o Juízo de origem aplique as regras de modulação estipuladas no RE 631.240/MG. Julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC.
> (STJ, Primeira Seção, Recurso Especial 1369834, Julg. 24.09.2014, Rel. Benedito Gonçalves, DJE Data:02.12.2014)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (STF, Pleno, RE 631240, Julg. 03.09.2014, Rel. Roberto Barroso, DJE 10.11.2014)

Assim, em relação às demandas ajuizadas até *03.09.2014* (data do julgamento proferido pelo STF), tal como é a hipótese dos autos, considerando a oscilação da jurisprudência acerca do tema, o STF estabeleceu as seguintes regras de transição:

a) A apresentação de *contestação de mérito já configura o interesse de agir*, tendo em vista que fora oposta resistência à pretensão.

b) Ações ajuizadas no âmbito do *Juizado itinerante*, ainda que sem requerimento administrativo, *não serão extintas*.

c) *As demais ações deverão ser sobrestadas e encaminhadas à Primeira Instância*, com obediência à seguinte sistemática: 1) O autor deverá ser intimado a efetuar requerimento administrativo no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do feito; 2) Comprovada a postulação administrativa, o INSS deverá ser intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias; 3) se houver o acolhimento do pedido administrativamente ou o seu mérito não puder ser analisado por razões imputáveis ao próprio requerente, a ação judicial será extinta; 4) Caso contrário (falta de resposta em 90 dias), estará caracterizado o interesse de agir.

Ocorre que, em consulta ao CNIS, verificou-se que a parte autora ingressou com requerimento na via administrativa, em 26.01.2015, tendo-lhe sido concedido inclusive o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB42/171.240.606-7, do que se conclui que a questão encontra-se superada, no termos da regra de transição estabelecida pelo STF no julgamento do RE nº 631.240/MG.

Com tais considerações NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001151-16.2013.4.03.6114
(2013.61.14.001151-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 685/687
Apelante: ELAINE APARECIDA CESAR
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AC 2025972
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. Posteriormente à distribuição e antes da citação, a parte autora noticiou a modificação da narrativa contida na inicial, em virtude de ter sido comunicada sobre novo fato e, com isso, ajustou sua pretensão, requerendo a concessão de aposentadoria por invalidez desde a data subsequente à cessação do aludido auxílio-doença e, subsidiariamente, a manutenção do auxílio-doença até o término do processo de reabilitação profissional, afastando-se a alta programada e, não havendo cura, deverá ser aposentada por invalidez.
2. A pretensão de manutenção do auxílio-doença até o término do processo de reabilitação profissional e sem submissão à alta programada revela o interesse de agir desde o ajuizamento do feito, o qual restou corroborado pela cessação administrativa do auxílio-doença ocorrida no curso da ação, em razão da alta programada, ensejando eventual restabelecimento do benefício.
3. A frequente modificação do aspecto fático-jurídico das relações estabelecidas entre os segurados e o INSS impõe se afaste o excesso de formalismo na condução das ações previdenciárias, inclusive, em atenção aos princípios da economia processual, da efetividade e da instrumentalidade do processo. De sua vez, em relação à fungibilidade dos benefícios previdenciários, observo que cabe ao juiz, diante do conhecimento da situação fática, identificar e aplicar o Direito pertinente.
4. Nesse sentido, ainda que estivesse ausente o interesse de agir à época do ajuizamento do feito - quanto ao auxílio-doença -, a cessação deste benefício no curso da ação permite ao julgador restabelecê-lo, se constatados os respectivos requisitos legais.
5. Agravo legal 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, 28 de setembro de 2015.
Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS em face de decisão monocrática de fls. 685/687 que, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, *deu provimento* à apelação da parte autora para determinar a concessão do benefício de auxílio-doença, fixando-se o termo inicial, a verba honorária e os consectários.

Sustenta a ausência de interesse de agir quanto ao benefício de auxílio-doença, eis que a parte autora estava recebendo o aludido benefício quando do ajuizamento do feito. Aduz que o interesse de agir deve estar presente no momento da propositura da ação, o que afasta a possibilidade de seu surgimento no curso dela de modo superveniente, tal qual restou reconhecido na decisão agravada. Requer, quanto a esta pretensão, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Não assiste razão ao agravante.

A pretensão veiculada na petição inicial consistiu na concessão de aposentadoria por invalidez desde 08/11/2012 e, subsidiariamente, a concessão do auxílio-doença até a efetiva cura dos males que acometem a parte autora. Posteriormente à distribuição e antes da citação, a parte autora noticiou a modificação da narrativa contida na inicial, em virtude de ter sido comunicada sobre novo fato e, com isso, ajustou sua pretensão, requerendo a concessão de aposentadoria por invalidez desde a data subsequente à cessação do aludido auxílio-doença e, subsidiariamente, a *manutenção* do auxílio-doença até o término do processo de reabilitação profissional, afastando-se a alta programada e, não havendo cura, deverá ser aposentada por invalidez (fls. 524/527).

Logo, a pretensão de manutenção do auxílio-doença até o término do processo de reabilitação profissional e sem submissão à alta programada revela o interesse de agir desde o ajuizamento do feito, o qual restou corroborado pela cessação administrativa do auxílio-doença ocorrida no curso da ação, em razão da alta programada, ensejando eventual restabelecimento do benefício.

Ressalte-se que a frequente modificação do aspecto fático-jurídico das relações estabelecidas entre os segurados e o INSS impõe se afaste o excesso de formalismo na condução das ações previdenciárias, inclusive, em atenção aos princípios da economia processual, da efetividade e da instrumentalidade do processo. De sua vez, em relação à fungibilidade dos benefícios previdenciários, observo que cabe ao juiz, diante do conhecimento da situação fática, identificar e aplicar o Direito pertinente.

Nesse sentido, ainda que estivesse ausente o interesse de agir à época do ajuizamento

do feito - quanto ao auxílio-doença -, a cessação deste benefício no curso da ação permite ao julgador restabelecê-lo, se constatados os respectivos requisitos legais.

Assim, as razões de mérito ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, pelo que a submeto à apreciação deste colegiado:

> Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.
> A r. sentença julgou extinto o processo sem resolução do mérito no tocante ao pedido de auxílio-doença e, quanto à concessão de aposentadoria por invalidez, julgou improcedente o pedido, sob a alegação de ausência de incapacidade permanente para o exercício de atividade laborativa.
> A parte autora apelou, requerendo, preliminarmente, o restabelecimento do auxílio-doença (NB. 31/506.945.225-4). No tocante ao mérito, requer a concessão de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença.
> Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.
> É o relatório.
> DECIDO.
> O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, o § 1º-A do mencionado 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.
> Quanto à matéria preliminar abordada pela autora, a mesma se confunde com o mérito e com ele será analisada.
> Ressalto que há interesse de agir superveniente, tendo em vista que o benefício de auxílio-doença foi cessado administrativamente em 31/07/2013, conforme o extrato do SISBEN de fls. 527 e a r. sentença foi prolatada em 18/08/2014.
> Passo ao exame do mérito.
> A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 42, estabelece os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, quais sejam: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando exigida, e moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.
> De acordo com o exame médico pericial (fls. 586/611), depreende-se que a parte autora, assistente administrativo, portadora de epilepsia, depressão, baixa acuidade visual, hipertensão arterial, asma brônquica, tireoidectomia parcial e tenossinovite, não demonstrou incapacidade para o trabalho, conforme conclusão do laudo, cujo teor transcrevo: "Diante disso, considerando que se trata de pericianda jovem na faixa etária de 43 anos, a mesma reúne condições para ser inserida no mercado de trabalho para portadores de necessidades especiais, readaptada em função/posto de trabalho compatível as suas limitações visuais nos termos anteriormente esclarecidos. Considerando, os aspectos acima abordados com referência as alterações pela mesma referidas do ponto de vista psiquiátrico, neurológico(epilepsia), dor nas costas (do pescoço até o final da coluna) e visão subnormal, tendo em vista que a pericianda se qualificou na entrevista do exame físico que a partir de 10/09/2004 suas atividades passaram a ser voltadas apenas aos afazeres do lar, para tais atividades mesmo com as alterações anteriormente reportadas não são determinantes de incapacidade."
> Consoante o art. 436 do CPC, o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua

convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.
Compulsando os autos, verifico que a autora colacionou atestados médicos e exames que corroboram a existência das patologias apontadas na inicial.
Observo que os Relatórios Médicos de fls. 575 e 576, datados de 01/08/2013 e 02/08/2013, denotam que as crises convulsivas decorrentes da epilepsia continuaram após a cessação administrativa do benefício ocorrida em 31/07/2013.
Ressalto que, na análise do laudo pericial, o Sr. Perito não levou em consideração esses atestados, bem como os trazidos à perícia pela parte autora. Ademais, o fato da autora não ter apresentado crise convulsiva no momento da perícia, não indica sua capacidade para o labor no tocante à epilepsia.
Dessa forma, em que pese a conclusão do nobre "expert", entendo que a autora encontra-se incapacitada total e temporariamente para o exercício de atividade laborativa desde a cessação administrativa do benefício.
Quanto ao requisito qualidade de segurado, as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (cuja cópia faz parte integrante desta decisão), demonstram que a parte autora exerceu atividade remunerada abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social, apresentando os seguintes recolhimentos no tocante aos últimos interstícios: nos períodos de 01/08/2003 a 10/09/2004 e 10/2004 a 02/2005. Ademais, verifica-se que recebeu benefício previdenciário entre 31/03/2005 a 31/07/2013. Assim, resta comprovada a qualidade de segurada da parte autora, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.213/91.
Por fim, quanto à carência, exige-se o cumprimento de 12 (doze) contribuições mensais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, conforme prescreve a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 25, inciso I, *in verbis*: "Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;"
No caso dos autos, conforme extrato da pesquisa realizada no CNIS, acima mencionado, demonstra que a parte autora cumpriu a carência mínima exigida para a concessão do benefício pleiteado.
Ressalto que não se olvida a existência de decisões desta E. 7ª Turma no sentido de conceder o benefício de aposentadoria por invalidez em casos nos quais a extenuante atividade desenvolvida, somada ao tipo de lesão e à idade avançada da requerente autorizam a sua concessão, embora a incapacidade seja temporária e/ou parcial (AC nº 2012.03.99.016712-4, Rel. Des. Federal Fausto De Sanctis, j. 05.05.2014). Entretanto, no caso concreto, a análise dos requisitos autorizadores não ensejam sua concessão, mas tão-somente do benefício de auxílio-doença.
O E. Superior Tribunal de Justiça, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil no REsp nº 1.369.165/SP, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, assentou entendimento no sentido de que a citação válida é o marco inicial correto para a fixação do termo "a quo" de implantação de benefício de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença concedido judicialmente, quando ausente prévio requerimento administrativo.
Todavia, no caso em tela, fixo o termo inicial do benefício a partir da cessação administrativa ocorrida em 31/07/2013 (fls. 527), porquanto comprovado que a autora estava incapacitada para o exercício de atividade laborativa nessa época.
O pagamento das diferenças deve ser acrescido de juros de mora a contar da citação (Súmula 204/STJ).
A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observada a prescrição quinquenal.
Com relação aos honorários de advogado, fixo-os em 10% sobre o valor 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, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado ao benefício concedido, a mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/1991).

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da parte autora, para determinar a concessão do benefício de auxílio-doença, fixando o termo inicial, verba honorária e consectários na forma acima explicitada.

Não sendo dotados de efeito suspensivo os recursos cabíveis para os Tribunais Superiores e levando em conta o caráter alimentar das prestações vindicadas, determino, com apoio nos arts. 273 e 461 do CPC, independentemente do trânsito em julgado, a expedição de ofício ao INSS, instruído com os documentos da segurada ELAINE APARECIDA CESAR, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de auxílio-doença com data de início - 31/07/2013 (data da cessação administrativa - fls. 527) e renda mensal inicial - RMI a ser apurado pelo INSS.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

P.I.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0001320-12.2013.4.03.6111
(2013.61.11.001320-3)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 189/196
Interessadas: FRANCISCA PEREIRA DA SILVA E CLEUZA APARECIDA ZILIO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 1511212
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO.
- O INSS opõe embargos de declaração do v. acórdão que negou provimento ao agravo legal por ele interposto.
- Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no Julgado.
- Constam dos autos: certidão de óbito do ex-marido da autora, ocorrido em 03.12.2012, em razão de "insuficiência de órgãos e sistemas, metástases hepáticas, câncer de cólon"; o falecido foi qualificado como separado, com cinquenta e quatro anos de idade; certidão de casamento da autora com o falecido, contraído em 06.07.1979, com averbação de separação judicial consensual por sentença, proferida em 24.02.1986; cópia da petição inicial da ação de separação consensual do casal, consignando-se que o falecido pagaria pensão mensal, destinada à manutenção da autora e dos filhos, mediante depósitos em conta bancária; comunicado de decisão que indeferiu o pedido administrativo da pensão, formulado em 11.12.2012. Posteriormente, a autora apresentou nota fiscal indicando a aquisição de um aparelho celular pelo falecido em 22.12.2000 (constando como endereço o do próprio falecido) e cópias de carnês de IPTU em nome do *de cujus*.
- O falecido manteve vínculos empregatícios em períodos descontínuos, compreendidos entre 22.10.1979 e 08.04.1996, recolheu contribuições previdenciárias de maneira descontínua entre 02.1999 e 10.2012 e recebeu benefício previdenciário (nº 553916304-0) de 11.10.2012 a 03.12.2012. Foi concedida pensão por morte à corré Cleusa, companheira dele, com DIB na data do óbito.
- A corré Cleusa apresentou documentos, destacando-se os que comprovam sua nomeação como inventariante dos bens deixados pelo *de cujus*.
- Foram tomados os depoimentos da autora e da corré, bem como ouvidas duas testemunhas.
- Não se cogita que o falecido não ostentasse a qualidade de segurado, tanto que, em razão de seu óbito, foi concedida pensão à companheira.
- De outro lado, a requerente comprovou ter sido casada com o falecido de 06.07.1979 até a separação judicial, ocorrida em 24.02.1986. Cumpre, então, analisar sua dependência econômica em relação ao ex-marido.

- Nos termos do art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, que recebia pensão alimentícia, concorre em igualdade de condições com os dependentes mencionados no art. 16, I, da Lei.
- Evidente a qualidade de dependente da autora, justificando-se a concessão do benefício. Afinal, foi concedida pensão por ocasião da separação, destinada não só aos filhos, mas também à autora. E embora, ao que tudo indica, o falecido jamais tenha providenciado o pagamento da pensão através de depósito em conta bancária, como ficou ajustado por ocasião da separação, a autora esclareceu que a quantia era paga em mãos, o que foi feito até o fim da vida do *de cujus*.
- Os depoimentos das testemunhas são contundentes, confirmando que o falecido jamais deixou de participar de maneira ativa da vida da ex-esposa, prestando toda a assistência material a ela, mesmo após a maioridade dos filhos do casal. Os depoimentos revelam-se detalhados e suficientemente convincentes e confirmam o início de prova material.
- A própria circunstância de a autora ter possuído apenas dois vínculos empregatícios formais ao longo da vida, e por curto período, reforça a convicção de que jamais deixou de depender do ex-cônjuge.
- Comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.
- A autora formulou pedido administrativo em 11.12.2012 e o ex-marido faleceu em 03.12.2012. Aplicam-se, portanto, as regras segundo a redação da Lei de Benefícios após as modificações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, sendo devido o pagamento do benefício desde a data do óbito.
- A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.
- Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV.
- A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo "a quo".
- As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.
- O fato de o benefício ter sido pago a outra dependente não afasta o direito da autora ao recebimento do benefício, vez que se habilitou para tanto e nada indica que os valores pagos tenham revertido em seu favor.
- Esta Egrégia 8ª Turma, por unanimidade, entendeu não merecer reparos a decisão recorrida.
- O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
- A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC.
- Embargos de declaração improvidos.

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 aos embargos de declaração, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): A parte ré opõe embargos de declaração do v. acórdão de fls. 189/196 que, por unanimidade, negou provimento aos agravos legais interpostos pelas partes.

Sustenta, em síntese, que o acórdão apresenta omissão e contradição, visto que o benefício já foi pago em sua integralidade a outra dependente, em face de quem deve ser movida eventual cobrança. Afirma que deferir a retroação do benefício à data do óbito irá causar prejuízo ao erário, em fazão do *bis in idem*. Requer sejam supridas as falhas apontadas e ressalta a pretensão de estabelecer prequestionamento da matéria suscitada.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não merece acolhida o recurso interposto pela parte ré, por inocorrência das falhas apontadas.

Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente desacolheu a pretensão deduzida pela parte ré.

O julgado dispõe expressamente:

> O pedido inicial é de concessão de pensão por morte, uma vez que a autora Francisca Pereira da Silva era dependente de seu falecido ex-esposo que, ao tempo do óbito, possuía a qualidade de segurado.
> A corré Cleuza Aparecida Zilio, que vem recebendo pensão na qualidade de companheira do *de cujus*, foi incluída no polo passivo.
> A sentença julgou o pedido improcedente.
> Inconformada, apela a autora, sustentando, em síntese, que foi devidamente demonstrada a dependência da autora com relação ao ex-marido, justificando-se a concessão do benefício.
> Regularmente processados, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.
> É o relatório.
> Com fundamento no art. 557 do C.P.C. e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:
> O benefício de pensão por morte encontra-se disciplinado pelos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91 e é devido ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida declarada.
> O seu termo inicial, na redação original do preceito do art. 74, não continha exceções, sendo computado da data do óbito, ou da declaração judicial, no caso de ausência.
> A Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações nessa regra, estabelecendo que o deferimento contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido até trinta dias do evento; do pedido, quando requerido após esse prazo e da decisão judicial no caso de morte presumida.

Por sua vez, o artigo 16, da Lei nº 8213/91 relaciona os dependentes do segurado, indicando no inciso I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido. No II - os pais; e no III - o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Na redação original, alterada pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, ainda eram contemplados a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida.

Pressupõe ainda o parágrafo 4º do dispositivo acima referido que a "dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e, das demais, deve ser comprovada".

As regras subsequentes ao referido art. 74 dizem respeito ao percentual do benefício, possibilidade de convivência entre pensionistas, casos de extinção da pensão e condições de sua concessão, quando se tratar de morte presumida.

Dessas normas, a que se submeteu às modificações de maior relevância, desde a vigência do Plano de Benefícios, foi a relativa ao valor da pensão, que passou a 100% do valor da aposentadoria que recebia o segurado, ou da por invalidez a que tivesse direito, na data do falecimento (redação dada pela Lei nº 9.528 de 10/12/97).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da lei nº 8.213/91 que, com isso, trouxe uma novidade ao sistema anterior, da antiga CLPS, que não a dispensava (art. 18).

Aliás, na legislação revogada - a antiga CLPS - vinha expressa no art 47, devida aos dependentes descritos no art. 10, em percentual a partir de 50%.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão da pensão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Essas condições, com pequenas modificações, vêm se repetindo desde a antiga CLPS.

Bem, na hipótese dos autos, a inicial é instruída com documentos, dentre os quais destaco: certidão de óbito do ex-marido da autora, ocorrido em 03.12.2012, em razão de "insuficiência de órgãos e sistemas, metástases hepáticas, câncer de cólon"; o falecido foi qualificado como separado, com cinquenta e quatro anos de idade; certidão de casamento da autora com o falecido, contraído em 06.07.1979, com averbação de separação judicial consensual por sentença, proferida em 24.02.1986; cópia da petição inicial da ação de separação consensual do casal, consignando-se que o falecido pagaria pensão mensal, destinada à manutenção da autora e dos filhos, mediante depósitos em conta bancária; comunicado de decisão que indeferiu o pedido administrativo da pensão, formulado em 11.12.2012.

Posteriormente, a autora apresentou nota fiscal indicando a aquisição de um aparelho celular pelo falecido em 22.12.2000 (constando como endereço o do próprio falecido) e cópias de carnês de IPTU em nome do *de cujus*.

Constam dos autos extratos do sistema Dataorev, verificando-se que o falecido manteve vínculos empregatícios em períodos descontínuos, compreendidos entre 22.10.1979 e 08.04.1996, recolheu contribuições previdenciárias de maneira descontínua entre 02.1999 e 10.2012 e recebeu benefício previdenciário (nº 553916304-0) de 11.10.2012 a 03.12.2012. Consta, ainda, que foi concedida pensão por morte à corré Cleusa, companheira dele, com DIB na data do óbito.

A corré Cleusa apresentou documentos, destacando-se os que comprovam sua nomeação como inventariante dos bens deixados pelo *de cujus*.

Em audiência, foram tomados os depoimentos da autora e da corré, bem como ouvidas duas testemunhas.

A autora esclareceu que, após a separação, ficou com o imóvel em que moravam. Foi ela quem acabou de pagar o imóvel e paga o respectivo IPTU. Foi fixada pensão para ela e para os filhos, e o falecido levava o pagamento em mãos, nunca depositou em conta bancária. O falecido pagou pensão para os filhos até se tornarem maiores. Depois, parou de levar dinheiro para eles, mas pagava tudo o que precisavam, como, por exemplo, faculdade e carro. Para a autora, ele continuou a levar uma quantia, equivalente a um salário mínimo, ou seja, 1/3 do que levava antes. Além disso, ajudava com a casa, dando tudo que a autora precisava. Ela nem precisava

pedir: ele ficava sabendo através dos filhos, que trabalhavam com ele, e providenciava o que fosse necessário. A autora sustentou que, mesmo após a separação, continuou a manter relacionamento íntimo com o *de cujus*, inclusive viajavam. Toda semana ele frequentava a casa e dava dinheiro a ela, sendo que, se tivesse arcado com uma despesa alta, ele descontava do valor. Mesmo depois de iniciar a união estável com a corré, o ex-marido nunca deixou de ajudar a autora. A autora esclareceu, ainda, que teve dois vínculos de trabalho, e depois passou a vender Avon. A filha não mora mais com ela, e o filho ficou viúvo e voltou a morar no mesmo endereço, mas numa edícula nos fundos, local onde já morou Silmara, ex-companheira dele. Silmara morou na edícula por dez anos após ter sido deixada pelo filho da autora. É mãe de Bruna, neta da autora. Quando começou a se relacionar com o filho da requerente, Silmara já estava grávida de um menino, Paulo, que a autora cria como se fosse seu neto. O falecido também ajudava os netos, mas com dinheiro que era do filho, que trabalhava com ele. A ajuda dos netos às vezes era dada pelo falecido e outras vezes através do filho.

A corré Cleusa esclareceu que o falecido pagava pensão aos filhos. Os filhos, aliás, ficavam na casa em que ela morava com o *de cujus* de sexta a domingo ou segunda. Ambos chegaram a trabalhar na marcenaria do pai. A corré era sócia do falecido na marcenaria. Destacou, ainda, que ambos os filhos do companheiro chegaram a morar com o casal em determinados períodos. Além de pagar pensão aos filhos, o falecido pagava pensão aos netos, porque sabia que seu filho não tinha condições de fazê-lo. Afirmou que o falecido nunca pagou pensão à autora, mas somente aos filhos. Enquanto eram pequenos, a pensão era depositada numa conta bancária. Quando atingiram a maioridade, o pai passou a ajuda-los diretamente. Disse não saber quem pagava o IPTU da casa da autora, nem se o falecido ajudava a manter a casa dela de alguma forma. Afirmou, ainda, ter conhecimento (através do *de cujus* e dos filhos dele) de que a autora chegou a ter um companheiro logo após a separação, mas não sabe quem era, e nem por quanto tempo.

A primeira testemunha, Silvia, disse ter conhecido a autora e o falecido enquanto eram casados. É vizinha da autora (mora a duas casas de distância). Afirmou que, após a separação, o falecido ia "direto" na casa da autora, sempre estava lá, e mantinha muito contato com os filhos. A testemunha afirmou que já presentou o falecido dando dinheiro à autora, o que aconteceu até recentemente. "Toda a vida" ele levou dinheiro, e a testemunhas às vezes estava na casa quando isso acontecia. A autora usava o dinheiro para sustentar a casa. Segundo a depoente, o falecido também ajudava com compras e material de construção, e continuou ajudando a autora mesmo após os filhos terem deixado o local. Relatou, ainda, que presenciou a autora saindo e viajando com o falecido, sendo que ouviu da requerente que eles mantinham um relacionamento íntimo. Nunca viu a autora morar com ninguém após a separação - pode ser que tenha tido namorados. Esclareceu, ainda, saber que o falecido também ajudava os netos.

A segunda testemunha também disse ter conhecido a autora e o falecido quando eram casados, e afirmou que ele continuou frequentando a casa da autora após a separação, mesmo após os filhos estarem crescidos, e inclusive quando eles já haviam deixado a casa e a autora morava sozinha. Além de ajudar os filhos, ele sempre ajudava a autora com dinheiro, móveis, material de construção, etc. Dava dinheiro na mão dela e dizia "Isso aqui é seu!". A testemunha disse saber, ainda, que a autora e o falecido mantinham relacionamento íntimo, e inclusive era a responsável por cuidar dos animais de estimação da casa quando viajavam. Disse que o falecido só parou de ir à casa quando ficou doente e não conseguia mais. Esclareceu, ainda, que quando deixava dinheiro para os netos, o falecido especificava o dinheiro que era o da autora e o que pertencia aos netos. A testemunha acrescentou que está sempre na casa da autora porque vende tapetes e a autora a ajuda a "passar para a frente" o seu produto, e a depoente faz o mesmo com os produtos Avon e roupas vendidos pela requerente. Sabe que a autora não obtém nem um salário mínimo mensal com suas vendas, estimando que receba cerca de R$ 400,00 mensais, com a ressalva de que o mercado para esse tipo de produto é incerto e variável. O auxílio que o falecido prestava era importante e, quando ele morreu, a autora passou a enfrentar dificuldades.

Em consulta ao sistema Dataprev, que integra a presente decisão, verifica-se que a autora possui somente dois registros de vínculos empregatícios, mantidos de 10.09.1997 a 16.10.1997 e de 01.10.1998 a 11.1998.
Nesse caso, não se cogita que o falecido não ostentasse a qualidade de segurado, tanto que, em razão de seu óbito, foi concedida pensão à companheira.
De outro lado, a requerente comprovou ter sido casada com o falecido de 06.07.1979 até a separação judicial, ocorrida em 24.02.1986. Cumpre, então, analisar sua dependência econômica em relação ao ex-marido.
Nos termos do art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, que recebia pensão alimentícia, concorre em igualdade de condições com os dependentes mencionados no art. 16, I, da Lei.
Evidente, portanto, a qualidade de dependente da autora, justificando-se a concessão do benefício. Afinal, foi concedida pensão por ocasião da separação, destinada não só aos filhos, mas também à autora. E embora, ao que tudo indica, o falecido jamais tenha providenciado o pagamento da pensão através de depósito em conta bancária, como ficou ajustado por ocasião da separação, a autora esclareceu que a quantia era paga em mãos, o que foi feito até o fim da vida do *de cujus*.
Observe-se, ainda, que os depoimentos das testemunhas são contundentes, confirmando que o falecido jamais deixou de participar de maneira ativa da vida da ex-esposa, prestando toda a assistência material a ela, mesmo após a maioridade dos filhos do casal. Os depoimentos revelam-se detalhados e suficientemente convincentes e confirmam, assim, o início de prova material.
Por fim, cumpre mencionar que a própria circunstância de a autora ter possuído apenas dois vínculos empregatícios formais ao longo da vida, e por curto período, reforça a convicção de que jamais deixou de depender do ex-cônjuge.
Ora, nessas circunstâncias, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.
Nesse sentido:
"PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - AGRAVO RETIDO QUE NÃO SE CONHECE - SEPARAÇÃO JUDICIAL COM PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - ARTIGO 76, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - TERMO INICIAL E VALOR DO BENEFÍCIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
I - Não se conhece do agravo retido não reiterado nas razões ou contra-razões de apelação (art. 523, § 1º, do CPC).
II - Restando comprovada nos autos a condição ex-esposa que recebia pensão alimentícia, a dependência econômica é presumida, nos termos do artigo 76, § 2º, c.c. o artigo 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91.
III - O termo inicial do benefício deve ser mantido na data da citação, uma vez que ausente requerimento administrativo, devendo sua renda mensal inicial ser calculada de acordo com o artigo 75 da Lei nº 8.213/91.
IV - Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das diferenças vencidas até a data da sentença.
V - Agravo retido do INSS não conhecido. Apelação do réu improvida. Remessa oficial parcialmente provida."
(AC 200703990507730; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1266259; Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO; TRF 3ª Região, 10ª Turma; DJF3, data 11/06/2008)
"AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. ART. 74 DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO IMPROVIDO. (...) 3. O rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não é obstáculo à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica, pois a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual o importante é estabelecer o nexo de dependência entre a parte-requerente e o *de cujus*, a teor da Súmula nº 336 do C. STJ.

> E o fato da autora ter renunciado aos alimentos não impede à concessão da pensão, quando restar demonstrado sua necessidade posterior. 4. Agravo improvido."
> (TRF 3 - Proc. 00156572120094039999 - APELREEX - 1419893. Sétima Turma. Relator: Desembargador Federal Roberto Haddad. Data da Decisão: 18/06/2012. Data da Publicação: 27/06/2012)
> A autora formulou pedido administrativo em 11.12.2012 e o ex-marido faleceu em 03.12.2012. Aplicam-se, portanto, as regras segundo a redação da Lei de Benefícios após as modificações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, sendo devido o pagamento do benefício desde a data do óbito.
> A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.
> Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV.
> A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo "a quo".
> As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.
> Por fim, cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461 do CPC, é possível a antecipação de tutela.

Acrescente-se que o fato de o benefício ter sido pago a outra dependente não afasta o direito da autora ao recebimento do benefício, vez que se habilitou para tanto e nada indica que os valores pagos tenham revertido em seu favor.

Desta forma, esta Egrégia 8ª Turma, por unanimidade, entendeu não merecer reparos a decisão recorrida.

Portanto, o acórdão é claro, não havendo qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser suprida.

Nesta esteira, agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 535, do CPC.

Logo, a argumentação se revela de caráter infringente, para modificação do Julgado, não sendo esta a sede adequada para acolhimento de pretensão, produto de inconformismo com o resultado desfavorável da demanda.

Confira-se:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DIRIGIDA À REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.
> I - Os embargos de declaração constituem recurso de natureza excepcional. São vocacionados ao esclarecimento do julgado e destinam-se dele expurgar vícios que lhe prejudiquem a compreensão, mas não são instrumento próprio a viabilizar a rediscussão da causa. Embargos declaratórios rejeitados.
> Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 232.906 - Maranhão (1999/0088139-7). Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI - D.J.U. 25/09/00, PÁG. 95, j. EM 22/08/2000.

Outrossim, a pretensão da parte embargante de apreciação detalhada das razões expendidas para fins de prequestionamento, visando justificar a interposição de eventual recurso, do mesmo modo merece ser afastada.

A finalidade do prequestionamento não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência, consoante decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, transcrita a seguir:

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FINALIDADE ÚNICA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.
> 1. O STF firmou entendimento no sentido da impossibilidade de se acolherem embargos declaratórios, que, à guisa de omissão, têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto.
> 2. Em sede de embargos declaratórios, apenas é possível a modificação do julgado mediante o saneamento de algum dos vícios previstos no artigo 535, do CPC.
> 3. embargos de declaração aos quais se nega provimento.
> (STJ, 1ª Turma, EEDAGA422743, rel. Min. Luiz Fux, j. 07/11/2002).

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0002291-15.2013.4.03.6105
(2013.61.05.002291-6)

Apelante: RODRIGO ROSOLEN
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe de Processo: AC 1958291
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATRASO NA EMISSÃO E ENVIO DA CARTA DE CONCESSÃO. IRREGULARIDADE NÃO ENSEJADORA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL QUE EFETUA PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES INTERMITENTES. ATIVIDADE LABORATIVA EXERCIDA CONTINUAMENTE. APURAÇÃO DA RMI DO AUXÍLIO-DOENÇA. MESES EM QUE A CONTRIBUIÇÃO FOI INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. PECULIARIDADES DO CASO. ARTIGO 29 DA LEI 8.213/91. CÁLCULOS DA CONTADORIA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Não conheço do agravo retido, pois não reiterado em contrarrazões recursais (artigo 523, § 1º, do CPC).
- Não há prova neste processo de conduta ilícita do INSS no sentido de lhe negar acesso ao conteúdo do PA, ou seja, no sentido de não permitir acesso aos autos. Eventual atraso no fornecimento do aviso de concessão do benefício (artigo 172 do Decreto nº 3.048/99) não implica, só por só, impossibilitar a defesa do segurado ou lhe negar acesso ao procedimento. O autor afirma que obteve a carta de concessão do benefício por conta própria, em 14/02/2013, não constando deste feito qualquer cópia de requerimento do mesmo, no sentido de obter a carta de concessão.
- As atividades de filiação obrigatória (artigo 11 da Lei nº 8.213/91) resultam no dever de o segurado recolher as contribuições. E aquele que não paga as contribuições devidas descumpre a norma jurídica, tornando-se devedor das contribuições não recolhidas.
- Se o segurado contribuinte individual opta deliberadamente por recolher contribuições de modo intermitente, poucas vezes por ano, não se torna razoável a desconsideração dos meses em que não houve qualquer recolhimento ou contribuição com valor inferior ao salário mínimo, a teor do disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
- Do contrário, o segurado que paga um número menor de meses (*dentro do período contributivo*) será injustamente beneficiado, em detrimento dos que recolhem durante um período maior.
- Enfim, a interpretação da lei não pode conduzir a resultados não razoáveis, que premiem a conduta daquele que não recolhe as contribuições devidas. *Non omne quod licitum honestum est.*
- O direito trabalha com sanções positivas (aos comportamentos conforme a lei) e negativas (aos atos contrários às normas), cabendo ao intérprete evitar que o sujeito que descumpra a lei se coloque em situação jurídica privilegiada em detrimento da-

quele que a cumpra.
- De qualquer forma, os cálculos da Contadoria (f. 67 e seguintes) apuraram o valor devido à luz da legislação previdenciária, não tendo a parte autora apontado equívocos específicos no ensejadores de sua retificação.
- Agravo retido não conhecido, pois não reiterado em contrarrazões recursais (artigo 523, § 1º, do CPC).
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de outubro de 2015.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Trata-se de apelação interposta pela parte autora oficial operada em face da sentença que julgou parcialmente procedente pedido de revisão da DIB do auxílio-doença nº 31/600.096.595-1, fixando-a em 15/12/2012, acolhidos os cálculos da Contadoria Judicial.

Requer o apelante sejam excluídas as contribuições que não atinjam o piso mínimo estipulado legalmente, condenando-se o réu ao pagamento de danos morais por haver obstruído o livre acesso aos autos no processo administrativo, impossibilitando o apelante de fazer sua defesa.

O INSS interpôs agravo retido em face da decisão de f. 65, que determinou ao setor da Contadoria que apurasse o valor das parcelas atrasadas.

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator)**:** Conheço do apelo, porquanto observados os requisitos de admissibilidade.

Não conheço do agravo retido, pois não reiterado em contrarrazões recursais (artigo 523, § 1º, do CPC).

Analiso primeiramente o pleito de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Alega a parte autora que o INSS não lhe franqueou acesso aos autos do PA, tendo obs-

truído seu acesso ao processo administrativo.

A responsabilidade civil é a contrapartida desse direito de ser indenizado. Consiste na obrigação de indenização a dano causado a terceiro, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, desde que comprovada a ligação entre a atuação do responsável e a lesão ao bem jurídico.

Para a configuração da responsabilidade civil, portanto, é imprescindível o preenchimento dos seguintes requisitos: i) conduta comissiva ou omissiva; ii) presença de culpa ou dolo (dispensado este requisito nos casos de responsabilidade objetiva); iii) relação de causalidade entre a conduta e o resultado; e iv) a prova da ocorrência do dano (que nos casos de dano moral não precisa restar materializado).

O artigo 186 do Código Civil preceitua que: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." (grifo nosso)

A conduta consiste numa ação ou omissão juridicamente relevante. Alguns adjetivam a conduta necessária à responsabilidade civil como ilícita, juntando os elementos normativos (culpa e dolo) e naturais (ação e omissão). Por fins didáticos, preferimos separar os elementos normativos e naturais.

O nexo de causalidade é a ligação específica e necessária entre a conduta do agente e o resultado danoso alcançado.

Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho, vale dizer "(...) não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. (...) O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado."

Salienta-se, assim, que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil.

Pode haver responsabilidade sem necessidade de demonstração de culpa (responsabilidade objetiva), mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.

Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. Através dele, podemos concluir quem foi o causador do dano e, consequentemente, quem terá o dever de repará-lo, pois ninguém deve responder por aquilo a que não tiver dado causa, segundo fundamental princípio do Direito.

Também nas relações envolvendo a Fazenda Pública e nas prestações de serviços públicos, independentemente da natureza jurídica do prestador, a culpa é dispensável, nos termos do §6º do art. 37 da Constituição Federal, que prescreve:

> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Se não se exige a culpa, em qualquer de seus graus, impõe-se a existência de liame causal, ou do nexo de causalidade entre a atuação ou omissão da Fazenda Pública e o resultado danoso.

Assim a responsabilidade objetiva da instituição apenas poderia ser elidida se ficasse caracterizada uma das hipóteses excludentes da responsabilidade, sendo elas: i) inexistência de defeito na prestação do serviço e ii) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Tais situações apagam o nexo de causalidade entre o dano e a atuação da instituição, demonstrando, que, na realidade, outra foi a causa do dano.

Por fim, há de se configurar um dano, ainda que exclusivamente moral.

Em específico quanto ao dano moral, ele se configura quando resultante da angústia e do abalo psicológico, importando em lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Como afirmado, a Constituição Federal de 1988 é expressa em admiti-lo no seu art. 5º, incisos V e X.

Está associado o dano moral à dor, ao padecimento espiritual, sofrimento, angústia, perturbação da tranquilidade espiritual ou honra.

A expressão dano moral merece ser utilizada somente para determinar o agravo ocasionado de forma injusta a outrem, que não produz nenhum efeito patrimonial, ou seja, tutelam-se os direitos extrapatrimoniais.

Conclui-se, portanto, que o dano moral é, pois, em sua essência, a mágoa, a dor, a tristeza infligida injustamente a outrem, enfim, todo sofrimento humano que não tenha se originado a partir de uma perda pecuniária, ensejando a reparação por danos morais.

Nessa ordem de ideias, cabe ao cidadão demonstrar que sofreu um prejuízo (dano injusto), em decorrência de uma conduta imputável à pessoa jurídica de direito público, e que entre ambos existe um nexo etiológico.

Contudo, não há prova neste processo de conduta ilícita do INSS no sentido de lhe negar acesso ao conteúdo do PA, ou seja, no sentido de não permitir acesso aos autos.

Eventual atraso no fornecimento do aviso de concessão do benefício (artigo 172 do Decreto nº 3.048/99) não implica, só por só, impossibilitar a defesa do segurado ou lhe negar acesso ao procedimento.

O autor afirma que obteve a carta de concessão do benefício por conta própria, em 14/02/2013, não constando deste feito qualquer cópia de requerimento do mesmo, no sentido de obter a carta de concessão.

Por fim, não há comprovação de dissabores específicos, de modo que não restou configurado o dano moral, à vista das provas constantes destes autos.

REVISÃO DA RENDA MENSAL

O outro pedido do autor consiste em desconsiderar os meses em que houve contribuição inferior ao salário mínimo. Vale dizer, requer, para apurar o valor do auxílio-doença, sejam desconsiderados os meses em que não contribuiu.

A sistemática de cálculo do salário de benefício sofreu diversas mudanças ao longo do tempo.

O art. 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99, vigente à época da concessão do benefício, dispõe:

> Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média

> aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

A partir desta data, na forma do que dispõe o artigo 29, II, da Lei 8.213/91, o salário de benefício para os benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença consiste na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

O art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.876/99 estabeleceu, para os benefícios de aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial, regras de transição para aqueles já filiados ao RGPS até a data da publicação da citada lei:

> Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.
> § 1º Quando se tratar de segurado especial, no cálculo do salário-de-benefício serão considerados um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do § 6o do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.
> § 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o *caput* e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo.

A restrição contida no disposto no § 2º do artigo 3º da Lei 9.876/99 não se aplica aos benefícios por incapacidade - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, pois a lei é específica ao mencionar as alíneas do inciso I do artigo 18 da Lei 8.213/91: "b" (aposentadoria por idade), "c" (aposentadoria por tempo de contribuição) e d (aposentadoria especial).

Ao que consta, a lei instituiu o cálculo do salário de benefício com base unicamente nos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% do *período contributivo*, independentemente da quantidade de contribuições realizada pelo segurado.

Hermes Arrais Alencar, ao tratar dos efeitos produzidos pela Lei 9.876/99, quanto aos benefícios por incapacidade, afirmou:

> Anotamos que o § 4º do art. 188-A do Decreto nº 3.048/99 foi alterado pelo Decreto nº 6.939/09. Desde então, nos casos de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, o salário-de-benefício consiste sempre na média aritmética simples dos maiores SC correspondentes a 80% do período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994 até a data do início do benefício. O direito de excluir os 20% menores salários-de-contribuição favorece os segurados no cálculo da renda mensal inicial. (...). (Cálculo de Benefícios Previdenciários, Atlas: São Paulo, 2012, p. 173.).

À vista de tais considerações, *in casu*, parece não ter havido ilegalidade no proceder do INSS ao apurar a renda mensal do auxílio-doença do autor, forte na compreensão de que o "período contributivo" não é sinônimo de "período contribuído".

A bem da verdade, a lei não determina que só seja levada em conta os 80% das competências em que houve contribuição, mas 80% de todo o período contributivo.

O resultado disso é que, dentre os 80% maiores salários-de-contribuição, poderá haver meses em que este a contribuição será zero, ou inferior ao mínimo, quando o segurado não contribui em todos os meses do referido PBC.

As peculiaridades do presente, outrossim, fazem com que a pretensão da parte autora não deva ser acolhida. É que, por vários anos, o autor, ciente das regras previdenciárias por ser advogado, utilizou-se do expediente de contribuir apenas o necessário para manter a qualidade de segurado. Por exemplo, nos anos de 2003, 2004, 2005 e 2011, foram recolhidas apenas e tão somente 4 (quatro) contribuições.

Em casos que tais, de escolha deliberada de contribuições intermitentes, não se torna razoável a desconsideração dos meses em que não houve qualquer recolhimento ou contribuição com valor inferior ao salário mínimo.

Do contrário, o segurado que paga um número menor de meses (*dentro do período contributivo*) será injustamente beneficiado, em detrimento dos que recolhem durante um período maior.

Não se pode deslembrar que a realização de atividades de filiação obrigatória (artigo 11 da Lei nº 8.213/91) gera o dever de o segurado recolher as contribuições, razão por que o contribuinte individual que exerça atividade laborativa - e não paga as contribuições devidas - descumpre a norma jurídica, tornando-se devedor das contribuições não recolhidas.

Enfim, a interpretação da lei não pode conduzir a resultados não razoáveis, que premiem a conduta daquele que não recolhe as contribuições devidas. *Non omne quod licitum honestum est.*

O direito trabalha com sanções positivas (aos comportamentos conforme a lei) e negativas (aos atos contrários às normas), cabendo ao intérprete evitar que o sujeito que descumpra a lei se coloque em situação jurídica privilegiada em detrimento daquele que a cumpra.

De qualquer forma, os cálculos da Contadoria (f. 67 e seguintes) apuraram o valor devido à luz da legislação previdenciária, não tendo a parte autora apontado equívocos específicos no ensejadores de sua retificação.

Daí que se afigura inviável, à vista das peculiaridades do caso, o acolhimento da pretensão da parte autora.

Pelo exposto, *não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES
0013935-10.2013.4.03.9999
(2013.03.99.013935-2)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargada: MARIA LINA ANTONIO NAVAL
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE COSMÓPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: EI 1856098
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2015

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE RURÍCOLA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO CUMPRIMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO.
- Atividade rural, mesmo que descontínua, não comprovada no período imediatamente anterior ao implemento da idade ou requerimento do benefício, enseja a negação da aposentadoria de rurícola vindicada.
- Inaplicabilidade à hipótese do artigo 3º, §1º, da Lei 10.666/03, segundo a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (PET 7.476/PR, 3ª Seção, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 13.12.2010, red. p/ acórdão Ministro Jorge Mussi, DJe de 25.4.2011; AgRg no REsp 1.253.184, 5ª Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 6.9.2011, DJe de 26.9.2011; AgRg no REsp 1.242.720, 6ª Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Junior, j. em 2.2.2012, DJe de 15.2.2012; REsp 1.304.136, 2ª Turma, rel. Ministro Herman Benjamim, j. em 21.2.2013, DJe de 7.3.2013; AgRg no Agravo em REsp 549.874, 2ª Turma, rel. Ministro Herman Benjamim, j. em 2.10.2014, DJe de 28.11.2014).
- Permanecem arraigadas as exigências do artigo 143 da Lei 8.213/91 à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na medida em que os benefícios de valor mínimo pagos aos rurícolas em geral possuem disciplina própria, em que a carência independe de contribuições mensais, daí que obrigatória, mesmo de forma descontínua, a prova do efetivo exercício da atividade no campo.
- Embora comportando temperamentos, via de regra, o abandono do posto de lavrador anteriormente ao implemento do requisito etário ou formulação do requerimento administrativo ou judicial, mormente quando contemporâneo ao emprego em atividade urbana do cônjuge que empresta à esposa requerente a qualidade de segurado, acaba inviabilizando por completo o deferimento da benesse postulada.

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, a fim de fazer prevalecer o voto da lavra do Juiz Federal Convocado

Leonardo Safi, que dava provimento ao agravo legal do INSS para reconhecer a improcedência do pedido formulado, revogando-se a tutela específica concedida no bojo do pronunciamento monocrático do Relator no âmbito da Turma julgadora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Embargos infringentes (fls. 140/142, docs. às fls. 143/144) interpostos contra julgado, abaixo condensado (fl. 129), que conservou decisão monocrática na qual provida apelação interposta pela parte autora contra sentença de mérito que reconhecera a improcedência de pedido de concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural:

> EMENTA
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, §1º, DO CPC). PODERES DO RELATOR. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS.
> 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 - 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.
> 4 - Agravo improvido.
> ACÓRDÃO
> Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
> São Paulo, 16 de setembro de 2013.
> NELSON BERNARDES DE SOUZA
> Desembargador Federal

Sob o argumento de que falta prova do labor campesino, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento ou mesmo implemento do requisito etário, além do fato de que "o cônjuge da autora exerceu sempre atividade URBANA, nos moldes da informação constante do CNIS de fls. 51/52, bem como o extrato do PLENUS em anexo, o qual aponta que o cônjuge é beneficiário de aposentadoria por invalidez urbana, com RMI bem superior ao salário mínimo que desautoriza a concessão da benesse pela atividade rural, ante a descaracterização do regime de economia familiar", requer-se a prevalência do voto proferido pelo Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, "no sentido de dar provimento ao Agravo Legal do INSS para negar provimento à apelação da parte autora, mantendo a sentença que julgou

improcedente o pedido e cassando a tutela concedida" (fl. 135).

Recurso admitido (fl. 145), respondido (fls. 147/148) e redistribuído a minha relatoria (fl. 149).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Do voto condutor do Desembargador Federal Nelson Bernardes, extrai-se (fls. 124/128):

> A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:
> "(...)
> Vistos, na forma do art. 557 do CPC.
> A Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL, em seu art. 4º, dispunha ser a aposentadoria por velhice devida ao trabalhador rural que completasse 65 (sessenta e cinco) anos. Em 30 de outubro de 1973, foi publicada a Lei Complementar nº 16, que alterou dispositivos da supracitada lei e fixou, no seu art. 5º, que a qualidade de trabalhador rural dependeria da comprovação de sua atividade pelo menos nos últimos três anos anteriores à data do pedido do benefício, ainda que de forma descontínua.
> Também o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social dispunha, *litteris*:
> 'Art. 297. A aposentadoria por velhice é devida, a contar da data da entrada do requerimento, ao trabalhador rural que completa 65 (sessenta e cinco) anos de idade e é o chefe ou arrimo de unidade familiar, em valor igual ao da aposentadoria por invalidez (artigo 294).'
> A Constituição Federal de 1988 trouxe, em sua redação original, o art. 202, I, *in verbis*:
> '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:
> I - *aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher*, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal' (grifei).
> A partir da edição da Lei nº 8.213/91, tal dispositivo constitucional foi definitivamente regulamentado e, portanto, a idade para a concessão da aposentadoria do trabalhador rural diminuída para 60 (sessenta anos), se homem e 55 (cinqüenta e cinco), se mulher.
> Enquanto a Lei Complementar nº 16/73 exigia que o beneficiário comprovasse o exercício da atividade rural por pelo menos 3 (três) anos, o período de carência estabelecido pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é aquele a que remete a tabela progressiva constante do seu art. 142.
> Também neste sentido preceitua a Lei nº 8.213/91, ao prescrever em seus arts. 39, I, 48, §1º e 143 que o benefício da aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais em regime de economia familiar é devido ao segurado especial, assim considerado pelo art. 11, VII, do diploma legal citado, que completar 60 (sessenta) anos de idade, se homem, ou 55 (cinqüenta e cinco) anos, se mulher e comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período equivalente à carência exigida, nos termos dos arts. 26, III, e 142

do referido texto legal.
A lei deu tratamento diferenciado ao rurícola e ao produtor rural em regime de economia familiar, dispensando-os do período de carência, que é o número mínimo de contribuições mensais necessárias para a concessão do benefício, a teor do que preceitua o art. 26, III, c.c. o art. 39, I, ambos da Lei nº 8.213/91, bastando comprovar, tão-somente, o exercício da atividade rural nos termos da tabela progressiva, de caráter transitório, prevista no art. 142 da Lei Previdenciária, que varia de acordo com o ano de implementação das condições legais.
Não é diferente o entendimento da doutrina:
'Bem por isto o prazo estabelecido para a concessão da aposentadoria por idade, com fundamento na regra transitória, ou seja, independentemente de carência, foi estabelecido em prazo idêntico ao da carência para a obtenção do benefício (art. 25, II). Destaco que o requisito estabelecido pelo dispositivo é o exercício de atividade rural por período igual ao da carência, e não a carência em si, entendida como "número mínimo de contribuições indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício" (art. 24). Em nossa posição, o período de exercício da atividade rural aqui referido, após o novo delineamento operado pela Lei nº 9.032/95, deverá levar em conta a carência de acordo com a regra de transição do art. 142.'
(Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 369).
Também neste sentido é o ensinamento contido na página 368 da supracitada obra:
'A alteração do texto pela Lei nº 9.032/95 foi oportuna ao modificar o fator determinante para o enquadramento na tabela, que deixou de ser o ano da entrada do requerimento, como previsto na redação originária, para ser o ano do implemento das condições, em respeito à regra constitucional de preservação do direito adquirido.'
Já no que se refere à comprovação do labor campesino, algumas considerações se fazem necessárias, uma vez que balizam o entendimento deste Relator no que diz com a valoração das provas comumente apresentadas.
Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais 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 pretendidos, 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.
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.
Na atividade desempenhada em regime de economia familiar, toda a documentação comprobatória, como talonários fiscais e títulos de propriedade, é expedida, em regra, 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 sitiante 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.

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 (AC nº 94.03.025723-7/SP, TRF 3ª Região, Rel. Juiz Souza Pires, 2º Turma, DJ 23.11.94, p. 67691), cabendo ao Juízo, portanto, a prerrogativa de decidir sobre a sua validade e a sua aceitação.

Aprecio também a questão, insistentemente trazida à discussão pelo Ente Previdenciário, de que a comprovação do exercício da atividade rural deva se referir ao período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, tal como estabelecido no art. 143 da Lei nº 8.213/91, com redação alterada pela Lei nº 9.063/95. Entendo que a exigência é descabida, uma vez que em muitos casos a parte autora desempenhou um árduo labor rural durante toda a sua vida e ao chegar à idade avançada deixa de exercê-lo por estar totalmente impossibilitada de continuar trabalhando em uma atividade tão desgastante. Ressalte-se que, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei nº 10.666/03, a perda da qualidade de segurado não é levada em conta para a concessão do benefício pleiteado.

Já no que se refere ao recolhimento das contribuições previdenciárias, destaco que o dever legal de promover seu recolhimento junto ao INSS 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.

No caso da prestação de trabalho em regime de economia familiar, é certo que o segurado é dispensado do período de carência, nos termos do disposto no art. 26, III, da Lei de Benefícios e, na condição de segurado especial, assim enquadrado pelo art. 11, VII, da legislação em comento, 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 (art. 30, X, da Lei de Custeio).

Por fim, outra questão que suscita debates é a referente ao trabalho urbano eventualmente exercido pelo segurado ou por seu cônjuge, cuja qualificação como lavrador lhe é extensiva. Perfilho do entendimento no sentido de que o desempenho de atividade urbana, de per si, não constitui óbice ao reconhecimento do direito aqui pleiteado, desde que o mesmo tenha sido exercido por curtos períodos, especialmente em época de entressafra, quando o humilde campesino se vale de trabalhos esporádicos em busca da sobrevivência. Da mesma forma, o ingresso no mercado de trabalho urbano não impede a concessão da aposentadoria rural, na hipótese de já restar ultimada, em tempo anterior, a carência exigida legalmente, considerando não só as datas do início de prova mais remoto e da existência do vínculo empregatício fora da área rural, como também que a prova testemunhal, segura e coerente, enseje a formação da convicção deste julgador acerca do trabalho campesino exercido no período.

Ao caso dos autos.

A autora completou o requisito idade mínima em 1998 (fl. 9) e, em observância ao disposto no art. 142 da Lei de Benefícios, deverá demonstrar o efetivo exercício da atividade rural por, no mínimo, 102 meses.

Dentre os documentos juntados, destaco:

- Certidão de Casamento de fl. 19, que qualifica o marido da autora como lavrador por

ocasião da celebração do matrimônio em 19/10/1963;
- Contratos de Sociedade de Exploração Agrícola de fls. 22/33, celebrados entre o marido da autora e terceiros, no período de 01/01/1978 a 31/12/1981;
- Contrato de Parceria Agrícola, que qualifica o marido da autora como lavrador, celebrado para o período de 01/01/1986 a 30/12/1986.
Tais documentos constituem início razoável de prova material da atividade rural da autora, conforme entendimento já consagrado pelos nossos tribunais, e foram corroborados pelos depoimentos colhidos em audiência de instrução e julgamento, nos quais as testemunhas afirmaram ter a mesma exercido as lides campesinas por tempo suficiente ao cumprimento da carência à concessão do benefício pleiteado (fls. 71/72).
Conquanto os extratos do CNIS de fl. 51, noticiem vínculo urbano por parte do marido da requerente a partir de 1990, tais informações não constituem óbice ao deferimento do benefício, uma vez que ela já houvera implementado os requisitos necessários à concessão do benefício vindicado anteriormente a tal período, se considerado o termo inicial de seu labor campesino.
Como se vê, de todo o conjunto probatório acostado aos autos restou amplamente comprovado o aspecto temporal da atividade rural em observância ao disposto no art. 142 da Lei de Benefícios, pelo que faz jus a parte autora ao benefício pleiteado.
O art. 49 da Lei de Benefícios estabelece os termos iniciais para a concessão do benefício pleiteado; entretanto, se o caso concreto não se enquadrar nas hipóteses legais, deve-se considerar como dies *a quo* a data da citação, conforme precedentes deste Tribunal.
Com relação à correção monetária das parcelas em atraso, a mesma deve incidir nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas no 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal.
Os juros de mora, que incidirão até a data da conta de liquidação, são fixados em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional.
Por outro lado, conquanto tenha o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 quando do julgamento das ADIN's nº 4357/DF e nº 4425/DF (13 e 14.03.2013), a Egrégia 3ª Seção desta Corte, ao apreciar a questão trazida a debate na apreciação da AR nº 2006.03.00.040546-2/SP, em 27/06/2013, caminhou no sentido de manter vigente o critério estabelecido pelo mencionado dispositivo legal até que se tenha definida a 'modulação dos efeitos' daquelas ações diretas, ocasião em que restei vencido.
Assim sendo, reconsidero o posicionamento que acabou isolado na Seção Especializada desta Casa, para estabelecer que se aplique aos juros de mora, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, o mesmo percentual das taxas relativas aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no seu art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.
Em observância ao art. 20, §3º, do CPC e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença.
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.
Por outro lado, 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 idade*, deferida a MARIA LINA ANTONIO NAVAL, com data de início do benefício - (DIB: 04/08/2008), no valor de 01 salário-mínimo mensal.
Ante o exposto, nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC, *dou provimento à apelação* para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, nos termos da fundamentação. *Concedo a tutela específica*.
Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.
Intime-se."
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 caso dos autos, 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.

O pronunciamento minoritário, a seu turno, da lavra do Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, veio consubstanciado nos seguintes termos (fls. 134/135):

Cuida-se de declarar o voto que restou vencido no julgamento do Agravo interposto pelo INSS contra a decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação da autora para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de aposentadoria por idade rural, concedendo a tutela para imediata implantação do benefício.
Insiste o INSS no desacerto da pretensão ao argumento de que não foi comprovado o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, bem como ao requerimento do benefício.
A 9ª Turma desta Corte, por maioria, decidiu negar provimento ao Agravo Legal, nos termos do voto do senhor Relator, que foi acompanhado com ressalva de entendimento pessoal pelo Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro, sendo divergente o voto deste Magistrado, que lhe dava provimento e cassava a tutela concedida.
Passo a declarar o voto vencido.
Entendo que a perda da condição de segurado que não impede a concessão do benefício àquele que cumpriu a carência também se aplica aos trabalhadores rurais.
Entretanto, essa norma, como todas as demais, não comporta leitura e interpretação isoladas. Deve ser analisada dentro do sistema que a alberga e, no caso, com vistas à proteção previ-

denciária dada aos trabalhadores rurais.
Daí que cabe investigar o real significado da exigência contida no art. 143 da Lei 8.213/91, o quê realmente deve ser exigido do trabalhador rural para que tenha direito à sua aposentadoria por idade. Deve estar trabalhando no dia imediatamente anterior ao requerimento? Um ano antes? Dois anos antes? Qual o período de interrupção do trabalho rural que pode ser considerado imediatamente anterior ao requerimento do benefício?
Penso que a resposta está no próprio art. 143, cuja infeliz redação, ensejadora de tantas discussões, tem em vista a proteção do trabalhador rural.
No regime anterior à Constituição de 1.988, os trabalhadores rurais estavam expressamente excluídos do Regime Geral de Previdência Social, e tinham algum amparo apenas dentro dos limites do Prorural.
A Constituição de 1.988 estabelece que, para fins de seguridade social, trabalhadores urbanos e rurais devem ter tratamento uniforme e equivalente, o que impõe que os trabalhadores rurais tenham a mesma proteção previdenciária dada aos urbanos.
O novo Regime Geral de Previdência Social, conforme previsto na Constituição foi implementado com as Leis 8.212 e 8.213/91.
Instituído o novo RGPS, era necessário dar proteção àqueles trabalhadores rurais que, antes da nova legislação, estavam expressamente excluídos da cobertura previdenciária, e essa proteção veio, justamente, na forma prevista no art. 143 da Lei 8.213/91: aposentadoria por idade, desde que comprovado o efetivo exercício da atividade rural pelo período correspondente à carência prevista no art. 143, e no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.
A 'mens legis' foi, sem dúvida, proteger aquele trabalhador rural que antes do novo regime previdenciário não tivera proteção previdenciária, ou seja, que fizera das lides rurais o seu meio de vida. É verdade que a lei tolera que a atividade rural tenha sido exercida de forma descontínua. Entretanto, não admite que tenha aquele trabalhador perdido a sua natureza rurícola.
A análise só pode ser feita no caso concreto. É a história laboral do interessado que pode levar à conclusão de que permaneceu, ou não, essencialmente, trabalhador rural.
Se das provas surgir a comprovação de que o trabalho rural não foi determinante para a sobrevivência do interessado, não se tratará de trabalhador rural com direito à proteção previdenciária prevista no art. 143 da Lei 8.213/91.
No caso, embora a autora tenha apresentado início material do trabalho no campo, consubstanciado nas certidões de casamento e de nascimento de filho, nas quais o marido foi qualificado profissionalmente como lavrador, e nos contratos de parceria agrícola celebrados em 1978, 1979, 1980, 1981 e 1986, o conjunto probatório conduz à improcedência do pedido inicial.
Isso porque a consulta ao CNIS de fls. 48/52 demonstra que o marido da autora passou a ter vínculos de trabalho de natureza urbana a partir de 1990. Quando completou o requisito etário em 1998, bem como à época do ajuizamento da demanda (2008), não comprovou a continuidade do exercício das atividades rurais, nos termos da legislação de regência. Por certo, não foi a lide rural que lhe permitiu sobreviver até os dias de hoje. Não tem, por isso, direito ao benefício de aposentadoria rural por idade.
Ademais a prova testemunhal, por si só, não é suficiente para demonstrar o exercício do labor rural no período de carência para concessão do benefício pretendido, nos termos da fundamentação exposta, além de ter se mostrado frágil.
Assim, não é possível o reconhecimento da pretensão inicial.
Isto posto, pedindo vênia ao I. Relator, voto no sentido de dar provimento ao Agravo Legal do INSS para negar provimento à apelação da parte autora, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido e cassando a tutela concedida.

A discussão está balizada pela presença ou não dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria por idade a rurícola, à vista quer seja do afastamento dos afazeres campesinos em regime de economia familiar por parte de Maria Lina Antonio Naval muito antes do período que abrange a carência exigida para a hipótese, quer seja de "que o cônjuge dela, sr. Ézio Naval, vem se dedicando a trabalho urbano, desde 1990, com vínculo perante a CLT, tendo laborado para as empresas Nortec Ltda., Frigorífico Itaipu Ltda. e Moind Comércio e Montagens Industriais Ltda., entre outras" (fl. 44, contestação autárquica), que a própria embargada não ignora, como reconhecido em suas razões de apelação - "É inequívoco o trabalho da apelante nas lides rurais em lavouras de café e tomate desde criança, mais precisamente em 1964 até o ano de 1986 (aproximadamente 20 anos). Ora, o abandono do trabalho rural deu-se após o preenchimento do período trabalhado em número de meses correspondentes a carência, conforme tabela constante do artigo 142 da Lei 8.213/91, que nesses caso é de 102 meses. (...) Desta forma, é óbvio que o abandono das atividades laborais no meio rural não deve ser arguido como causa de indeferimento do benefício pleiteado, nem posterior exercício de atividade urbana do marido, mormente após o preenchimento de todos os requisitos para aposentação da apelante" (fls. 102/103).

É sabido que o benefício em questão encontra-se disciplinado nos artigos 39, inciso I, 48 e 143, da Lei nº 8.213/91.

Além do pressuposto etário, deve-se comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

A norma citada deve ser analisada em consonância com o artigo 142, que assim dispõe:

> Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício. (...).

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência, como dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Suficiente a demonstração do efetivo exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao implemento etário, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pleiteado, conforme interpretação dos supramencionados artigos.

A autora completou a idade mínima em 5.9.1998, devendo comprovar o exercício de atividade rural por 102 meses.

Para amparar a pretensão, juntou cópias de registro de nascimento da filha, ocorrido em 1979 (fl. 18), bem como de sua certidão de casamento, celebrado em 1963 (fl. 19), documentos nos quais seu cônjuge encontra-se qualificado como lavrador; além de contratos, todos em nome do marido exclusivamente, de parceria agrícola, referentes aos períodos de 1.1.1986 a 30.12.1986 (fls. 20/21) e 1.4.1980 a 31.12.1981 (fls. 32/33), e de sociedade para exploração agrícola, de 1.1.1978 a 30.6.1978 (fls. 22/25), 1.7.1978 a 31.1.1979 (fls. 26/28) e 1.2.1979 a 30.3.1980 (fls. 29/31). Outros documentos (fls. 11/17), abarcando idênticas datas e sempre titularizados pelo esposo, não se encontram sequer legíveis plenamente ou são de menor interesse, tanto que desconsiderados por todos os votantes no âmbito da Turma.

É pacífico o entendimento de nossos Tribunais, diante das difíceis condições dos trabalhadores do campo, sobre a possibilidade da extensão da qualificação do cônjuge ou companheiro à esposa ou companheira.

Contudo, conforme consulta realizada ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, encartada às fls. 51/52 com a resposta do INSS, e admitido por ambos os pronunciamentos no acórdão da 9ª Turma, a vida laboral do marido da autora a partir de 1990 é caracterizada tão-somente por vínculos de natureza urbana, inexistindo nos autos prova documental alguma a corroborar eventual retomada do exercício de atividade rural desde então.

Tampouco há qualquer indicativo de prova material em nome próprio da autora que aponte sua condição de lavradora, que pudesse dar azo à incidência de paradigma específico à hipótese, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRABALHO RURAL. ARTS. 11, VI, E 143 DA LEI 8.213/1991. SEGURADO ESPECIAL. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA. TRABALHO URBANO DE INTEGRANTE DO GRUPO FAMILIAR. REPERCUSSÃO. NECESSIDADE DE PROVA MATERIAL EM NOME DO MESMO MEMBRO. EXTENSIBILIDADE PREJUDICADA. 1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de desfazer a caracterização da qualidade de segurada especial da recorrida, em razão do trabalho urbano de seu cônjuge, e, com isso, indeferir a aposentadoria prevista no art. 143 da Lei 8.213/1991. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não evidencia ofensa ao art. 535 do CPC. 3. *O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar,* incumbência esta das instâncias ordinárias (Súmula 7/STJ). 4. Em exceção à regra geral fixada no item anterior, *a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem considerou algumas provas em nome do marido da recorrida, que passou a exercer atividade urbana, mas estabeleceu que fora juntada prova material em nome desta em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário e em lapso suficiente ao cumprimento da carência, o que está em conformidade com os parâmetros estabelecidos na presente decisão.* 6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
> (STJ, REsp 1.304.479, 1ª Seção, rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 10.10.2012, DJe de 19.12.2012)

Ainda que assim não o fosse, até mesmo os testemunhos obtidos em juízo - por si só insuficientes à comprovação do labor agrícola, limitando-se a mencionar, de maneira vaga e imprecisa, o trabalho em uma ou outra propriedade, o primeiro depoimento afirmando tê-lo feito em sistema de meação, já o segundo como diarista, minimamente em contradição, portanto, considerando-se a alegada prestação em regime de economia familiar - acabaram por refutar o desempenho da labuta campesina da embargada após a migração do cônjuge para as atividades em meio urbano, restando inservíveis, portanto, a demonstrar que tivesse trabalhado como rurícola pelo período exigido em lei.

Confira-se, a propósito:

> Conhece a autora desde a infância, ocasião em que residiam na cidade de Lins. Naquela ocasião a autora trabalhava em lavouras de café. Trabalhou com a autora no período compreendido

> entre 1970 e 1992 em lavouras de tomate para o Sr. Toma e para Wada. Trabalhavam como meeiros. Residiam no sítio. Acredita que a autora não tenha estudado. REPERGUNTAS: Autora: Nenhuma; Reqdo: A autora trabalhava com o marido e os filhos. A autora jamais exerceu atividade urbana. A autora parou de trabalhar na lavoura em 1992. (Maria Pereira da Silva, fl. 71)
>
> Conhece a autora há uns 20 anos pois trabalharam juntas em lavouras de tomate para o Sr. Wada e recebiam como diaristas. Trabalharam entre 1980 e 1990. A autora trabalhava em um sítio anteriormente. Após 1990 não sabe dizer se a autora continuou a trabalhar. REPERGUNTAS: Autora: Nenhuma; Reqdo: Nenhuma. (Geralda Matos de Souza, fl. 72)

Segundo se observa da prova oral colhida em audiência, a solução a ser dada ao caso dos autos desborda do que prevê o artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91, segundo o qual a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida a prova exclusivamente testemunhal, não se esgotando, assim, na singela compreensão de que, obstada a extensão da qualificação do cônjuge, a ausência de prova documental, que sirva pelo menos como indício do exercício de atividade rural pela requerente, enseja a denegação do benefício pleiteado.

Vale dizer, a discussão supera os termos do enunciado contido no verbete nº 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário" -, pois, afinal, vai-se além da falta de indicativo documental, ou, de outro modo, o contexto não é de mera ocorrência de prova material direta contrária à pretensão autoral, mas sim de absoluta inexistência de prova plena do labor campesino durante o período de carência, como se extrai, insista-se, do teor dos depoimentos prestados pelas testemunhas, uníssonos em reconhecer que a ora embargada cessou o trabalho bem antes do interregno em que o ordenamento exige manter-se trabalhando para ter acesso à aposentadoria em questão.

Consoante asseverado no voto proferido pelo Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, "quando completou o requisito etário em 1998, bem como à época do ajuizamento da demanda (2008), não comprovou a continuidade do exercício das atividades rurais, nos termos da legislação de regência. Por certo, não foi a lide rural que lhe permitiu sobreviver até os dias de hoje. Não tem, por isso, direito ao benefício de aposentadoria por idade rural".

Evidente que, no mais das vezes, o exercício de atividade urbana por curto período, tal como ocorre na entressafra, não tem o condão de descaracterizar a atividade predominantemente rural.

Nada obstante, *in casu*, a prestação de serviço urbano pelo marido não se reduz a lapso específico. A atividade foi exercida quase que perenemente ao longo da década de 90, durante praticamente todo o período de carência, com freqüência que lhe possibilitou inclusive aposentar-se em 31.10.2006 por invalidez previdenciária, com renda reajustada no importe de R$ 1.329,44, conforme extrato do PLENUS anexado à petição dos infringentes à fl. 144.

Sobra o argumento de que a perda da qualidade de segurado não impede a concessão da aposentadoria por idade, a teor do disposto no artigo 3º, §1º, da Lei 10.666/2003.

A matéria é de conhecimento dos integrantes desta Seção especializada, que tiveram a oportunidade de apreciá-la por ocasião do julgamento da Ação Rescisória de reg. nº 2008.03.00.010183-4, apresentada pela Desembargadora Federal Daldice Santana, em que, ao se defrontar com argumento autoral no sentido de que "a perda da qualidade de segurado não pode ser óbice à concessão do benefício, na hipótese de terem sido comprovados os re-

quisitos da idade e da carência prevista no artigo 142 da Lei nº 8.213/91, ainda que de forma não simultânea", versando-se igualmente sobre aposentadoria por idade rural na demanda subjacente, deliberou-se, nos exatos termos do voto da Senhora Relatora, "estar atualmente consolidado no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo da legislação federal, que a pretensão da parte autora *não* poderia ser acolhida com fundamento na Lei nº 10.666/2003", assim formado o precedente em questão:

> EMENTA
> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR CONFUNDE-SE COM O MÉRITO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURADOS. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. HONORÁRIOS.
> 1. Os argumentos que sustentam a preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, serão com ele analisados.
> 2. A rescisão respaldada em erro de fato não admite a produção de novas provas para demonstrá-lo, pois o erro deve ser aferido a partir de atos ou documentos da causa originária, ou, no caso de violação de lei, a eventual ofensa deve ser constatada de plano, vedada a reabertura da instrução processual da ação subjacente.
> 3. No caso, discute-se o atendimento das exigências à concessão de aposentadoria por idade a rurícola, a saber: a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural pelo período exigido em lei.
> 4. Segundo a autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato, por ter ignorado a prova carreada aos autos originários, hábil a comprovar o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício previdenciário.
> 5. Não se entrevê erro de fato se houve efetivo pronunciamento judicial sobre o conjunto probatório que acompanhou a demanda originária. Inteligência do § 2º do inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil.
> 6. A r. decisão rescindenda analisou o conjunto probatório e considerou-o insuficiente para justificar o direito pleiteado.
> 7. Alega a parte autora, ainda, ter a decisão rescindenda incorrido em violação aos artigos 55 e 143 da Lei nº 8.213/91, à vista da existência de provas idôneas a demonstrar o labor alegado e da desnecessidade do cumprimento simultâneo dos requisitos. Argui, outrossim, a ausência de fundamentação do decisum, em desacordo com as provas colacionadas.
> 8. Consoante § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço 'só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, conforme disposto em Regulamento.' E, nos termos do artigo 143 da mesma lei, faz jus à aposentadoria por idade o trabalhador que comprove 'o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício'.
> 9. A valoração das provas, na hipótese, observa o princípio do livre convencimento motivado.
> 10. O v. julgado rescindendo encontra-se fundamentado, tendo sido expostas as razões de decidir, com base no exame do conjunto probatório.
> 11. Ao considerar que a prova produzida na lide originária não demonstrou o exercício da atividade rural até o atendimento do requisito etário, adotou-se uma das soluções possíveis para a situação fática apresentada, a afastar a alegação de violação de lei.
> 12. Há dissenso na jurisprudência desta Corte quanto à comprovação do trabalho rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, a incidir a Súmula nº 343 do C. STF.

13. Ressalte-se estar atualmente consolidado no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo da legislação federal, que a pretensão da parte autora não poderia ser acolhida com fundamento na Lei nº 10.666/2003, conforme aresto proferido em incidente de uniformização.
14. Não demonstrada violação à lei cometida pelo julgado. Mero inconformismo da parte não pode dar ensejo à propositura da ação rescisória.
15. Preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.
16. Sem verbas de sucumbência, pois a parte autora litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.
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, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, julgar improcedente o pedido formulado nesta ação rescisória, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram os Desembargadores Federais MARCELO SARAIVA (Revisor), TÂNIA MARANGONI, DAVID DANTAS, Juízes Federais Convocados FERNANDO GONÇALVES e DOUGLAS GONZALES, e os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, THEREZINHA CAZERTA, MARISA SANTOS, SÉRGIO NASCIMENTO, NELSON BERNARDES e WALTER DO AMARAL.
São Paulo, 28 de novembro de 2013.
DALDICE SANTANA
Desembargadora Federal

Faço transcrever os julgados no âmbito da Corte Superior a propósito da questão, primeiro o colhido na 3ª Seção em sede de incidente de uniformização e os demais nas Turmas responsáveis pela matéria previdenciária, antes e após a alteração da competência interna lá verificada:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS DA LEI Nº 8.213/1991. DISSOCIAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 10.666/2003 DIRIGIDA AOS TRABALHADORES URBANOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. 1. A Lei nº 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inc. I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º). 2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I e 39, I). 3. Se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. 4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008. 5. Não se mostra possível conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição. 6. Incidente de uniformização desprovido. (PET 7.476/PR, 3ª Seção, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 13.12.2010, red. p/ acórdão Ministro Jorge Mussi, DJe de 25.4.2011)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS DA LEI Nº 8.213/1991. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. NECESSIDADE. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. 1. A Lei nº 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inciso I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º). 2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I e 39, I). 3. Se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Precedente. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.253.184, 5ª Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 6.9.2011, DJe de 26.9.2011)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. NECESSIDADE. 1. O regramento insculpido no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003 restringiu sua aplicação somente às aposentadorias por contribuição, especial e por idade, as quais pressupõem contribuição. 2. Afastando-se da atividade campesina antes do implemento da idade mínima para a aposentadoria, o trabalhador rural deixa de fazer jus ao benefício previsto no art. 48 da Lei nº 8.213/1991. 3. Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1.242.720, 6ª Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Junior, j. em 2.2.2012, DJe de 15.2.2012)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DE TRABALHADOR RURAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 10.666/2003. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO. 1. Trata-se de Recurso Especial que visa configurar a recorrente como trabalhadora rural para fins de concessão de aposentadoria por idade rural, não obstante a constatação pelo Tribunal de origem de trabalho urbano da recorrente e de seu marido no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício. 2. As adversidades inerentes do trabalho rural não transformam o reexame de provas em valoração, de modo a afastar o óbice da Súmula 7/STJ. No mesmo sentido: REsp 1.303.260/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10.4.2012, DJe 23.4.2012; e REsp 1.346.867/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.11.2012. 3. Não há como infirmar a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que o conjunto probatório sobre o efetivo desempenho de atividade rural é desarmônico, pois tal medida implica violação da Súmula 7/STJ. 4. A regra prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/2003, referente à desnecessidade do preenchimento dos requisitos da aposentadoria, não se aplica à aposentadoria por idade rural prevista no art. 143 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.242.720/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 15.2.2012; Pet 7.476/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 25.4.2011. 5. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regi-

> mentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
> (REsp 1.304.136, 2ª Turma, rel. Ministro Herman Benjamim, j. em 21.2.2013, DJe de 7.3.2013)

No sentido do exposto, ainda mais recentemente, decisão proferida pela 2ª Turma do STJ reiterando a orientação em questão quando já em curso o julgamento iniciado em 23.4.2014 pela 1ª Seção, sob a sistemática do artigo 543-C do diploma processual, do REsp 1.354.908/SP, interposto pelo INSS "com base na alínea "a" do permissivo constitucional, apontando-se como violados o art. 55, § 3º e art. 143, ambos da Lei 8.213/1991, figurando como questão central a tese no sentido de que a atividade rural deve ser comprovada no período imediatamente anterior ao requerimento" (decisão de afetação do tema ao rito dos recursos repetitivos, em 22.4.2013), com votos favoráveis à tese autárquica dos Ministros Mauro Campbell Marques (Relator), Og Fernandes e Benedito Gonçalves e pedido de vista da Ministra Assusete Magalhães em 8.10.2014 (aguardam para votar os Ministros Sérgio Kukina, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho):

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA. LABOR RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. REQUISITO. SÚMULA 83/STJ.
> 1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é necessária a prova do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício de aposentadoria por idade, conforme arts. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.342.355/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no AREsp 334.161/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.9.2013.
> 2. Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."
> 3. Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.
> 4. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no Agravo em REsp 549.874, rel. Ministro Herman Benjamim, j. em 2.10.2014, DJe de 28.11.2014)

Permanecem arraigadas as exigências do artigo 143 da Lei 8.213/91 à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na medida em que os benefícios de valor mínimo pagos aos rurícolas em geral possuem disciplina própria, em que a carência independe de contribuições mensais, daí que obrigatória, mesmo de forma descontínua, a prova do efetivo exercício da atividade no campo.

Embora comportando temperamentos, via de regra, o abandono do posto de lavrador anteriormente ao implemento do requisito etário ou formulação do requerimento administrativo ou judicial, mormente quando contemporâneo ao emprego em atividade urbana do cônjuge que empresta à esposa requerente a qualidade de segurado, acaba inviabilizando por completo o deferimento da benesse postulada, de sorte que a alteração do entendimento manifestado majoritariamente no âmbito da Turma julgadora é de rigor.

Com efeito, "entender o contrário desvirtuaria completamente o caráter da aposentadoria em tela, destinada ao amparo dos trabalhadores rurais que permaneceram nas lides agrícolas até o momento próximo ao do implemento da idade. Por isso, não é possível a concessão de aposentadoria rural por idade quando não comprovado o desempenho de atividade rural no

período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, com base no artigo em foco, ou da formulação do requerimento na via administrativa"; conforme explicitado acima, "O Superior Tribunal de Justiça foi provocado para manifestar-se sobre a questão, em incidente de uniformização suscitado contra acórdão da Turma Nacional de Uniformização (art. 14, § 4º, da Lei nº 10.259/01). A alegação da parte autora era de que o entendimento do STJ inclinava-se no sentido de não ser necessário, para a aposentadoria por idade, que os requisitos fossem implementados simultaneamente. Entendeu a 3ª Seção do STJ que não é possível conjugar a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/03, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que pressupõem contribuição, com a regra em comento relativa ao trabalhador rural que permaneceu no campo" (Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 610-611).

Na esteira de todo o exposto, *in verbis*:

> EMENTA
> PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.
> - A atividade rural deve ser comprovada por meio de início razoável de prova material aliada à prova testemunhal.
> - A prova testemunhal produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
> - Atividade rural, mesmo que descontínua, não comprovada no período imediatamente anterior ao implemento etário ou requerimento da aposentadoria, enseja a negação do benefício vindicado. Inaplicabilidade do artigo 3º, §1º, da Lei 10.666/03.
> - Agravo legal a que se nega provimento.
> ACÓRDÃO
> Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
> São Paulo, 03 de novembro de 2014.
> THEREZINHA CAZERTA
> Desembargador Federal Relator
> (AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004205-38.2009.4.03.6111/SP)

> EMENTA
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. REQUISITOS.
> 1. À concessão da aposentadoria por idade ao rurícola, exige-se apenas dois requisitos: idade e comprovação da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento.
> 2. O conjunto probatório dos autos é insuficiente para comprovar o labor rural no período exigido em lei.
> 3. A dissociação prevista no § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/03 não se aplica à hipótese dos autos, por dirigir-se aos trabalhadores urbanos. Precedentes do STJ.
> 4. Agravo provido, para reformar a decisão. Apelação da autora desprovida.
> ACÓRDÃO
> Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
> São Paulo, 26 de setembro de 2011.

DALDICE SANTANA
Relatora para o acórdão
(AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018060-94.2008.4.03.9999/SP)

EMENTA
PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. INAPLICABILIDADE DA LEI 10.666/03.
1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.
2. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.
3. Esta 10ª Turma, seguindo a jurisprudência do E. STJ, adotou posicionamento no sentido de que o disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.666/03 traz regramento exclusivo à aposentadoria por idade urbana, não se aplicando ao caso dos autos, eis vez que, nos termos do § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 11.718/08, para fazer jus ao benefício 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 à carência exigida.
4. Agravo legal desprovido.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 05 de fevereiro de 2013.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal
(AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041344-29.2011.4.03.9999/SP)

Por fim, ementa e acórdão de julgados solucionando feitos em situação análoga à dos autos, na ocasião passada em que reunida a 3ª Seção:

EMENTA
EMBARGOS INFRINGENTES. *APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. DEMONSTRAÇÃO DA ATIVIDADE CAMPESINA. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. NÃO COMPROVAÇÃO.* PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.
I - Os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo em número de meses idêntico à carência do referido benefício.
II - Na CTPS do autor, corroborada pelo extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais CNIS, encontra-se registro no cargo de operário, no período de 01/05/86 a 12/3/97, a esmorecer o conjunto probatório destinado à comprovação da faina campestre.
III - Considerando-se que as provas exibidas não constituem um conjunto harmônico de molde a colmatar a convicção deste juiz no sentido de que o requerente tenha exercido atividades no campo no período exigido em lei, é de se indeferir a aposentadoria pretendida.
IV - Embargos infringentes 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, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Relator que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votaram os Desembargadores Federais Daldice Santana, Fausto de Sanctis, Tânia Marangoni, Souza Ribeiro, Gilberto Jordan e as Juízas Federais Convocadas Marisa Cucio e Denise Avelar, vencidos os Desembargadores Federais Sérgio Nascimento, Lúcia Ursaia, Toru Yamamoto, Baptista Pereira e o Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, que lhe negavam provimento.
São Paulo, 23 de abril de 2015.
Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator
(Embargos Infringentes 0007916-85.2013.4.03.9999/SP, ainda pendente de publicação)

EMENTA
PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR CONFUNDE-SE COM O MÉRITO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. DOCUMENTO NOVO. NÃO CONFIGURADO. FALSIDADE. OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SUBJACENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
1. A preliminar de carência da ação, em razão do alegado caráter recursal pretendido pela autora ao ajuizar a ação rescisória, por tangenciar o mérito, com ele será analisada.
2. O documento novo (art. 485, VII, do CPC) apto a autorizar o manejo da ação limita-se àquele que, apesar de existente no curso da ação originária, era ignorado pela parte ou, sem culpa do interessado, não pode ser utilizado no momento processual adequado, seja porque, por exemplo, havia sido furtado, seja porque se encontrava em lugar inacessível. Igualmente, deve o documento referir-se a fatos alegados no processo original e estar apto a assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento favorável.
3. Em se tratando de rurícola adota-se a solução pro misero, a possibilitar o aceite, como novos, de documentos que, em tese, sabia-se de sua existência antes do ajuizamento da ação ou durante o seu curso.
4. O "documento novo" trazido à colação, para fundamentar o pleito desta ação, consiste no extrato do CNIS emitido em 25/7/2012, após a correção dos vínculos empregatícios.
5. Convém destacar, de pronto, a impossibilidade de admiti-lo como documento novo, por referir-se às alterações promovidas no banco de dados da autarquia, a pedido da autora, em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (7/12/2010), conforme se colhe do CNIS emitido em 13/12/2010, sem a correção requerida (fl. 115/116).
6. No caso em questão, pois, não se faz presente a figura de documento novo, prevista na lei processual, a ensejar a rescisão do julgado.
7. A pretensão deduzida, contudo, não se limita a esse aspecto; funda-se, também, em prova falsa.
8. A rescisão do julgado com fulcro no art. 485, VI, do CPC não demanda apuração exclusiva da falsidade da prova em sede criminal. Precedentes da E. Terceira Seção desta Corte.
9. A r. sentença julgou improcedente o pedido, à vista do extenso período de atividade urbana da autora.
10. Nesta rescisória, a autora trouxe, em tempo, elementos - notadamente, novo extrato do CNIS/DATAPREV - que comprovam não serem verídicas as informações constantes no documento anterior apresentado pelo INSS.
11. Colhe-se do novo extrato, apresentado pela autora, a exclusão dos vínculos empregatícios relativos ao período de 12/6/1992 a 15/4/1999.
12. Consoante o artigo 29-A, §2º, da Lei nº 8.213/91, "o segurado poderá solicitar, a qualquer momento, a inclusão, exclusão ou retificação de informações constantes do CNIS, com a apresentação de documentos comprobatórios dos dados divergentes, conforme critérios definidos pelo INSS".
13. Demonstrada a falsidade ideológica apontada, o nexo de causalidade entre a prova falsa e

o julgado rescindendo é incontroverso, autorizando-se a desconstituição do julgado.
14. Em juízo rescisório, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de aposentadoria por idade à trabalhadora rural.
15. O Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que somente a partir da vigência da Lei nº 8.213/91 os trabalhadores rurais passaram a ter direito à aposentadoria por idade nos termos previstos na CF/88. Sob esse aspecto, não há como falar em preenchimento dos requisitos para a percepção do benefício em 1989, uma vez que a autora, nascida em 2/9/1934, contava idade insuficiente, nos moldes da legislação então vigente.
16. Por outro lado, indevida é a concessão do benefício nos termos da atual legislação previdenciária, pois, na vigência da Lei nº 8.213/91, a autora não mais exercia atividades laborativas (desde 1980, segundo a petição inicial e a prova testemunhal).
17. Consoante orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça, a pretensão da parte autora não poderia ser acolhida com fundamento na Lei nº 10.666/2003.
18. Registre-se, ainda, a fragilidade da prova documental.
19. Joeirado o conjunto probatório, não restou comprovada a faina rural no período exigido em lei.
20. Matéria Preliminar rejeitada. Procedente a ação rescisória. Improcedente o pedido na ação subjacente.
21. Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários dos respectivos patronos.
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, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, julgar procedente o pedido formulado nesta ação rescisória, para rescindir a r. sentença proferida, nos termos do inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil, e, em juízo rescisório, por maioria, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 23 de abril de 2015.
DALDICE SANTANA
Desembargadora Federal
(AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0020212-03.2012.4.03.0000/SP, ainda pendente de publicação)

Posto isso, dou provimento aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto da lavra do Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, que dava provimento ao agravo legal do INSS para reconhecer a improcedência do pedido formulado, revogando-se a tutela específica concedida no bojo do pronunciamento monocrático do Relator no âmbito da Turma julgadora.

Por se tratar de beneficiária da assistência judiciária gratuita, deixa-se de condenar a embargada ao pagamento da verba honorária e custas processuais.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA
0019844-57.2013.4.03.0000
(2013.03.00.019844-8)

Impetrante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE NOVA ODESSA - SP
Interessados: MARIA DAS DORES ALVES, HELTON CARVALHO PINTO E ANGELA CARVALHO PINTO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: MS 346598
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DO INSS CONTRA ATO JUDICIAL DE JUÍZO ESTADUAL DETERMINATIVO DE PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE EM PROCESSO PARA RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, DO QUAL NÃO FOI PARTE.
- A autarquia federal não se insurge contra o que se poderia denominar de requerimento principal, isto é, reconhecimento da união estável entre o casal.
- A irresignação dirige-se contra a determinação judicial concernente à antecipação da tutela para obtenção de pensão por morte.
- Cabível na espécie o *mandamus*. Terceiro prejudicado que não participou da lide originária. Opção de escolher a via mais apropriada para tentar fazer valer seu direito.
- Imprópria incursão pela Justiça Estadual, em hipótese circunscrita à declaração de união estável, de forma a impor ao Instituto Nacional do Seguro Social obrigação de pagar pensão por morte à companheira do *de cujus*.
- À Justiça Estadual não é conferida competência para deliberar sobre demandas desse jaez, ressalvada a delegação observável do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que, no entanto, desconformasse com o caso dos autos.
- O deferimento de benesse previdenciária obedece normatização específica (Lei 8.213/91 - Leis dos Benefícios da Previdência Social), circunstância diversa da versada no processo primitivo, cuja pretensão consubstanciou-se no reconhecimento de união estável, direito personalíssimo.
- Facultado à parte postular pensão por morte na esfera da Administração, a quem caberá examinar se satisfeitos os quesitos que lhe são intrínsecos, nos termos do regramento de regência da espécie.
- Segurança, em parte, concedida. Anulada a determinação para inclusão da parte autora da ação ordinária como beneficiária de pensão por morte, sem prejuízo de eventual requerimento da benesse no âmbito administrativo. Sem efeito parte da decisão proferida no presente *mandamus*, permissiva do recebimento da pensão em voga por Maria das Dores Alves. Custas *ex vi legis*.

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, conceder, em parte,

a segurança, a fim de anular a determinação para inclusão da parte autora como beneficiária de pensão por morte, sem prejuízo de eventual requerimento da benesse no âmbito administrativo, tornando-se sem efeito a parte da decisão de fls. 68-71, permissiva do recebimento de pensão por morte por parte de Maria das Dores Alves, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de setembro de 2015.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de mandado de segurança do INSS (de 13.08.2013), com pedido de liminar, contra ato imputado coator do Juízo de Direito da Comarca de Nova Odessa, São Paulo.

Refere, em resumo, que:

> (...)
> Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (...) vem à presença de Vossa Excelência, no prazo legal, impetrar o presente
> MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO URGENTE DE LIMINAR
> contra ato coator do(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Juiz(a) de Direito da Comarca de Nova Odessa, proferido em 26/06/2013 e comunicado ao membro da AGU por carga dos autos em 30/07/2013, com as razões que seguem abaixo, para o seu processamento e julgamento.
> (...)
> I - Do Cabimento, Competência e Tempestividade
> Cuida o presente writ de inconformismo contra decisão que, em processo para reconhecimento de União Estável, determinou o pagamento de pensão por morte pelo INSS. Note-se que o INSS não é parte da causa.
> De fato, apesar do INSS não compor a lide, foi proferida decisão determinando o pagamento de pensão por morte à Sra. Maria das Dores Alves, em decorrência do falecimento de Tarcilo Carvalho Pinto (suposto companheiro).
> Assim, tendo em vista que o INSS NÃO É PARTE NA AÇÃO ORIGINÁRIA, fica demonstrado o cabimento do presente mandado de segurança para impugnação da decisão, conforme jurisprudência dominante:
> (...)
> II - Dos Fatos
> (...)
> Conforme se verifica da exordial, trata-se de ação declaratória com pedido de reconhecimento de União estável entre Maria das Dores Alves e os herdeiros do falecido Tarcilo Carvalho Pinto.
> O INSS, apesar de não ser parte no feito, foi condenado ao pagamento de pensão por morte.
> Ocorre que, como será demonstrado, não há fundamento jurídico para manutenção da decisão, no que tange à obrigação do INSS implantar o benefício de pensão por morte.
> III - Do Mérito
> A Constituição Federal assegura que ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (Art. 5º, LIX) e o Código de Processo Civil preleciona que as decisões judiciais não atingem terceiros alheios à relação processual (Art. 472).
> Ocorre que, o INSS não foi parte na demanda originária, não podendo sofrer os efeitos de uma sentença oriunda de processo sem a sua participação, ferindo os mais comezinhos princípios de um Estado Democrático e Constitucional de Direito (processo kafkaniano).
> Vale frisar novamente que a Autora propôs demanda em face dos herdeiros do suposto com-

panheiro, sendo que não houve contestação.
Assim, sem maiores resistências, obviamente, a Autora, POR VIA TRANSVERSA, conseguiu o seu intento, qual seja, ser beneficiária de pensão por morte deixada pelo falecido (suposto companheiro).
Resumindo a demanda, para aflição de qualquer processualista, a autora ingressou com ação judicial em face de herdeiros, não houve contestação, e o INSS, que não foi parte no processo, é condenado a conceder à Autora o benefício de pensão por morte !!!!!!!!! (sic)
Como não foi o INSS parte na lide, não está abarcado pela autoridade da coisa julgada material, ou seja, os limites subjetivos da coisa julgada material não o alcançam.
(...)
No caso, o INSS recebeu ordem para reconhecer os efeitos de sentença de união estável sem que fosse parte no processo e sem a possibilidade do exercício de ampla defesa com todos os meios e recurso (sic) a ela inerentes, independentemente de qualquer prévio requerimento administrativo, o que não é juridicamente viável.
(...)
Houve clara violação ao postulado do devido processo legal na espécie, uma vez que o MM. Juiz Singular descumpriu todas as regras processuais para que fosse determinada a implantação do benefício em questão, pois para expedir uma ordem judicial para o INSS fazer ou deixar de fazer algo é imperioso que a autarquia previdenciária seja parte no feito, tendo o D. Juízo "a quo" extrapolado em muito os limites de subjetivos (sic) do processo.
Atenta contra um processo legal e pautado na boa-fé, baseado nos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, a decisão proferida pelo Juízo Singular, cabendo destacar que o STF entende que decorre diretamente da Constituição a noção de um processo justo (fair trial), cabendo mencionar o entendimento daquela corte na espécie, *verbis*:
(...)
Fica demonstrada, pelo exposto, a flagrante arbitrariedade da ordem emanada pelo D. Juízo Singular, agredindo numa penada diversos princípios constitucionais, devendo ser anulada/reformada.
(...)
Não obstante as irregularidades acima apontadas, se a Autora de fato fizesse jus ao benefício de pensão por morte em virtude do falecimento do segurado, por certo o INSS teria concedido o benefício, mesmo não sendo parte no processo.
A despeito disto, fato é que a Autora não demonstrou cumprir os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, isso porque, repita-se, não há prova documental da suposta união estável.
(...)
Assim, não obstante estar expressamente prevista na lei a presunção de dependência econômica dos companheiros, estes devem, sim, fazer prova da união estável, quando da morte de um deles, para que lhe seja concedido o benefício de pensão por morte.
A prova da dependência econômica, portanto, é "presumida" quando reconhecida a união estável.
(...)
Todavia, não há nos autos nenhuma prova da existência de união estável entre a Autora e o falecido.
(...)
V - Dos Pedidos
Face ao exposto, requer o impetrante que seja concedida liminar para suspender a execução da decisão atacada (determinando a cessação do benefício, caso tenha sido reestabelecido) (sic), pelos relevantes fundamentos jurídicos acima esposados e em atenção ao perigo da demora do provimento jurisdicional definitivo.
Ao final, roga que a liminar seja confirmada em decisão de mérito, concedendo-se a segurança, a fim de que se reforme o ato judicial impugnado, para afastar a qualquer obrigação do INSS

atinente à implantação de pensão por morte.
Requer a notificação da Digna Autoridade Impetrada, para, querendo, prestar no prazo de lei as informações que julgar necessárias, juntando a prova documental cabível, bem como a intimação do Representante do Ministério Público, para atuar como fiscal da Lei.
Requer ainda a citação de Maria das Dores Alves (...), para manifestar-se no feito como parte interessada, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.
Para a mesma finalidade (manifestação como parte interessada), requer-se a citação de Helton Carvalho Pinto (...) e Angela Carvalho Pinto [filhos de Maria das Dores Alves, ele nascido aos 16.06.1986 e ela aos 05.08.1991, fls. 114-115].
(...).

Documentos (fls. 17-51).

Decisão do então Relator, no sentido do descabimento do *mandamus* (fls. 53-54):

(...)
A teor do Súmula nº 267 do E. Supremo Tribunal Federal: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".
(...)
No tocante ao entendimento jurisprudencial que admite o cabimento do writ na hipótese de decisão teratológica, trata-se de situação excepcionalíssima, entendida como "decisão absurda, impossível juridicamente" (in: STJ, AgRg no MS nº 10252/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julg. 03.08.2005, DJ 26.09.2005).
Todavia, não é o que ocorre nos presentes autos, uma vez que a decisão atacada, embora contrária à tese sustentada pelo impetrante, encontra-se devidamente fundamentada na Lei Processual Civil.
Ante o exposto, *nego seguimento ao presente writ*, com fulcro no art. 10 da Lei nº 12.016/2009 e no art. 33, XIII, c/c art. 191, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
(...).

Agravo Instituto contra o ato judicial adrede (fls. 57-66).

Reconsideração parcial da provisão em voga (fls. 68-71):

(...)
Ante o exposto, reconsidero parcialmente a decisão de fls. 53-54, para fins de processar o presente *mandamus*, entretanto, por hora, sem cessação da pensão por morte concedida na demanda primeva.
Ciência desta decisão à autoridade impetrada, com a urgência que o caso requer.
Notifique-se-a, outrossim, para prestar informações, nos termos do art. 7º, inc. I, da Lei 12.016/09.
Citem-se Maria das Dores Alves, Helton Carvalho Pinto e Angela Carvalho Pinto.
(...).

Informações da Autoridade impetrada (fls. 76-76 verso)

(...)
No atendimento da solicitação, cumpre-me informar que foi ajuizado por MARIA DAS DORES ALVES pedido de reconhecimento de união estável post mortem em face de TARCÍLIO CARVALHO PINTO. A autora alegou que era separada judicialmente do de cujus, porém retornaram o relacionamento após poucos meses de separação e o mantiveram até o falecimento de Tarcílio. Alegou que, não obstante as provas documentais o INSS não reconheceu a união

estável e negou a concessão do benefício de pensão por morte.
Os filhos do de cujus manifestaram concordância com o pedido o qual foi julgado procedente, motivo pelo qual foi expedido ofício ao INSS, em 1º de julho de 2013, para determinar a implantação do benefício de pensão por morte em favor da requerente.
O INSS comunicou o cumprimento da obrigação em 11 de setembro de 2013.
A sentença proferida transitou em julgado em 18 de julho de 2013.
Eis as informações que me cumpria prestar, colocando-me à disposição de Vossa Excelência para fornecer quaisquer outras que se fizerem necessárias, pelo que aproveito a oportunidade para externar protestos de elevada estima e consideração.

Manifestação de Maria das Dores Alves, Angela Carvalho Pinto e Helton Carvalho Pinto (fls. 109-111):

(...)
Com relação ao Mandado de Segurança o impetrante usou a ferramenta inadequada para impugnar a decisão do magistrado, sendo certa a decisão que nega o seguimento do presente writ, com as devidas fundamentações que já constam dos autos.
Desta forma, pleiteia a improcedência do presente Mandado de Segurança, requerendo a manutenção da obrigação do INSS em pagar a pensão por Morte, requerendo ainda o deferimento para pagamento dos valores atrasados, qual seja, desde o falecimento do *de cujus*.

Parquet Federal (fls. 124-126):

(...)
O presente mandado de segurança é tempestivo, haja vista que atendido, em sua plenitude, o elencado no art. 23 da Lei nº 12.016/2009, o qual prevê prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração, contados do instante em que o ato impugnado tenha aptidão para violar direito líquido e certo do impetrante.
Prossigamos.
O Mandado de Segurança é um remédio constitucional previsto com a função de proteger um direito líquido e certo, o qual é entendido como uma condição da ação de segurança, encontra-se consolidado no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna:
(...)
No caso em testilha, o *mandamus* foi impetrado em 13.8.2013 contra decisão judicial que determinou ao INSS a implantação de pagamento de pensão por morte em favor de Maria das Dores Alves. A ação de reconhecimento de paternidade post mortem foi ajuizada em face de Tarcílio Carvalho Pinto no Juízo de Direito da Comarca de Nova Odessa/SP e foi julgada procedente em 26.6.2013 (fls. 46/47). Foi expedido o Ofício ao INSS em 1.7.2013 para determinar a implantação do benefício de pensão por morte em favor da requerente. A ação transitou em julgado em 18.7.2013, conforme informações prestadas pelo juízo de primeiro grau (fls. 76/76v.).
De fato, a impetração do presente mandado de segurança contrariou o disposto nos incisos II e III, do artigo 5º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), expresso ao vedar o manejo desse remédio constitucional em face de decisão judicial de que caiba recurso ou mesmo de decisão judicial transitada em julgado. Assim a redação do dispositivo legal:
"Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
III - de decisão judicial transitada em julgado."
Ademais, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o seu entendimento por meio da Súmula

> 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.
> (...)
> No caso dos autos, o INSS, que não foi parte na ação de reconhecimento de paternidade, ao tomar conhecimento da liminar para implantar o benefício de pensão por morte na data de 1.07.2013, deveria utilizar-se do recurso cabível, no caso o agravo de instrumento no prazo em dobro, ou seja, tinha até o dia 22.07.2013 para ingressar com o recurso cabível na condição de terceiro prejudicado (art. 499, §1º do CPC) e não o fez.
> Mas não é só. O feito originário transitou em julgado em 18.07.2013 e o INSS interpôs o presente mandado de segurança somente em 13.8.2013.
> O *writ*, portanto, não apresenta a mínima condição de prosperar.
> Importante frisar que o INSS ainda tem a sua disposição a possibilidade de ingressar com ação rescisória (art. 487, inciso II, CPC), uma vez que o prazo decadencial de dois anos ocorrerá somente em 18.7.2015.
> Destarte, trata-se de inadequação da via eleita, razão pela qual o presente writ deve ser extinto sem redução (sic) de mérito, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato dito coator do Juízo de Direito da Comarca de Nova Odessa, São Paulo.

A princípio, com fulcro no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal e no art. 1º da Lei 1.060/50, defiro o pedido de Justiça gratuita formulado às fls. 109.

INTRODUÇÃO

Maria das Dores Alves moveu ação ordinária, proc. 2.148/12, cujo trâmite deu-se no Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Nova Odessa, São Paulo, para "RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM* c.c TUTELA ANTECIPADA", contra Tarcílio Carvalho Pinto.

A título de desdobramento da circunstância em voga, postulou percebimento de pensão por morte.

A sentença, de 26.06.2013, de seu turno, acabou por se subdividir em duas prestações judiciais estanques, uma direcionada à solução do pedido de concessão de medida antecipatória, *v. g.*, imediato percebimento da pensão em epígrafe, com cunho eminentemente de direito previdenciário, e outra, orientada à admissão da existência ou não de união estável entre a promovente e o *de cujus*, com natureza de Direito Civil, *in litteris*:

> Vistos.
> O pedido de tutela antecipada na verdade abarca pedido de liminar, pois não se refere ao pedido principal da ação, mas a pedido acessório. Assim, em análise ao pedido liminar e ante os documentos trazidos aos autos, em especial de fls. 10/11, bem como a manifestação dos filhos e herdeiros do falecido a fls. 24/25, DEFIRO a liminar para determinar ao INSS o pagamento de pensão por morte de TACILIO CARVALHO PINTO em favor da requerente. OFICIE-SE.
> No mais, passo a relatar e decidir.
> MARIA DAS DORES ALVES, qualificada nos autos ingressou com pedido de RECONHE-

> CIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM C.C. TUTELA ANTECIPADA em face de TARCILIO CARVALHO PINTO, também qualificado, alegando em síntese que foi casada com o requerido e separaram-se judicialmente, entretanto, retornaram a convivência, sem casarem-se novamente. O requerido faleceu e a autora não conseguiu habilitar-se perante o INSS para recebimento da pensão por morte em razão da separação judicial. *Requereu em tutela antecipada o recebimento da pensão por morte e a final, o reconhecimento de união estável entre as partes, desde 2002 até a morte do requerido. A tutela antecipada, analisada como pedido liminar para recebimento de pensão por morte foi deferida*.
> Os filhos do casal manifestaram-se a fls. 24/25 confirmando os fatos narrados na inicial e, ainda, que todos viveram na mesma casa até a morte do requerido.
> É O RELATÓRIO. DECIDO.
> De acordo com o artigo 1.723 do Código Civil, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, cabendo, ao juiz a análise, em cada caso específico, de sua caracterização ou não.
> No caso em questão, há provas robustas no sentido da existência da união estável entre a autora e o de cujus. As partes estavam separadas judicialmente, assim, estava dissolvido o vínculo matrimonial entre elas, entretanto, comprova-se a continuação da convivência como entidade familiar, em especial pelos documentos de fls. 10/11 e declarações de fls. 24/25.
> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para reconhecer a união estável existente entre MARIA DAS DORES ALVES e TARCILIO CARVALHO PINTO desde o ano de 2002 até o falecimento do requerido.
> Arbitro honorários ao advogado de fls. 07 no valor máximo da tabela.
> Transitada em julgado, expeça-se certidão de honorários e arquivem-se.
> P.R.I.C. (g. n.)

INTRODUÇÃO: OBJETO DE IRRESIGNAÇÃO NO *WRIT*

A autarquia federal não se insurge contra o que, por semelhança, tal como interpretado pelo Juízo *a quo*, poder-se-ia denominar de requerimento principal, isto é, e de conformidade com a exordial da demanda originária, *reconhecimento da união estável entre o casal*.

Sua irresignação dirige-se contra a determinação judicial, uma vez mais por similitude, *secundária*, concernente à antecipação da tutela para obtenção de pensão por morte.

DO PARECER DO *PARQUET* FEDERAL

Esclarecido o ponto, sobre a argumentação tecida pelo Ministério Público Federal, valho-me, para desacolhê-la, do percuciente voto da eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, *in litteris*:

> A Senhora Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Em julgamento mandado de segurança contra ato praticado pelo Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Araraquara/SP que, após acolher pleito de emancipação formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em favor de Gabriela de Carvalho Lopes, ordenou ao ente autárquico que prosseguisse realizando os depósitos correspondentes à pensão por morte percebida até então, privando-o de interromper o pagamento do benefício em tela.
> Por oportuno, repise-se, de saída, considerando o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 116.832/SP, de que cumpre a esta Corte Regional a análise meritória da impetração, encontrar-se superada a questão competencial, objeto de argüição na manifestação defensiva em nome da emancipada que acabou orientando o julgamento na primeira ocasião em que apreciado o presente feito no âmbito da 3ª Seção.
> Destaque-se, outrossim, contrariamente à alegação aposta igualmente na contestação ofertada pela Promotoria de Justiça em prol da referida litisconsorte, de "Não Cabimento do *Mandamus*,

sob o argumento de que "o INSS foi intimado da decisão e dela poderia, sim, ter interposto recurso" (fl. 104), a viabilidade deste mandado de segurança, lobrigado interesse de terceiro prejudicado que não integrou a lide originária.

Quando integrava a Segunda Seção da Corte, no julgamento em 19.10.1999 do Mandado de Segurança nº 185.827, registro nº 98.03.073238-2, proferi voto-vista a respeito da adequação da via mandamental em situações como a aqui retratada, que faço transcrever, no ponto pertinente:

... não é parte na ação ajuizada no primeiro grau (fl. 21). Teve decisão interlocutória - ato judicial -, segundo diz, violador de direito líquido e certo que lhe pertence. Terceiro interessado e prejudicado na lide de primeiro grau, tanto poderia recorrer pelo agravo de instrumento, fazendo valer o artigo 499, §1º, do CPC, como impetrar o mandado de segurança.

Vale dizer, para mim, não se sustenta a argumentação de que, após a Lei nº 9.139/95, cabível apenas o agravo de instrumento.

A hipótese é daquelas em que não se pode impor ao terceiro prejudicado que recorra. Tem ele mera faculdade, pode ou não optar pela via do agravo de instrumento, provando, aí, seu interesse jurídico na relação.

Com efeito, situações distintas envolvem a parte e o terceiro que se considera prejudicado. Distintas a ponto de percorrerem caminhos dessemelhantes.

A parte, no mais das vezes, deve seguir a marcha processual determinada. Tem deveres próprios que não se confundem com o interesse do terceiro, submete-se a princípios que o terceiro não necessita observar.

Destarte, de decisão interlocutória tem o agravo de instrumento, de sentença cabível a apelação; o terceiro prejudicado, é fato, também dispõe dos mesmos recursos. Mas pode escolher o mandado de segurança.

Não se trata, no caso, de fazer do mandado de segurança substitutivo do recurso cabível. Isso vale para a parte, que hoje tem o agravo de instrumento com efeito suspensivo. O terceiro pode optar pelo meio que considere mais apropriado para atingir seu objetivo.

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco bem diferencia parte e terceiro:

"Esses raciocínios conduzem a um conceito negativo e puramente processual de terceiro, em simétrica oposição ao de parte: "São terceiros todas as pessoas que não sejam parte no processo, ou seja, em determinado processo concretamente considerado". No dizer de abalizada doutrina, "todos aqueles que não sejam partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros". Enquanto terceiro, a pessoa não realiza atos no processo e não é titular de poderes, faculdades, ônus, etc., que caracterizam a relação processual (não é "sujeito dos atos processuais"). E, porque não participa da preparação do julgamento que virá, não é lícito estender-lhe os efeitos diretos da sentença (ele não é "sujeito dos efeitos processuais"). Nesse sentido é que, apresentado o terceiro como a refração especular da imagem da parte, em princípio nega-se que a ele se possam estender os efeitos diretos da sentença de mérito e afasta-se sua submissão ao vínculo da coisa julgada material."

Logo, se assim é, não adstrito à relação processual, à res judicata inter alios, nada o obriga a utilizar as vias recursais colocadas à disposição das partes.

Outro ponto merece destaque, o de se mencionar a Súmula nº 202 do Superior Tribunal de Justiça.

Embora seu enunciado esteja a admitir a impetração de mandado de segurança por terceiro, contra ato judicial, e conceitos possam ser aproveitados, toda a discussão, conforme observei dos precedentes que originaram o comando do Superior Tribunal de Justiça, não levou em conta a Lei nº 9.139/95.

Discutiu-se clássica questão: se a parte, para o mandado de segurança, deveria interpor o recurso cabível, qual a posição do terceiro prejudicado? E concluiu-se pela desnecessidade do recurso; quer dizer, o terceiro poderia ajuizar o mandado de segurança sem que fosse ele considerado sucedâneo recursal.

Aqui a questão não é essa. Importa saber se o mandado de segurança deve ser conhecido em

confronto com o agravo de instrumento, hoje com efeito suspensivo, que também serviria ao terceiro.
Como já afirmei: a hipótese confere faculdade ao terceiro de utilizar os recursos oferecidos às partes. Faculdade e não obrigação.
Vou valer-me da doutrina de Hely Lopes Meirelles, com remissões a julgados do Supremo Tribunal Federal:
"TERCEIRO PREJUDICADO - O terceiro prejudicado por decisão em mandado de segurança para o qual não foi citado pode recorrer do julgado no prazo de que dispõem as partes como, também, pode utilizar-se do *mandamus* para impedir lesão a direito seu, líquido e certo, mesmo que a sentença ou o acórdão admita recurso ao seu alcance."
E do alentado parecer do professor Arnoldo Wald, "Cabimento de mandado de segurança contra ato judicial quando impetrado por terceiro que não foi parte no feito", publicado na RT 517/31:
"24. Por sua vez, o Prof. Celso Neves demonstra como o terceiro não tem a obrigação de apelar, pois nada pediu no feito. Afirma o eminente processualista no parecer que deu ao impetrante que:
Ação encurtada, pela supressão do duplo grau, o recurso de terceiro prejudicado não impede a escolha de tutela jurisdicional mais adequada às circunstâncias, caso a caso. Por isso, a opção do terceiro é livre; ou defende o seu direito por ação própria, sem empeços da coisa julgada *inter alios;* ou recorre, como terceiro, embora não esteja jungido a fazê-lo, porque estranho à relação processual e a salvo de seu eventos; ou, sendo caso de ato ilegal ou abusivo, impetra mandado de segurança, quando existentes os pressupostos dessa ação excepcional.
A regra do art. 5º, nº II, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, não constitui obstáculo a nenhuma dessas opções. O que aí se veda é o mandado de segurança como sucedâneo de ônus recursal ou correcional que só às partes concerne, quando sejam essas as vias de reexame. O recurso ao qual aí se alude é o que obsta os efeitos da decisão ilegal ou abusiva relativamente à parte, com o caráter de ônus imposto a quem não se disponha a aceitar a prestação jurisdicional ofertada. O terceiro - esse não tem ônus de recorrer para não aceitar prestação jurisdicional que a ele não se dirige; porque terceiro não está obrigado a aceitar o que não pediu.
25. O caráter facultativo da apelação de terceiro prejudicado é assinalado tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência tanto no Brasil, como no exterior, constituindo matéria mansa e pacífica.
26. Assim, na sua monografia intitulada Da intervenção de terceiro, Mário de Assis Moura expõe, a respeito, o seguinte: "Pelo exposto e pelo que já foi desenvolvido no Livro I, Capítulo I, págs. 11 a 14, desta obra, facultam as leis, não só a intervenção de terceiros no curso da lide, ou quando chamados à autoria, ou quando voluntariamente assumem posições de defesa de seus direitos, como também o direito de recorrer das decisões que os possam prejudicar. A faculdade remonta ao Direito Romano e mantém-se na lição dos tratadistas e nas leis da maioria dos países cultos, como se vê em seguida: alios condemnato, *is cujus interest appellare potest* (Macer, Fr. 4, § 2º de app. recip. XLII 5).
No Corpus Juris se preceitua a faculdade da apelação ao terceiro prejudicado, ainda que o condenado não apele (*Corpus Juris Civilis, cum notis int.*. Dion. Gothofredi, ed. 1830, tomo 3º/713, nota 12).
... et propter istud aliquale prejudicium, conceditur illis cujus interest ut ab ea possit appelare, etc. (Scaccia, ob. cit., pág. 539).
et placuit quamvis alio condemnato, nom minus eo quoque cujus interest, appellare posse (Donneau, "De jure Civilli", Livro 28, capítulo 6, nº 12).
Na França e na Bélgica, o art. 474 do CC, dispõe: une parte peut former tièrce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits etc."
O Código de Processo Civil holandês preceitua o mesmo no art. 376: "une partie peut former tièrce opposition à un jugement qui prèjudicie à ses droits etc.
O Código de Processo italiano identicamente faculta o recurso, no art. 510:Un terzo può fare

opposione alla sentença, pronunziata tra altre persone, quando pregiudichi i sui diritti" (São Paulo, Saraiva, 1932, pág. 386).

Invocando a lição de Carnelutti, Odilon de Andrade insiste neste caráter facultativo da apelação do terceiro prejudicado, nos seguintes termos: "Como diz Carnelutti, 'la impugnazione non é dunque un mezzo, del quale egli (o terceiro) deve necessariamente servisi per la tutela del suo interesse, sibbene un mezzo, in virtù del quale tale tutela ottiene in modo più razionale mediante la modificazione di quella sentenza che, per quanto non lo vincoli, contrasta il riconoscimento del suo diritto'.

O terceiro pode recorrer, embora a sentença nenhuma eficácia tenha contra ele. A faculdade de apelação concedida pela lei ao terceiro é fundada simplesmente no princípio de economia processual de evitar novas demandas, acarretando despesas e incômodo às partes e desperdício de tempo aos juízes" (Odilon de Andrade, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IX/144, Rio, Forense, 1946).

Finalmente, esse caráter facultativo da apelação de terceiro prejudicado, com a possibilidade para o terceiro de optar por qualquer outra via processual que lhe pareça mais eficiente ou mais rápida, é reconhecida por toda a doutrina, conforme se verifica pelas lições de Pontes de Miranda ("Comentários ao Código de Processo Civil", 2ª ed., Rio, Forense, 1960, tomo IX/85, *in fine*); Pedro Palmeira ("Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos - Da oposição", Recife, 1954, pág. 127); José Frederico Marques ("Instituições de direito Processual Civil", Rio, Forense, 1960, vol. IV/84) e Enrico Tullio Liebman ("Eficácia e Autoridade da Sentença", Rio, Forense, 1945, pág. 111, nota e "in fine").

Não discrepa, de tal entendimento, toda a doutrina estrangeira, desde Merlin ("Repertoire", verbete Opposition, § 3º, nº VI) até Chiovenda ("Instituições de Direito Processual", 2ª ed. brasileira, traduzida da 2ª ed. Italiana, São Paulo, Saraiva, 1965, vol. III/285)."

Ementa de acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Cunha Peixoto, nos idos de 1977, tem a seguinte redação, ratificando a tese defendida no parecer:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração por terceiro prejudicado visando à cassação de decisão recorrível - Possibilidade - Não incidência, no caso, do art. 5º, nº II, da Lei nº 1.533, de 1951, e Súmula nº 267 - Precedente do STF - Recurso extraordinário não conhecido.

Não sendo parte no feito, pode o terceiro prejudicado fazer uso do mandado de segurança para impedir lesão a direito seu, líquido e certo, provocada por decisão judicial, mesmo quando seja esta passível de recurso.

Recurso extraordinário nº 81.983 - SP - Pleno - Recorrente: José Mofarrej - Recorridos: Abrahão Nicolau Beyrouti e outra".

Também, mais recentemente, já na vigência das alterações impostas ao agravo de instrumento, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem aplicável à espécie. É elucidativa a ementa do acórdão da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, *verbis*:

"PROCESSUAL. SENTENÇA QUE DECLARA INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO DE PESSOAS ALHEIAS À RELAÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE. INEFICÁCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO. PENDÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO.

I - Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II - É lícito ao terceiro prejudicado requerer Mandado de Segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.

III - É nula e ineficaz, por ofender os arts. 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.

IV - A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra Mandado de Segurança em favor de terceiro prejudicado".

Ainda, não é demais citar trecho do voto do Ministro Waldemar Zveiter no RMS nº 1.983-4/

SP, julgado em 8 de novembro de 1993. São suas palavras:
"Assim, no que em verdade interessa, como objeto de sua conclusão, o Acórdão recorrido desenvolve tese jurídica estabelecendo, na exegese do art. 499 do estatuto processual, que o terceiro prejudicado, estranho à lide entre partes contendentes, está adstrito a interpor, contra decisão que, via indireta, fira seus interesses, os recursos regulares.
Tal tema, porém, tanto em jurisprudência como em doutrina, é polêmico, sendo mais consentâneo com a natureza instrumental do processo o ensinamento que vê, no emprego da medida, uma faculdade.
Seabra Fagundes, com apoio em Odilon de Andrade, (O Mandado de Segurança e o Recurso de Terceiro Prejudicado, Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, nº 18, maio-dezembro, 1973), ministra que (fls. 32/33):
... Se o recurso oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual, é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os recursos previstos nas leis processuais, que uma vez existentes tornam descabida a impetração de segurança. Emprestar-lhe este efeito será privar o terceiro, totalmente descomprometido com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse. Será impor-lhe o uso de remédio processual que, a seu juízo, pode não se afigurar o melhor para a defesa do seu direito, seja pela inferioridade, quanto à prova e ao debate, em que se situe frente ao autor e ao réu na ação, seja por lentidão no desate da controvérsia, seja, enfim, por motivos outros vinculados ao seu interesse em espécie.
Essa interpretação colhida do contexto do código anterior remanesce válida para o enfoque do aspecto, à luz da vigente norma processual."
Quero aduzir, ainda, que a impetrante não fez uso do agravo de instrumento, trazendo sua irresignação pelo mandado de segurança. Não percorreu caminho processual duplo, não veio impugnar o mesmo ato judicial cumulativamente. Obedeceu ao devido processo legal, mais ainda quando respeitou o princípio do juiz natural, sem tentar escolher o juiz certo.
Também não me sensibiliza argumento que leve a dizer que a impetrante, na verdade, teria qualidade de parte, daí que poderia valer-se apenas do agravo de instrumento.
Nada obstante o grau de intensidade, seu interesse na lide de origem, não é isso que decerto importa.
Deveras, no dizer de Liebman, citado por Dinamarco, "todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros". Terceiro, pois, é aquele de fora do processo, a ele estranho, mas não indiferente à relação estabelecida na origem. Podendo escolher a via mais apropriada para tentar valer seu direito.
Posto isso, conheço do mandado de segurança.
Inexistindo participação no feito originário pelo interessado, nada podendo questionar, função reservada às partes, há que se admitir o cabimento do mandado de segurança. (MS 313740, v. u., e-DJF3 21.05.2013)

Sob outro aspecto, acresça-se, acerca dos limites da coisa julgada material, *a latere*, até com vistas à eventual propositura de ação rescisória, também como sugerido pelo Ministério Público Federal no seu parecer, escólio de Flávio Luiz Yarshell, de que:

47. continuação:
legitimidade do "terceiro juridicamente interessado"
Na mesma linha dos tópicos precedentes, outro tema tormentoso é o da legitimidade - que aqui se supõe apenas ativa - de quem a lei qualificou como "terceiros juridicamente interessados". Ao que parece, a maior parte da doutrina parece aceitar a regra do art. 487, II, do CPC, justificando-a na circunstância de que a sentença pode produzir efeitos em relação a quem

> não figurou como parte (isto é, não integrou a relação processual). Contudo, considerada a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, a conclusão mais adequada é aquela segundo qual, sem embargo da dicção legal, somente está legitimado para propor ação rescisória quem - ainda que ingressando como terceiro no processo originário - tenha figurado nessa relação processual.
> Com efeito, ainda que o terceiro não seja indiferente à eficácia da sentença proferida em processo instaurado entre outras pessoas; ainda que o terceiro seja titular de relação jurídica (de direito material) conexa àquela relação que está posta em juízo e que, dessa forma, ostente interesse jurídico (e não meramente de fato) para intervir no processo de outrem, desde que não tenha ocorrido o ingresso, não há - diante da regra do art. 472 do CPC - como sustentar a formação da coisa julgada em relação a quem não figurou como parte no processo. Sendo assim, não há interesse e não há legitimidade desse terceiro para propor a ação rescisória, na medida em que por outras vias adequadas poderá se opor ao comando que resultou do processo que não integrou.
> No caso do terceiro titular de relação jurídica que o habilita a figurar como assistente, de duas, uma: ou esse terceiro perde tal qualidade na medida em que ingressa no processo, e, a partir de então, está legitimado a propor a rescisória, porque figurou como parte no processo (art. 487, I, CPC); ou esse terceiro permanece alheio ao processo, e, sendo assim, não é atingido pela autoridade da coisa julgada, não havendo que se falar em ação rescisória.
> Mesmo no primeiro desses casos podem ocorrer quaisquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 55 do CPC, de tal sorte que, mesmo tendo assumido a qualidade de parte, poderá o assistente, a senso contrário do que está no *caput* do referido dispositivo legal, discutir em outro processo a "justiça" da decisão. E, nessa medida, não caberá ação rescisória.
> (...). (Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório, São Paulo: Malheiros Editores, p. 143-145)

De modo que, no meu sentir, cabível, na espécie, o *writ*.

FUNDAMENTOS

Exprimidas as razões adrede, tenho que imprópria se afigura incursão pela Justiça Estadual, em hipótese circunscrita à declaração de união estável, de forma a impor ao Instituto Nacional do Seguro Social obrigação de pagar pensão por morte à companheira do *de cujus*.

É que à Justiça em alusão não é conferida competência para deliberar sobre demandas desse jaez, ressalvada a delegação observável do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que, no entanto, desconformasse com o caso dos autos:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> (...)
> § 3º. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pelas justiça estadual.
> (...).

Para além, consigne-se que o deferimento de benesse previdenciária obedece normatização específica, *in casu*, arts. 74 a 79 da Lei 8.213/91 (Leis dos Benefícios da Previdência Social), a par do art. 16 do mesmo diploma, este a cuidar dos dependentes do segurado, circunstância absolutamente diversa da versada no processo primitivo, cuja pretensão consubstanciou-se no reconhecimento de união estável, direito personalíssimo, portanto.

Como consequência, penso que o ato decisório vergastado, de fato, padece de ilegalidade na parte relativa à ordem para pagamento, sem detença, de pensão por morte à requerente.

Aliás, em lide em tudo semelhante à presente, já decidiu a 3ª Seção desta Casa:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. INCLUSÃO AUTOMÁTICA DA POSTULANTE ORIGINÁRIA COMO BENEFICIÁRIA DA PENSÃO POR MORTE INSTITUÍDA PELO FALECIDO COMPANHEIRO. ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 1. A decisão judicial proferida em ação de reconhecimento de união estável faz coisa julgada entre as partes, porém possui eficácia perante todos e, por isso, obriga também terceiros, reservando-se a estes, por meio de ação própria, impugnarem-na em defesa de direitos eventualmente atingidos.
> 2. Entretanto, não cabe à Justiça Estadual, em processo limitado ao atendimento da pretensão de natureza declaratória da união estável, determinar a inclusão da parte autora como beneficiária da pensão por morte do falecido companheiro, uma vez que a concessão de benefício previdenciário é regida por legislação própria, dependente da comprovação de requisitos específicos.
> 3. Ademais, salvo na hipótese da delegação prevista no Art. 109, § 3º, da Constituição Federal, a Justiça Estadual não detém competência para a resolução tais litígios.
> 4. Ainda que fosse o caso, imprescindível seria a citação da autarquia para compor a lide, sob pena de nulidade. Contudo, insta salientar que nem mesmo tal providência seria viável, dado que o direito à declaração de reconhecimento de união estável é de cunho personalíssimo, exercitável reciprocamente entre seus titulares, motivo por que inadmissível a intervenção de terceiros na respectiva ação.
> 5. A ilegalidade do ato impetrado, portanto, está adstrita à ordem de inclusão automática da postulante originária como beneficiária do de cujus.
> 6. Ordem de segurança parcialmente concedida. (MS 347481, rel. Des. Fed. Baptista Pereira, v. u., e-DJF3 24.06.2015)

CONCLUSÃO

Entrementes, faculta-se à parte postular o beneplácito em comento na esfera da Administração, a quem caberá examinar se satisfeitos os quesitos que lhe são intrínsecos, nos termos do regramento de regência da espécie.

Ante o exposto, voto no sentido de conceder, em parte, a segurança, a fim de anular a determinação para inclusão da parte autora como beneficiária de pensão por morte, sem prejuízo de eventual requerimento da benesse no âmbito administrativo. Fica sem efeito a parte da decisão de fls. 68-71, permissiva do recebimento de pensão por morte por parte de Maria das Dores Alves. Custas *ex vi legis*.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0023062-69.2013.4.03.9999
(2013.03.99.023062-8)

Agravante: JALDILINA DA SILVA OLIVEIRA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 115/116v
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE POMPEIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1874833
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. MIGRAÇÃO DO CÔNJUGE PARA AS LIDES URBANAS. DESCARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHADORA RURAL. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO AGRAVO LEGAL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE NÃO CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

1. O intuito de parte do agravo legal não é a modificação do julgado, mas sim a integração do mesmo, através do saneamento da contradição e omissão apontadas. Não sendo o caso de aplicar o princípio da fungibilidade, porquanto não há dúvida objetiva sobre qual recurso seria cabível no caso em tela, o agravo legal não deve ser recebido como embargos de declaração. Precedente do C. STJ.

2. De acordo com as informações constantes do extrato do CNIS e das anotações da CTPS, o marido da autora migrou para as lides urbanas em 25.05.1981, restando descaracterizada sua condição de trabalhadora rurícola.

3. Tendo a autora apresentado prova material, corroborada por idônea prova oral, é de se reconhecer o trabalho rural exercido no período de 23.07.1977 a 24.05.1981, vez que, após ter seu marido migrado para as lides urbanas, não apresentou prova em nome próprio; razão pela qual deve o réu proceder à averbação do referido período, expedindo a competente certidão.

4. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

5. Agravo parcialmente não conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer de parte do agravo e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de outubro de 2015.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de agravo legal, contra decisão que deu parcial provimento à apelação interposta, para reformar a r. sentença, havendo pela parcial procedência do pedido, devendo o réu proceder à averbação do período de 23.07.1977 a 24.05.1981, referente ao trabalho rural comprovado nestes autos, expedindo a competente certidão.

Sustenta a agravante, em síntese, a ocorrência de contradição e omissão quanto ao reconhecimento de todo o período laborado como rurícola; alegando que constam dos autos documentos comprovando o retorno de seu cônjuge às lidas campesinas até pelo menos 2005.

Aduz, ainda, ofensa aos Arts. 194 e 202, I, da CF, Arts. 11, 48, § 1º, 55, § 3º, 106 e 143, da Lei 8.213/91; requerendo o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A decisão agravada (fls. 115/116 vº) foi proferida nos seguintes termos:

> Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhadora rural.
> O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido e isentou a parte autora ao pagamento dos ônus da sucumbência.
> Em seu recurso, a autora requer a reforma da r. sentença.
> Subiram os autos, sem contrarrazões.
> É o relatório. Decido.
> O benefício de aposentadoria por idade está previsto no Art. 48, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:
> "Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
> § 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinqüenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.
> § 2º Para os efeitos do disposto no § 1o deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.
> § 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."
> A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais referidos na alínea "a", do inciso I, na alínea "g", do inciso V e nos incisos VI e VII, do Art. 11, da Lei 8.213/91, portanto, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no Art. 143, da Lei 8.213/91, completar 60 anos de idade para homens e 55 para mulheres (Art. 48, § 1º).
> Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo

exercício de atividade no campo.
Assim fazendo, constato que o requisito etário encontra-se atendido, pois a autora, nascida aos 17.05.1956, completou 55 anos no ano de 2011, anteriormente à data do ajuizamento da ação.
Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural de modo a preencher a carência exigida de 180 meses.
Com respeito ao alegado exercício da atividade rural, a autora acostou aos autos a cópia da certidão de seu casamento com Pedro Gonçalves de Oliveira, celebrado em 23.07.1977, na qual seu marido está qualificado como lavrador (fls. 17); cópia das certidões de nascimento de seus filhos, ocorridos em 08.08.1979 e 30.09.1982, nas quais o genitor está qualificado como lavrador (fls. 19/20); cópia de contratos de parceria agrícola, nos quais seu marido consta como parceiro outorgado, referentes a 30.08.1983 a 30.08.1985, 01.01.2000 a 01.01.2001, 02.10.2001 a 31.08.2002, e 01.10.2002 a 31.08.2005 (fls. 21/34).
Entretanto, de acordo com as informações constantes do extrato do CNIS (fls. 53) e das anotações da CTPS (fls. 67/73), o marido da autora migrou para as lides urbanas em 25.05.19811, restando descaracterizada sua condição de trabalhadora rurícola.
Nesse sentido a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça como se vê dos acórdãos assim ementados:
"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE URBANA SUPERVENIENTE DO CÔNJUGE.
1. O exercício de atividade urbana superveniente do cônjuge da parte autora afasta a eficácia probatória relativa ao trabalho rural desta, exigindo-se, nesse caso, prova documental específica de sua qualificação.
2. Agravo regimental improvido." - g.n. -
(AgRg no REsp 1296889/MG, 6ª Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2012, DJe 21/03/2012);e
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 149/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
1. O exercício posterior de atividade urbana pelo cônjuge da autora afasta a admissibilidade da certidão de casamento como início de prova material do exercício de atividade rural no período exigido por lei, para fins de reconhecimento do direito à aposentadoria por idade rural.
2. Nos termos do enunciado sumular 149/STJ, é inadmissível a concessão de aposentadoria rural por idade com base em prova exclusivamente testemunhal.
3. Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1103327/PR, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2010, DJe 17/12/2010).
Assim, tendo a autora apresentado prova material, corroborada por idônea prova oral, é de se reconhecer o trabalho rural exercido no período de 23.07.1977 a 24.05.1981, vez que, após ter seu marido migrado para as lides urbanas, não apresentou prova em nome próprio.
Acresça-se que, consultando os dados do Plenus, vê-se que a autora é titular do benefício de pensão por morte, instituído por segurado empregado comerciário.
Destarte, é de se reformar a r. sentença, havendo pela parcial procedência do pedindo, devendo o réu proceder à averbação do período de 23.07.1977 a 24.05.1981, referente ao trabalho rural comprovado nestes autos, expedindo a competente certidão.
Tendo a autoria decaído de parte do pedido, é de se aplicar a regra contida no *caput* do Art. 21, do CPC, arcando as partes com as custas processuais e honorários advocatícios recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre elas.
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.
A parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

> Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada e com base no Art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento à apelação interposta, nos termos em que explicitado. Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Inicialmente, cumpre salientar que o agravo previsto no Art. 557, § 1º, do CPC, é cabível nos casos em que a parte recorrente pretende modificar o julgado, proferido, monocraticamente, pelo relator.

Por outro lado, os embargos de declaração são o recurso cabível quando a decisão impugnada for omissa, obscura ou contraditória, conforme estabelece o Art. 535 do CPC, *in verbis*:

> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:
> I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
> II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Verifica-se, no caso em tela, que o intuito de parte do agravo legal não é a modificação do julgado, mas sim a integração do mesmo, através do saneamento da contradição e omissão apontadas.

Ademais, observo que, não sendo o caso de aplicar o princípio da fungibilidade, porquanto não há dúvida objetiva sobre qual recurso seria cabível no caso em tela, o agravo legal não deve ser recebido como embargos de declaração.

Nesse sentido, colaciono, por analogia, o seguinte julgado proferido pelo STJ:

> Agravo regimental. Alegação de ponto omisso. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade. Agravo regimental não-conhecido. 1. O agravo regimental não serve para fazer as vezes dos embargos de declaração, portanto não se presta a suprir omissões. 2. Para ser adotado o princípio da fungibilidade, é preciso que haja dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto. 3. Quando há expresso e claro comando da lei acerca do recurso cabível em determinada circunstância, ocorre erro grosseiro se,mesmo assim, a parte escolhe o inadequado. 4. Agravo regimental não-conhecido.
> (STJ, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 22/02/2005, T6 - SEXTA TURMA)

Por estas razões, não conheço de parte do agravo legal.

Ainda que assim não fosse, conforme consignado no *decisum*, de acordo com as informações constantes do extrato do CNIS (fls. 53) e das anotações da CTPS (fls. 67/73), o marido da autora migrou para as lides urbanas em 25.05.1981, restando descaracterizada sua condição de trabalhadora rurícola.

Como se observa, tendo a autora apresentado prova material, corroborada por idônea prova oral, é de se reconhecer o trabalho rural exercido no período de 23.07.1977 a 24.05.1981, vez que, após ter seu marido migrado para as lides urbanas, não apresentou prova em nome próprio; razão pela qual deve o réu proceder à averbação do referido período, expedindo a competente certidão.

Ressalte-se que, consultando os dados do Plenus, vê-se que a autora é titular do benefício de pensão por morte, instituído por segurado empregado comerciário.

Portanto, não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam

a conclusão que adotou a decisão agravada.

Por fim, quanto ao prequestionamento da matéria para fins recursais, não há que se falar em afronta a dispositivos legais e constitucionais, porquanto o recurso foi analisado em todos os seus aspectos.

Ante o exposto, voto por não conhecer de parte do agravo e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0031117-33.2013.4.03.0000
(2013.03.00.031117-4)

Autora: ZENITH BOTARELLI DE ARAUJO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe de Processo: AR 9668
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2015

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE PAGAMENTO DE ATRASADOS DECORRENTES DE REVISÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO. ANÁLISE DE CAUSA DE PEDIR E PEDIDO DIVERSOS (NEGATIVA DE PEDIDO DE REVISÃO JÁ EFETUADO). JULGAMENTO EXTRA PETITA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. NO REJULGAMENTO, DEFERIMENTO DO PLEITO, POIS A AUTARQUIA NÃO COMPROVOU TER EFETUADO O PAGAMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA PROCEDENTE.
1) Afirmar se o objetivo buscado com o ajuizamento desta rescisória é reexaminar o quadro fático e as provas produzidas na demanda originária constitui o próprio mérito do pedido de rescisão. Preliminar rejeitada.
2) O STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que o magistrado não está adstrito somente ao pedido formulado pela parte, mas, também, à causa de pedir.
3) Incide em julgamento *extra petita* a sentença que analisa pleito de revisão de benefício já deferido na via administrativa, quando o que se busca é somente o pagamento das parcelas vencidas até a implantação já efetuada naquela via.
4) Embora a jurisprudência do STJ admita a presunção de veracidade das informações emanadas das planilhas informatizadas expedidas pela autarquia, é necessário que delas conste a informação que o magistrado busca acerca do conflito de interesses trazido a Juízo.
5) Inexistente a informação - no caso, o pagamento dos atrasados reclamados na demanda -, tem-se por não comprovado o fato desconstitutivo do direito afirmado pela autora.
6) Embora, no passado, muita controvérsia tenha havido acerca da aplicabilidade do art. 112 da Lei 8213/91 na via judicial, pois a autarquia temia ter de efetuar o pagamento em duplicidade, razão pela qual pugnava pela abertura de inventário para que todos os herdeiros fossem chamados à sucessão dos valores não recebidos pelo segurado, a jurisprudência do STJ acabou por se solidificar no sentido da plena aplicabilidade do referido dispositivo legal também na via judicial.

7) Pedido de pagamento dos valores atrasados devidos até a implantação administrativa da nova renda mensal que se defere, com correção monetária desde o respectivo vencimento, nos termos da legislação previdenciária (Súmula 8 desta Corte), com incidência de juros moratórios à razão de 1% ao mês, contados da citação, por força

dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29/6/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9494/97.

8) Os honorários advocatícios são arbitrados em 10% do valor da referida condenação.

9) Preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Ação originária procedente.

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, rejeitar a preliminar, julgar procedente a ação rescisória e julgar procedente o pedido formulado na lide originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de outubro de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de sentença cujo inteiro teor está expresso nos seguintes termos:

1. RELATÓRIO

A parte autora propôs a presente ação de conhecimento, pelo rito ordinário, na qual pretende a revisão de benefício de pensão por morte de que é titular, concedido em face do falecimento de seu ex-marido, Benedito de Araújo, em 06 de abril de 2010, visando aplicar o IRSM de fevereiro/94, no percentual de 39,67%, antes da conversão da URV.

Aduz a parte autora que o cálculo da renda mensal inicial se deu de forma incorreta, notadamente, que o réu, ao calcular a renda mensal inicial do benefício precedente, aposentadoria de seu falecido marido (benefício n 064.867.368-5), concedida em 20.03.1995, não procedeu aos reajustes do salário de contribuição de acordo com a lei vigente.

Com a peça inicial vieram a procuração e os documentos de fls. 07-13.

Foram deferidos os benefícios da Justiça Gratuita na fl. 18.

Regularmente citado, o Réu apresentou resposta por contestação alegando, em preliminar, a falta de interesse de agir em razão de o benefício da parte autora já ter sofrido a revisão pleiteada. No mérito, alegou que, na hipótese de reconhecimento do reajustamento do benefício, o pagamento deve ser limitado aos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação judicial (fls. 23-25). Juntou documentos - fls. 26-33.

Réplica às fls. 36-41.

Vieram os autos conclusos para sentença em 21 de junho de 2011 (fl. 46).

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Do mérito

Prejudicial: prescrição.

Em atendimento ao disposto no art. 219, 5º, do CPC, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 11.280/06, observo, desde já, que se encontram prescritas as parcelas devidas anteriores a cinco anos contados do ajuizamento da ação ou do indeferimento administrativo, pois, tratando-se de relação jurídica de caráter continuado, não há falar em prescrição do fundo de direito, devendo-se aplicar a Súmula 85 do STJ, abaixo transcrita, segundo a qual a prescrição

atinge apenas as parcelas anteriores ao qüinqüênio que antecede o pedido.
"NAS RELAÇÕES JURIDICAS DE TRATO SUCESSIVO EM QUE A FAZENDA PUBLICA FIGURE COMO DEVEDORA, QUANDO NÃO TIVER SIDO NEGADO O PROPRIO DIREITO RECLAMADO, A PRESCRIÇÃO ATINGE APENAS AS PRESTAÇÕES VENCIDAS ANTES DO QUINQUENIO ANTERIOR A PROPOSITURA DA AÇÃO."
Mérito propriamente dito
Quanto à aplicação do IRSM de 39,67%
Com o advento do chamado "Plano Real", foram fixadas regras distintas para o reajuste das rendas mensais dos benefícios previdenciários e para a correção monetária dos salários de contribuição. Dispôs, com efeito, o artigo 21 da Lei nº 8.880/94:
"Art. 21. Nos benefícios concedidos com base na Lei nº 8.213, de 1991, com data de início a partir de 1º de março de 1994, o salário-de-benefício será calculado nos termos do art. 29 da referida lei, tomando-se os salários-de-contribuição expressos em URV.
1º Para os fins do disposto neste artigo, os salários-de-contribuição referentes às competências anteriores a março de 1994 serão corrigidos até o mês de fevereiro de 1994, pelos índices previstos no art. 31 da Lei nº 8.213, de 1991, com as alterações da Lei nº 8.542, de 1992, e convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV no dia 28 de fevereiro de 1994.
2º A partir da primeira emissão do Real, os salários-de-contribuição computados no cálculo do salário-de-benefício, inclusive os convertidos nos termos do 1º, serão corrigidos monetariamente mês a mês pela variação integral do IPC-r.
3º Na hipótese da média apurada nos termos deste artigo resultar superior ao limite máximo do salário-de-contribuição vigente no mês de início do benefício, a diferença percentual entre esta média e o referido limite será incorporada ao valor do benefício juntamente com o primeiro reajuste do mesmo após a concessão, observado que nenhum benefício assim reajustado poderá superar o limite máximo do salário-de-contribuição vigente na competência em que ocorrer o reajuste." (grifo meu).
Ora, preceituava o artigo 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original:
"Art. 31. Todos os salários-de-contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário-de-contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais." (destaquei).
Com o advento da Lei nº 8.542/92, ficou estabelecido, pelo parágrafo 2º do seu artigo 9º, *verbis*:
"Art. 9. A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro. (...)
§ 2º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis nos 8.212, e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991." (grifei).
Cotejando o disposto no artigo 21, parágrafo 1º, da Lei nº 8.880/94, com o preceito do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.542/92, parece-me bastante razoável concluir que também o salário de contribuição de fevereiro de 1994 deveria ter sido corrigido pelo IRSM, visto que a URV não representava, a rigor, um índice de correção monetária, funcionando mais como uma "moeda paralela", calculada, ela mesma, a partir da variação de diversos indexadores.
Dispunha, ainda, na época, o artigo 202, *caput*, da Carta de 1988, em sua redação original, que era "(...) 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 (...)" (destaquei). Havia preceito constitucional, portanto, determinando a atualização monetária mensal dos salários de contribuição pelo índice próprio que, no caso, só poderia ser o IRSM, como já mencionado.

Tendo em vista que a pensão por morte recebida pela parte autora tem como benefício precedente a aposentadoria por tempo de contribuição de seu ex-marido, que teve seu início em 20.03.1995, o período básico de cálculo do benefício em tela abrangeu o mês de fevereiro de 1994; motivo pelo qual há que ser feito o recálculo de sua renda mensal inicial, corrigindo-se o salário de contribuição do aludido mês em 39,67%.

Nesse sentido, aliás, já se firmou a jurisprudência, como se pode verificar pelo acórdão proferido pela 3ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 2000/0056930-5, relatado pelo Excelentíssimo Ministro Hamilton Carvalho, cuja ementa se encontra assim redigida:

"Agravo regimental. Previdenciário. Atualização. Salário-de-contribuição. Variação do IRSM de janeiro e fevereiro de 1994. 39,67%. Possibilidade. Súmula nº 168/STJ.

1. A Egrégia 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já o entendimento de que, na atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios em manutenção, é aplicável a variação integral do IRSM nos meses de janeiro e fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% (artigo 21, parágrafo 1º, da Lei nº 8.880/94).

2. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado' (Súmula do STJ, Enunciado nº 168).

3. Agravo regimental improvido". (DJ de 19.02.2001, p. 142).

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, ACOLHO a prejudicial de prescrição qüinqüenal e, no mérito, JULGO PROCEDENTE o pedido para:

a) ORDENAR que o INSS atualize monetariamente os salários-de-contribuição relativos ao período básico de cálculo da Renda Mensal Inicial do benefício da Autora, anteriores a março de 1994, no percentual de 39,67%, convertendo os valores encontrados em URV, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV no dia 28/02/94, nos termos da fundamentação. Fica ressalvado que, no cálculo do salário-de-benefício, deverão ser observados os limites previstos no art. 29, 2º, da Lei 8.213/91, bem como que, na hipótese em que o valor do salário-de-benefício resultar superior ao limite máximo do salário-de-contribuição vigente no mês do início do benefício, a diferença percentual entre este valor e o referido limite deverá ser incorporada ao benefício juntamente com o primeiro reajuste do mesmo após a concessão, observado que o benefício assim reajustado não poderá superar o limite máximo do salário-de-contribuição vigente na competência em que ocorrer o reajuste (art. 21, 3º, da Lei 8.880/94).

b) CONDENAR o INSS a pagar à Autora as diferenças apuradas entre o benefício devido (na forma retrocitada) e o efetivamente pago, respeitada a prescrição qüinqüenal. As parcelas devidas deverão ser corrigidas monetariamente desde o respectivo vencimento até a data da sua efetiva liquidação, nos termos da fundamentação, acrescidas, ainda, de juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação.

As prestações vencidas entre a data de início do benefício e a data de sua efetiva implantação deverão ser corrigidas monetariamente na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 134 de 21.12.2010.

Condeno o Réu ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, parágrafo 3º e 4º do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, em sua redação atual. Isento-o do pagamento das custas, conforme determina nosso ordenamento jurídico.

Consoante o Provimento Conjunto nº 69/2006, alterado pelo nº 71/2006, ambos expedidos pela Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, segue a síntese do julgado:

a) nome da segurada: ZENITH BOTARELLI DE ARAUJO (CPF 257.128.988-88 e RG 3.339.420-9/SP);

b) benefício a ser revisto: pensão por morte;

c) data do início do benefício precedente: 20.03.1995;

d) renda mensal inicial: a calcular;

e) data do início do pagamento: 15.07.2011
Sentença não sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, de acordo com o artigo 475, inciso I e 2º do Código de Processo Civil, notadamente que o valor da causa não é superior a 60 salários-mínimos, na época do ajuizamento da ação (TRF/3ª REGIÃO, Apelação Cível nº 1090586, julgada em 27.04.2009).
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Ourinhos, 15 de julho de 2011.
JOÃO BATISTA MACHADO
Juiz Federal Substituto
(fls. 20/22-v)

A autora sustenta que o julgado incidiu em violação a literal disposição de lei (art. 460 do CPC), bem como em erro de fato, pois o tema posto na ação originária dizia respeito, somente, ao pagamento dos atrasados (apurados, administrativamente, pela própria autarquia), uma vez que a revisão da renda mensal atualizada (RMA) se deu em 07-11-2007, não havendo que se falar em controvérsia acerca do direito em questão, vale dizer, da revisão da renda mensal inicial do benefício originário para que, na apuração do valor do salário de benefício, os salários de contribuição anteriores a março de 1994 fossem atualizados monetariamente pelo percentual do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%).

Pede, assim, a rescisão do julgado e, em novo julgamento, o reconhecimento do direito reclamado na lide originária, vale dizer, o pagamento dos atrasados até a implantação da nova renda mensal, consoante os valores apurados pela própria autarquia e que não foram pagos ao seu finado marido.

Citada, a autarquia apresentou contestação, suscitando, em preliminar, a ausência de interesse processual, pois a autora pretende o reexame do quadro fático exposto na demanda originária. No mérito, sustenta que não há que se falar em sentença mal prolatada, eis que o valor a que a autora se refere diz respeito aos atrasados do benefício originário, e não daquele que é titular, e que não foi objeto de apreciação na sentença que pretende ver rescindida. No caso, o benefício de que a autora é titular (pensão por morte) foi implantado corretamente, pois que feita a revisão no benefício originário por força de ação civil pública (fls. 26/27), não havendo, portanto, que se falar em pagamento de diferenças.

Réplica às fls. 58/60.

A representante do Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido de rescisão.

A sentença transitou em julgado em 17-01-2012 (fls. 43) e esta ação rescisória foi ajuizada em 10-12-2013 (fls. 02).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Rejeito a preliminar de ausência de interesse processual, pois afirmar se o objetivo buscado com o ajuizamento desta rescisória é reexaminar o quadro fático e as provas produzidas na demanda originária constitui o próprio mérito do pedido de rescisão.

Quanto ao mérito, a autora está com a razão, pois o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que o magistrado não está adstrito somente ao pedido formulado pela parte, mas, também, à causa de pedir.

Precedentes:

> 3a Secao, MS 9.315, 13-12-2004:
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO DISCIPLINAR. CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NA AÇÃO. DECISÃO EXTRA PETITA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
> I - Consoante entendimento desta Corte, em sede de processo administrativo disciplinar, a descrição pormenorizada dos fatos se mostra necessária quando do indiciamento do servidor. Somente após a fase instrutória - onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes - há a possibilidade de se indicar os acontecimentos com precisão, não se podendo exigir que a Portaria inaugural do processo administrativo contenha descrição minuciosa da imputação ao servidor.
> II - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.
> III - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.
> IV - Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, "O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo despeito a lei exige iniciativa da parte."
> *V - A decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. Neste sentido, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão extra petita, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência. Precedentes.*
> VI - Ordem denegada.
> ACÓRDÃO
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça. Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, denegando a ordem, e o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, no mesmo sentido, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, e os votos dos Srs. Ministros Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo a ordem, a Seção, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão.
> Vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa, que concediam a ordem. Votaram com o Sr. Ministro Gilson Dipp (relator para acórdão) os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Laurita Vaz.
> Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
> Brasília (DF), 13 de dezembro de 2004(Data do Julgamento)
> MINISTRO GILSON DIPP
> Relator

3a Secao, EDeclMS 9.315, 24-08-2005:
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NA AÇÃO. DECISÃO EXTRA PETITA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.
I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.
II - Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, "O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo despeito a lei exige iniciativa da parte." .
III - A decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. Neste sentido, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão extra petita, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência. Precedentes.
IV - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no julgado embargado, já que houve a efetiva análise do pedido e das causas de pedir formulados na inicial.
V - Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa omissão, quando a pretensão almeja - em verdade - reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.
VI - Embargos de declaração rejeitados.
ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça. A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer.
Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Nilson Naves.
Brasília (DF), 24 de agosto de 2005(Data do Julgamento)
MINISTRO GILSON DIPP
Relator

1a Turma, RMS 18.655, 14-11-2006:
PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CAUSA PETENDI. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. DECISÃO *EXTRA PETITA*. *ERROR IN PROCEDENDO*. ANULAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.
1. A prova do direito líquido e certo exigível como condição de procedibilidade pelo rito sumário do *writ* pertine aos fatos indicados na inicial pelo autor.
2. Consectariamente, não é lícito ao Tribunal a quo, a pretexto de imputar o abuso de autoridade a ato outro que não o indicado pelo autor, porquanto a isso equivale alterar ex officio a causa petendi, em afronta ao princípio da congruência consubstanciado na máxima ne proceat iudex extra vel extra petita partium.
3. O julgamento extra petita viola a regra que adstringe o juiz a julgar a lide nos limites das questões suscitadas sendo-lhe defeso alterá-las.
4. Nesse sentido, dispõem os arts. 128 e 460, do CPC, verbis: "Art. 128. O juiz decidirá a lide

> nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."; "Art. 460. 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"
> 5. O *error in procedendo* implica a cassação da decisão para que outra seja proferida imune de vícios, restando lícito ao Tribunal *a quo* extinguir o *mandamus* com resolução de mérito ou sem apreciá-lo por outra ótica, mas sempre adstrito ao ato apontado como ilegal pelo impetrante.
> 6. Recurso provido para que o Tribunal *a quo* julgue o *mandamus*.
> ACÓRDÃO
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.
> Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.
> Brasília, 14 de novembro de 2006 (Data do Julgamento).
> MINISTRO LUIZ FUX
> Relator

No caso, conforme se observa do inteiro teor da sentença acima transcrita (item relatório), o tema de fundo foi analisado como se a autarquia tivesse se recusado a promover a revisão do benefício ao fundamento de ausência do direito reclamado.

No entanto, do próprio relatório da sentença consta que a autarquia, em contestação, afirmou a ausência do direito reclamado, não em razão do referido índice ser indevido, mas porque a revisão já teria sido efetuada administrativamente, como se observa do seguinte trecho:

> Regularmente citado, o Réu apresentou resposta por contestação alegando, em preliminar, a falta de interesse de agir em razão de o benefício da parte autora já ter sofrido a revisão pleiteada. No mérito, alegou que, na hipótese de reconhecimento do reajustamento do benefício, o pagamento deve ser limitado aos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação judicial (fls. 23-25). Juntou documentos - fls. 26-33.

Nesse passo, observe-se que a inicial do processo originário é clara a respeito da revisão empreendida administrativamente, faltando, tão somente, o pagamento dos atrasados.

Destaco trechos da inicial do processo originário:

> A requerente é titular do benefício previdenciário nº 064.867.368-5, de titularidade inicial de BENEDITO DE ARAUJO, falecido em 06 de abril de 2010.
> Por força da medida provisória nº 201 de 23 de julho de 2004, o benefício em questão foi previamente revisado, de acordo com a URV, índice de 28/02/1994, inclusive os novos valores calculados foram informados via correio (documento junto).
> Ocorre que a Requerente solicitou ao INSS o pagamento dos valores, no entanto, a Autarquia se negou a efetuar o pagamento administrativamente. Assim, a alternativa é socorrer-se do judiciário, visando consumar seu direito.
> Como se observa, do documento junto o próprio INSS faz constar da memória de cálculo da carta de concessão do benefício do falecido marido da Requerente, as atualizações necessárias. Dessa forma, não há razão para negar o pagamento do valor, se já houve a correção prévia, logo, a Autarquia reconhece o dever de pagar.
> Ademais, a medida provisória acima mencionada, foi exatamente criada para corrigir erro da

Autarquia, reiteradamente, reconhecido pelos Tribunais, sendo assim, não há que condicioná-la a acordos e prazos, sob pena de não alcançar seu propósito.
Pelo artigo 2º da referida medida provisória, (já transformada em Lei, com o mesmo conteúdo), terão direito à revisão os segurados ou seus dependentes em gozo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social que se enquadrem no disposto no artigo 1º e venham a firmar, até 30 de junho de 2005, o Termo de Acordo, na forma do Anexo I, ou, caso possuam ação judicial em curso, com a citação do Instituto Nacional do Seguro Social efetivada e cujo objeto seja a revisão referida no artigo 1º, o Termo de Transação Judicial, na forma do Anexo II.
Ou seja, pelo referido artigo 2º, só terão direito à revisão da renda mensal do benefício os segurados que, tendo requerido judicialmente a revisão, assinarem o Termo de Transação Judicial.
Isso significa que, embora a Medida Provisória 201 reconheça, expressamente, o direito de todos os segurados que tenham utilizado no cálculo do salário de benefício salários de contribuição anteriores a março de 1994, condiciona a revisão à assinatura do Termo de Transação Judicial para aqueles que se valeram da garantia fundamental do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal). Ou seja, estão penalizados todos aqueles que exerceram o direito de procurar seus direitos!
Se o objetivo dos benefícios previdenciários, que são, por definição constitucional, direitos sociais, é reduzir desigualdades, não podem prevalecer normas que, a pretexto de viabilizar o caixa da previdência, acentuem desigualdades ao invés de reduzi-las. Por isso, condicionar a revisão do benefício previdenciário, autorizada pelo artigo 1º da Medida Provisória 201, à adesão ao acordo, é o mesmo que condicionar bem estar e justiça sociais, o que é inconcebível.
A proteção social dada pela previdência é de natureza alimentar, como reiteradamente têm demonstrado a doutrina e decidido a jurisprudência. Prestação alimentar não pode ser objeto de transação, a menos que seu objeto seja ampliá-la e não restringi-la.
No caso em tela, na verdade já houve a revisão do benefício em questão, no entanto, o que se discute é a negativa do INSS em efetuar o pagamento dos valores tidos como "atrasados". Assim, está mais fácil ainda a questão, basta efetuar o valor já apresentado, seguindo-se apenas os cálculos dos juros e moras.
Diante do exposto requer:
O julgamento antecipado da lide em virtude da presente demanda versar, única e exclusivamente, sobre matéria de direito, e ainda a Requerente ser pessoa maior de 60 (sessenta) anos, e ter preferência processual;
A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei 1060/50, haja vista que a Requerente é pessoa pobre, isso é sem condições financeiras suficientes que lhe permita suportar eventuais custas decorrentes do processo sem que isso lhe traga prejuízo ao próprio sustento;
A ANTENCIPAÇÃO DA TUTELA, PARA PAGAMENTO IMEDIATO DO VALOR DEMONSTRADO PELA AUTARQUIA, TENDO EM VISTA QUE O PRÓPRIO INSS JÁ RECONHECEU A OBRIGAÇÃO DE PAGAR;
Consequentemente, seja condenado o INSS a pagar-lhe as diferenças pecuniárias conforme demonstrativo em anexo;
Enfim, requer-se a Vossa Excelência se digne determinar a citação do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS na pessoa de seu Ilustre Representante Legal para se defender se quiser, e, após os trâmites legais, que sejam os pedidos aqui formulados julgados procedentes.
Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidas.
Dá-se à causa o valor de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais).
Termos em que,
pede deferimento.
Ourinhos, 13 de outubro de 2010.
(fls. 10/13)

Conforme se vê, o problema não era o reconhecimento do direito, mas o pagamento do valor apurado pela própria autarquia, acrescido de juros e correção monetária (destaque-se da inicial: "Assim, está mais fácil ainda a questão, basta efetuar o [pagamento do] valor já apresentado, seguindo-se apenas os cálculos dos juros e moras.").

Manifesta, portanto, a violação aos artigos 128 e 460 do CPC, razão pela qual rescindo a sentença proferida nos autos de nº 0002303-71.2010.4.03.6125, em trâmite pela 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ourinhos, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Passo ao juízo rescisório.

Aqui, a autora, também, está com a razão.

Em consulta ao sistema "HISCREWEB" (documentos em anexo), observa-se que a autarquia procedeu à implantação da nova renda mensal, conforme se vê do seguinte demonstrativo:

Aposentadoria	*Valor*	*Reajuste*
mai/95	539,59	...
mai/96	620,52	115,00%
jun/97	668,67	107,76%
jun/98	700,83	104,81%
jun/99	733,13	104,61%
jun/00	775,72	105,81%
jun/01	835,14	107,66%
jul/02	911,97	109,20%
jun/03	1.091,71	119,71%
mai/04	1.141,16	104,53%
mai/05	1.213,68	106,35%
mai/06	1.274,36	105,00%
set/06	1.274,48	100,01%
abr/07	1.316,53	103,30%
nov/07	*1.628,97*	*123,73%*
mar/08	*1.710,41*	*105,00%*
fev/09	1.811,66	105,92%
jan/10	1.922,89	106,14%
Pensão	*Valor*	*Reajuste*
mai/10	1.922,89	...
ago/10	1.951,50	101,49%
jan/11	2.076,59	106,41%
ago/11	2.077,76	100,06%
jan/12	2.204,08	106,08%
jan/13	2.340,73	106,20%
jan/14	2.470,87	105,56%
jan/15	2.624,80	106,23%

Conforme se vê, a revisão da RMI decorrente da incorporação da variação do IRSM de fevereiro de 1994 foi implantada no mês de novembro de 2007 (reajuste no valor do benefício: 23,73% - de R$ 1.316,53 para R$ 1.628,97), com inclusão do excedente percentual (diferença percentual entre o salário de benefício apurado e o teto de pagamento: 5%) no mês de março de 2008 (de R$ 1.628,97 para R$ 1.710,41).

Tais informações são confirmadas por aquelas constantes do Sistema Plenus-DataPrev (em anexo), donde se extrai os seguintes dados:

RMI Ant	473,43	MR Ant	1.316,53	Ind Reaj Teto Ant	0
RMI Rev	582,86	MR Rev	1.628,97	Ind Reaj Teto Ver	1,005

Valor atrasados	18.305,15
Inicio diferencas:	ago/99
Saldo atual	18.305,15
Compet.inic.pagto	jan/05
Tipo adesão	0 - SEM ADESAO
Data da revisão	07/11/2007

No entanto, não consta quando teria sido efetuado o pagamento das parcelas aqui reclamadas.

Não se desconhece a jurisprudência do STJ no sentido de que as planilhas informatizadas da autarquia, pessoa jurídica de direito público, tal como os documentos expedidos pelos demais entes públicos, gozam de presunção de veracidade, pois que não podem recusar fé aos documentos públicos (art. 19, II, CF).

Precedentes:

5ª Turma, EDeclREsp 152.185, 30-06-1999;

5ª Turma, REsp 168.262, 14-09-1999;

5ª Turma, REsp 183.650, 20-05-1999;

5ª Turma, REsp 184.119, 17-06-1999;

5ª Turma, REsp 186.061, 15-06-1999;

5ª Turma, REsp 213.069, 05-08-1999;

5ª Turma, EDeclREsp 235.713, 04-12-2001;

5ª Turma, REsp 251.680, 08-06-2000;

3ª Secao, EDivREsp 265.552, 09-05-2001;

6ª Turma, REsp 311.078, 28-06-2001;

5ª Turma, REsp 345.793, 03-09-2002;

5ª Turma, REsp 348.115, 15-08-2002;

6ª Turma, REsp 362.288, 23-04-2002;

5ª Turma, REsp 396.517, 14-05-2002.

No entanto, é necessário que tais informações (sobre o pagamento) constem do banco de dados da autarquia ou tais documentos sejam trazidos aos autos.

Não foi o que ocorreu aqui, pois único documento que trata do tema em discussão (pagamento das diferenças devidas por conta da revisão discutida) foi juntado às fls. 24 (fls. 64 dos autos da ação originária), e se limita a confirmar a implantação da nova renda mensal, sem nada esclarecer a respeito do pagamento dos referidos atrasados.

Ao que se vê, todos os documentos disponibilizados pelo ente público só informam a implantação da nova renda mensal decorrente da revisão reconhecida.

A autarquia informa que o benefício foi revisto por força de ação civil pública, mas o que a autora reclama é o pagamento das parcelas vencidas até a implantação da nova renda mensal.

Nem mesmo o sistema de acompanhamento processual desta Corte informa o pagamento de precatórios relativos aos CPFs da autora (ZENITH BOTARELLI DE ARAUJO, CPF: 257.128.988-88) ou de seu falecido marido (BENEDITO DE ARAUJO, CPF: 530.277.288-49).

Logo, a autarquia deveria, ao menos, apresentar cópias dos documentos comprobatórios de tal pagamento, ainda que constantes de eventual processo de execução da referida ação civil pública, cujos dados sequer foram apresentados.

Concluo, portanto, que o INSS não se desincumbiu do ônus de provar o pagamento (art. 333, II, CPC) do valor que, ele mesmo, afirmou devido (v. fls. 16), e que o confirmou na fase posterior à da execução do julgado (v. fls. 26), ao fundamento de que o falecido não apresentou o termo de acordo/adesão.

Quanto ao fato de a autora não ser a titular do direito reclamado, melhor sorte não socorre à autarquia, pois o art. 112 da Lei 8213/91 autoriza o seu pagamento ao dependente habilitado à pensão por morte, independentemente de inventário.

No passado, grande debate se desenvolveu acerca da aplicabilidade do referido dispositivo na via judicial, pois a autarquia temia ter de efetuar o pagamento em duplicidade. Pugnava, então, pela abertura de inventário para que todos os herdeiros fossem chamados à sucessão dos valores não recebidos pelo segurado, reservando-se a aplicação do art. 112 da Lei 8213/91 somente para a via administrativa.

Inicialmente, o STJ agasalhou a tese sustentada pela autarquia.

Precedentes:

5ª Turma, MC 1.963, 13-11-2000;

5ª Turma, REsp 161.238, 05-10-1999;

6ª Turma, REsp 161.239, 10-03-1998;

6ª Turma, REsp 163.735, 06-10-1998;

5ª Turma, REsp 243.953, 16-03-2000;

6ª Turma, REsp 261.673, 12-09-2000;

5ª Turma, REsp 267.640, 18-06-2002;

6ª Turma, REsp 268.485, 05-03-2002; e

6ª Turma, REsp 436.636, 10-09-2002.

No entanto, tal entendimento não era pacífico, pois dentro do seu seio havia posicionamentos em sentido contrário, entendendo que não havia sentido na tese, pois a norma do art. 112 da Lei 8213/91 foi criada, precisamente, para facilitar a vida dos dependentes do segurado que, na maior parte das vezes, só tinha os parcos recursos provenientes da Previdência Social para a sua sobrevivência.

Tal posicionamento acabou prevalecendo, admitindo-se a aplicação do referido dispositivo legal, também, na via judicial.

Precedentes:

6ª Turma, REsp 163.128, 21-10-1999;

5ª Turma, REsp 176.894, 06-04-1999;

6ª Turma, REsp 177.400, 22-09-1998;

5ª Turma, REsp 238.997, 16-03-2000;

5ª Turma, REsp 0.286.625, 23-04-2002;

6a Turma, EDeclREsp 437.029, 13-05-2003;

5ª Turma, REsp 442.383, 11-03-2003;

6ª Turma, REsp 461.107, 07-11-2002;

6ª Turma, EDeclREsp 461.107, 04-09-2003;

6ª Turma, EDeclEDeclREsp 461.107, 31-05-2005;

5ª Turma, REsp 462.314, 18-12-2003;

6ª Turma, REsp 466.985, 26-11-2002;

3a Secao, EDivREsp 466.985, 23-06-2004;

5ª Turma, REsp 478.226, 18-12-2003;

5ª Turma, REsp 496.030, 18-12-2003;

3ª Seção, EDivREsp 498.366, 23-06-2004;

3ª Seção, EDivREsp 498.864, 14-02-2005;

5ª Turma, REsp 499.678, 18-12-2003;

6ª Turma, AgRgREsp 521.843, 07-10-2003;

3ª Seção, EDivREsp 521.843, 11-05-2005; e

6ª Turma, REsp 546.497, 06-11-2003.

Logo, a autora é parte legítima para pleitear o pagamento de diferenças de benefício previdenciário não pagas ao falecido segurado, pois que sua dependente habilitada à pensão por morte.

Concluindo, o pedido formulado na lide originária - que se resume ao pagamento do próprio valor informado pela autarquia (fls. 16: R$ 18.305,15) - também é procedente, pois o ente público não comprovou ter efetuado o pagamento das parcelas vencidas até a implantação da nova renda mensal do benefício (RMA).

O referido valor deverá ser corrigido monetariamente desde o respectivo vencimento, nos termos da legislação previdenciária (Súmula 8 desta Corte).

Sobre o referido valor incidirá juros moratórios à razão de 1% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29/6/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9494/97.

Os honorários advocatícios, de 10% (dez por cento), incidem sobre o valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º, CPC).

Anoto, por fim, ser desnecessário incursionar pelo fundamento relativo ao erro de fato, mesmo porque o reconhecimento do julgamento *extra petita* traz consigo o reconhecimento de que os fatos (sobre os quais se reputa ter havido erro) não foram analisados.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, julgo procedente o pedido formulado nesta ação rescisória para rescindir a sentença proferida nos autos de nº 0002303-

71.2010.4.03.6125, em tramitação pela 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ourinhos - SP, com fundamento no art. 485, V, do CPC, e, proferindo novo julgamento, julgo procedente o pedido, para o fim de condenar a autarquia ao pagamento do valor por ela apontado como devido (fls. 16: R$ 18.305,15), corrigido desde o respectivo vencimento, nos termos da legislação previdenciária (Súmula 8 desta Corte), acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, contado da citação até a vigência da Lei 11.960/09 (29/6/2009), quando deverão refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança. Os honorários advocatícios são arbitrados em dez por cento do valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º do CPC).

Oficie-se ao JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OURINHOS - SP (Autos nº 0002303-71.2010.4.03.6125), comunicando o inteiro teor desta decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0002548-37.2014.4.03.6127
(2014.61.27.002548-0)

Apelante: JOSÉ LAERCIO MINUSSI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA -SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AC 2061687
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/09/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CONCESSÃO DE NOVA APOSENTADORIA COM PROVENTOS MAIS VANTAJOSOS NO MESMO REGIME PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 18, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991 COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/1997. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO C. STJ E NA C. 3ª SEÇÃO DESTA CORTE REGIONAL, COM A RESSALVA DO POSICIONAMENTO DO RELATOR.

1. Inicialmente, quanto ao sobrestamento do feito, tendo em vista que a sua possibilidade decorre do disposto no artigo 543-B, § 1º do Código de Processo Civil - CPC, aplicável tão somente na fase de admissibilidade do recurso extraordinário interposto. Portanto, jamais aplicável no julgamento de qualquer outro recurso.

2. Afasto a preliminar de decadência, vez que a previsão do art. 103 da Lei nº 8.213/91 volta-se à revisão de benefício previdenciário, ou seja, a modificação do benefício já existente. Precedente do C. STJ em sede de recurso repetitivo: REsp 1348301/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 24/03/2014.

3. No mérito, o ponto controvertido consiste em saber se a parte autora, que se aposentou por tempo de contribuição e continuou contribuindo para a Previdência Social, poderia, ou não, renunciar ao benefício atual e utilizar as contribuições recolhidas durante a aposentadoria para obtenção de outro benefício mais vantajoso. Adoção da orientação firmada, em sede de recurso repetitivo, pelo STJ (REsp 1334488/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 14/05/2013) e sufragada na jurisprudência da 3ª Seção deste Tribunal (EI 0007796-57.2013.4.03.6114, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. SOUZA RIBEIRO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/06/2015; EI 0005233-48.2011.4.03.6183, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/06/2015; AI 0019554-81.2014.4.03.9999, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/05/2015).

4. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à

apelação, sendo que o Desembargador Federal Newton De Lucca, com ressalva, acompanhou o voto do relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, ajuizada por JOSE LAERCIO MINUSSI em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL objetivando o deferimento de sua desaposentação, com vista a obtenção de benefício mais vantajoso.

O autor anota que em 16/02/2001 lhe foi deferido o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (benefício NB 42/118.987.666-0). Relata, mais, que continuou a trabalhar mesmo aposentado e que deseja utilizar o novo tempo de contribuição para obter benefício mais vantajoso. Pretende, a final, a declaração de seu direito à renúncia do benefício implantado, bem como a concessão de novo benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição.

A r. sentença de fls. 82/85 julgou o pedido improcedente e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor dado à causa, com exigibilidade suspensa na forma da Lei 1.060/50.

Apelação do autor a fls. 87/115, pugnando pela reversão do julgado.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Observo ser indevido o sobrestamento processual em decorrência do reconhecimento da repercussão geral do tema. Na esteira de entendimento do C. STJ, em tais hipóteses a suspensão do andamento do feito atinge tão somente os recursos extraordinários pendentes acerca do tema nos estritos termos do art. 543-B, §§1º e 2º, do CPC:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PRESCINDIBILIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO SEGURADO RELATIVAMENTE AO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO A SEREM UTILIZADOS NO CÁLCULO DO NOVO BENEFÍCIO. PEDIDO DE INTEGRAÇÃO DO JULGADO, NOS TERMOS DOS EDCL NO RESP 1.334.488/SC. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 01. Relativamente ao direito de o segurado do regime geral da previdência social (RGPS) requerer a "desaposentação" e aos reflexos desse ato na futura composição da base de cálculo do novo valor do benefício, as Turmas que compõem a Primeira e a Terceira Seções do Superior Tribunal de Justiça têm decidido que: I) "o reconhecimento de repercussão

geral da matéria pelo Excelso Pretório não impede o julgamento do recurso especial por este Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); II) "é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão proferido no recurso repetitivo para que se possa aplicar aos demais recursos o entendimento firmado pela via do art. 543-C do CPC" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); III) "não cabe ao STJ examinar, no âmbito do 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" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); IV) "não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), pois a questão tratada nos autos foi decidida e fundamentada à luz da legislação federal, sem necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2° do art. 18 da Lei nº 8.213/1991, apenas foi dada interpretação conforme a jurisprudência desta Corte. A violação à cláusula de reserva de plenário só ocorre quando a decisão, embora sem explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la com critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição, o que não ocorreu no presente caso" (AgRg no AREsp 570.693/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/10/2014); V) "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' (REsp nº 1.334.488, SC, julgado como representativo de controvérsia" (AgRg no REsp 1.340.432/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014); VI) "consoante entendimento firmado no julgamento do REsp nº 1.334.488/SC, admite-se a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores até então recebidos a título de aposentadoria" (AgRg no REsp 1.104.671/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014). Também têm decidido que, no cálculo da "nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou" (EDcl no REsp 1.334.488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2014). Todavia, se em nenhuma fase do processo, nem no âmbito administrativo, foi ela suscitada, não há como conhecer da quaestio porquanto importaria em supressão de grau de jurisdição. 02. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1257639/PE, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015).

Afasto a preliminar de decadência, vez que a previsão do art. 103 da Lei nº 8.213/91 volta-se à revisão de benefício previdenciário, ou seja, a modificação do benefício já existente. De outro lado, na hipótese de desaposentação, o segurado pretende renunciar ao benefício existente, obtendo outro distinto, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito. Nesse sentido é a orientação do C. STJ, em sede de recurso repetitivo:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 103 DA LEI 8.213/91. INAPLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. RECURSO IMPROVIDO.
1. Inexiste negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida "de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante" (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A desaposentação indica o exercício do direito de renúncia ao benefício em manutenção a fim de desconstituir o ato original e, por conseguinte, obter uma nova aposentadoria, incrementada com as contribuições vertidas pelo segurado após o primeiro jubilamento.
3. A norma extraída do *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91 não se aplica às causas que buscam o reconhecimento do direito de renúncia à aposentadoria, mas estabelece prazo decadencial para o segurado ou seu beneficiário postular a revisão do ato de concessão de benefício, o qual, se modificado, importará em pagamento retroativo, diferente do que se dá na desaposentação.
4. A interpretação a ser dada ao instituto da decadência previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91 deve ser restritiva, haja vista que as hipóteses de decadência decorrem de lei ou de ato convencional, inexistentes na espécie.
5. A jurisprudência desta Corte acolheu a possibilidade de renúncia com base no entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, por isso, suscetíveis de desistência por seus titulares (REsp 1.334.488/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, julgado proferido sob o rito do art. 543 -C do CPC, DJe 14/5/13).
6. Sendo certo que o segurado pode dispor de seu benefício, e, ao fazê-lo encerra a aposentadoria que percebia, não há falar em afronta aos arts. 18, § 2º, e 103, *caput*, da Lei 8.213/91. E, devido à desconstituição da aposentadoria renunciada, tampouco se vislumbra qualquer violação ao comando da alínea "b" do inciso II do art. 130 do Decreto 3.048/99, que impede a expedição de certidão de tempo de contribuição quando este já tiver sido utilizado para efeito de concessão de benefício, em qualquer regime de previdência social.
7. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008.
(STJ, REsp 1348301/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 24/03/2014).

A propósito, mais, precedentes desta Turma:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. DECADÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. I- Com efeito, nos termos do art. 535, do CPC, os embargos declaratórios têm por escopo suprir omissões, contradições ou obscuridades, só havendo possibilidade de "conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos" (EDResp nº 229.851, DJU 10/4/00). II- O acórdão embargado deixou de ser manifestar com relação à preliminar de decadência. III- A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.348.301/SC, de Relatoria do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima, firmou o seguinte posicionamento: "(...) 3. A norma extraída do caput do art. 103 da Lei 8.213/91 não se aplica às causas que buscam o reconhecimento do direito de renúncia à aposentadoria, mas estabelece prazo decadencial para o segurado ou seu beneficiário postular a revisão do ato de concessão de benefício, o qual, se modificado, importará em pagamento retroativo, diferente do que se dá na desaposentação. 4. A interpretação a ser dada ao instituto da decadência previsto no art. 103, caput, da Lei 8.213/91 deve ser restritiva, haja vista que as hipóteses de decadência decorrem de lei ou de ato convencional, inexistentes na espécie". Dessa forma, afasto a alegação de ocorrência da decadência. Outrossim, a existência de Repercussão Geral sobre o tema não implica sobrestamento das apelações nas quais a matéria se faz presente. IV- Com a ressalva da omissão apontada, a pretensão trazida aos autos é a de obter a reforma da decisão, conferindo ao recurso nítido caráter infringente, com o intuito de renovar o julgamento de matérias que já foram discutidas à exaustão e que já receberam adequada resposta judicial. V- Afastado o pleito de prequestionamento, dada a ausência dos requisitos previstos no art. 535, do CPC. VI- Recurso parcialmente provido. (TRF-3, AC 0010801-11.2012.4.03.6183, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. NEWTON DE LUCCA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2015).

> PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. PRELIMINAR. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. - Preliminar rejeitada. Requisitos invocados para a almejada desaposentação dizem respeito a interstício posterior ao ato concessório. Não há que se falar em decadência do direito. (...).(TRF-3, AC 0006983-44.2015.4.03.9999, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2015).

No mérito, o ponto controvertido consiste em saber se a parte autora, que se aposentou por tempo de contribuição e continuou contribuindo para a Previdência Social, poderia, ou não, renunciar ao benefício atual e utilizar as contribuições recolhidas durante a aposentadoria para obtenção de outro benefício mais vantajoso.

O art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 dispõe:

> § 2º 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.

Embora em oportunidades anteriores tenha me manifestado favoravelmente à tese previdenciária, curvo-me à orientação firmada, em sede de recurso repetitivo, pelo STJ e sufragada na jurisprudência da 3ª Seção deste Tribunal, declarando a possibilidade de desaposentação independentemente de devolução das quantias já recebidas a título de benefício pelo segurado:

> 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 jubilamento. Precedentes do STJ.
> 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsps 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 desaposentação, 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, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 14/05/2013)

DIREITO PROCESSUAL E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. 1. A prejudicial de decadência não merece ser conhecida, na medida em que foi afastada, por decisão unânime da E. Oitava Turma desta Corte Regional, e, se é assim, decorre ausência de interesse do ente público na modificação do julgamento, no que tange a essa questão. 2. A controvérsia recai sobre a possibilidade de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, percebida pelo autor, pela aposentadoria integral, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento. 3. Diante da orientação do E. Superior Tribunal de Justiça firmada em sede de representação de controvérsia, baseada na seara dos recursos repetitivos, regrado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, entendo possível a desaposentação (REsp 1334488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamim, Primeira Seção, DJe 14/05/2013). 4. Não há necessidade de devolução dos valores relativos à aposentadoria renunciada, nos termos do decidido no REsp nº 1.334.488/SC. 5. Prejudicial de decadência não conhecida. Embargos infringentes improvido. (TRF-3, EI 0007796-57.2013.4.03.6114, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. SOUZA RIBEIRO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/06/2015).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. I - O E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. II - A preliminar de ocorrência de decadência deve ser rejeitada, pois não se trata de revisão de benefício previdenciário, mas sim de renúncia, daí não se aplicando o disposto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91. III - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia. IV - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício. V - Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita. VI - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício. VII - No que concerne à necessidade de restituição dos valores recebidos para que o tempo possa ser reutilizado na concessão de nova aposentadoria, tenho adotado o entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. VIII - Preliminares de sobrestamento do recurso e de ocorrência de decadência rejeitadas. Embargos infringentes interpostos pelo INSS a que se nega provimento. (TRF-3, EI 0005233-48.2011.4.03.6183, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/06/2015).

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. I - Não se conhece da matéria referente à decadência, tendo em vista que foi apreciada pela Turma Julgadora e rejeitada, à unanimidade. II - A controvérsia recai sobre a possibilidade de desaposentação, consistente na substituição do benefício que percebe a parte autora, por um outro mais vantajoso, computando-se o período laborado posteriormente à aposentação. III - Diante da orientação do E. Superior Tribunal de Justiça firmada em sede de representação de controvérsia, baseada na seara dos recursos repetitivos, regrado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, entendo possível a desaposentação (REsp 1334488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamim, Primeira Seção, DJe 14/05/2013). IV - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. V - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados (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. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008). VI - Não há óbice ao julgamento do presente feito. VII - Desnecessidade de devolução dos valores relativos à aposentadoria renunciada, nos termos do decidido no REsp nº 1.334.488/SC. VIII - Embargos infringentes providos. (TRF-3, AI 0019554-81.2014.4.03.9999, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/05/2015).

Inexistente requerimento administrativo prévio, a data de início do benefício deve ser fixada na data de citação do INSS, consoante orientação desta Turma:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. - Inovação introduzida pelo art. 285-A do CPC visa a garantir a celeridade processual, ao evitar a inútil movimentação da máquina judiciária, em demandas cuja solução pode ser conhecida desde o início, porque o Juízo enfrentou, anteriormente, todos os aspectos da lide e concluiu pela integral improcedência do pedido, em casos idênticos. Não há que se falar em anulação da sentença. - 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". - A Primeira Seção do E. STJ acolheu em parte os Embargos de Declaração opostos em face do referido acórdão, assentando que "a nova aposentadoria a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou". - Diante da orientação do STJ a respeito do tema, firmada em sede de representação de controvérsia, baseada na seara dos recursos repetitivos, regrado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, entendo possível a desaposentação. - Não se ignora o julgamento proferido pelo

E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. - Reconhecimento do direito da parte autora à desaposentação, com a concessão do novo benefício pleiteado. - Dispensada a devolução dos valores relativos à aposentadoria renunciada, nos termos do decidido no REsp nº 1.334.488/SC. - O termo inicial deve ser fixado na data do requerimento administrativo e, na sua ausência, na data da citação, momento em que a Autarquia tomou conhecimento da pretensão. - A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor. - Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV. - A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo "a quo". - As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso. - Apelo da parte autora provido. (TRF-3, AC 0008646-62.2014.4.03.6119, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2015).

As prestações vencidas devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora a partir da citação, consoante orientação jurisprudencial desta Turma:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. - Requisitos invocados para a almejada desaposentação dizem respeito a interstício posterior ao ato concessório. Não há que se falar em decadência do direito. - 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". - A Primeira Seção do E. STJ acolheu em parte os Embargos de Declaração opostos em face do referido acórdão, assentando que "a nova aposentadoria a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou". - Diante da orientação do STJ a respeito do tema, firmada em sede de representação de controvérsia, baseada na seara dos recursos repetitivos, regrado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, entendo possível a desaposentação. - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. - Reconhecimento do direito da parte autora à desaposentação, mediante a cessação do benefício anterior e implantação de novo benefício, mais vantajoso. - Dispensada a devolução dos valores relativos à aposentadoria renunciada,

nos termos do decidido no REsp nº 1.334.488/SC. - O termo inicial deve ser fixado na data do requerimento administrativo e, na sua ausência, na data da citação, momento em que a Autarquia tomou conhecimento da pretensão. - A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado. - Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV. - A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo "a quo". - As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso. - O valor da renda mensal inicial do novo benefício da parte autora deve ser apurado em fase de execução do julgado. - Apelo da parte autora parcialmente provido.
(TRF-3, AC 0003647-94.2013.4.03.6121, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/06/2015).

Honorários advocatícios, a cargo do INSS, fixados em 10% da condenação até a data da sentença, excluídas as prestações vencidas após a sua prolação nos termos da Súmula 111 do STJ.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0029651-09.2015.4.03.9999
(2015.03.99.029651-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CECILIA DE FATIMA ARRUDA IWAMI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE INDAIATUBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe de Processo: AC 2086087
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA (ART. 103 DA LEI 8.213/91). INAPLICABILIDADE. MATÉRIA REPETITIVA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA REQUERIDA POR DEPENDENTE. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO.

1. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça ao julgar, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil o Recurso Especial 1.348.301/SC, decidiu que a norma extraída do "caput" do artigo 103 da Lei 8.213/91, que estabelece prazo decadencial para o segurado ou seu beneficiário postular a revisão do ato de concessão de benefício, o qual, se modificado, importará em pagamento retroativo, não se aplica na desaposentação.

2. O pleito formulado na inicial, de majoração do valor da pensão por morte da parte autora, originária de aposentadoria por tempo de serviço, perpassa, obrigatoriamente, por ato personalíssimo, a cargo exclusivo do falecido detentor desse último benefício.

3. Ocorre que, como é cediço, a desaposentação implica em renúncia à percepção de benefício previdenciário - a aposentadoria por tempo de serviço -, ato, portanto, da alçada única de quem o possui.

4. No caso, inviável, mesmo em tese, a prática do ato que constitui a premissa obrigatória para a procedência do pedido, de rigor reconhecer não possuir a parte autora legitimidade ativa *ad causam*.

5. Reexame necessário, tido por interposto, e apelação do INSS providos, para extinguir o processo sem resolução do mérito.

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 provimento ao reexame necessário, tido por interposto, e à apelação do INSS para extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de outubro de 2015.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de ação ajuizada por Cecilia de Fatima Arruda Iwami em face do INSS, objetivando renúncia da aposentadoria por tempo de contribuição concedida pelo Regime Geral de Previdência Social para fins de obtenção de outra mais vantajosa, no mesmo regime previdenciário, com o cômputo das contribuições posteriores à jubilação do segurado falecido e, por conseguinte, a revisão da renda mensal inicial do seu benefício de pensão por morte, sem que tenha que devolver os proventos já recebidos a título de aposentadoria.

A r. sentença de fls. 67vº/72vº julgou procedente o pedido e condenou o INSS a promover a desaposentação do *de cujus*, com a implantação de novo benefício e a revisão da pensão por morte. Fixou a verba honorária em R$ 1.000,00.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

O INSS recorreu alegando a prejudicial de decadência para a revisão do ato de concessão do beneficio. No mérito, sustentando, em síntese, que o pedido da parte autora encontra óbice no art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, e não é de simples desaposentação, mas de ato de renúncia de benefício, o que se mostra inviável, pois se trata de ato jurídico perfeito, que não pode ser alterado unilateralmente. Ainda, que a admissão da desaposentação para fins de obtenção de nova aposentadoria atenta contra os princípios informadores do sistema de previdência. Por fim, que a renúncia tem por finalidade o somatório de períodos posteriores ao ato de aposentadoria, o que demanda a atribuição de efeitos "ex tunc", implicando na devolução dos valores recebidos. Prequestiona a matéria. Subsidiariamente, requer a devolução dos valores recebidos.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora).

De início, aplica-se ao caso o disposto na Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

> A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Quanto ao pedido inicial, oriento-me pela ausência de uma das condições da ação, a legitimidade de parte ativa para a causa.

É que o pleito formulado na inicial, de majoração do valor da pensão por morte da parte autora, originária de aposentadoria por tempo de serviço nº 111.278.444-3/42, perpassa, obrigatoriamente, por ato personalíssimo, a cargo exclusivo do falecido detentor desse último benefício.

Com efeito, para que se proceda à elevação do salário-de-benefício da citada pensão por morte, necessária se faria, nos moldes do pedido exordial, a discussão acerca da possibilidade, ou não, da desaposentação do marido instituidor da pensão.

Ocorre que, como é cediço, a desaposentação implica em renúncia à percepção de benefício previdenciário - a aposentadoria por tempo de serviço proporcional -, ato, portanto, da alçada única de quem o possui.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa de julgado a seguir transcrita:

> PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. BENEFÍCIO NÃO REQUERIDO PELO TITULAR DO DIREITO. ILEGITIMIDADE ATIVA DE SUCESSOR PREVIDENCIÁRIO. CONFIGURAÇÃO.
> 1. A autora, titular do benefício de pensão por morte de seu marido, pretende renunciar à aposentadoria do de cujus e requerer outra mais vantajosa, computando-se o tempo em que o instituidor da pensão, embora aposentado, continuou a trabalhar.
> 2. A desaposentação constitui ato de desfazimento da aposentadoria, pela própria vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação para concessão de nova e mais vantajosa aposentadoria.
> 3. Trata-se de direito personalíssimo do segurado aposentado, porquanto não se vislumbra mera revisão do benefício de aposentadoria, mas, sim, de renúncia, para que novo e posterior benefício, mais vantajoso, seja-lhe concedido.
> 4. Os sucessores não têm legitimidade para pleitear direito personalíssimo, não exercido pelo instituidor da pensão (renúncia e concessão de outro benefício), o que difere da possibilidade de os herdeiros pleitearem diferenças pecuniárias de benefício já concedido em vida ao instituidor da pensão (art. 112 da Lei 8.213/91).
> Recurso especial improvido. (REsp 1515929/RS, Relator Ministro Humberto Martins, j. 19/05/2015, DJe 26/05/2015)

Essa também é a orientação dessa Décima Turma, segundo Acórdãos, assim ementados:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DESAPOSENTAÇÃO. CÔNJUGE DO SEGURADO FALECIDO. RENÚNCIA. ATO PERSONALÍSSIMO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE AUTORA. I - O compulsar dos autos revela que a autora recebe pensão por morte de seu falecido cônjuge, e pretende com a presente ação o reconhecimento do direito à "desaposentação" do finado, com o fim de receber benefício mais vantajoso. II - Evidencia-se no presente feito a ilegitimidade ativa da parte autora, na medida em que o reconhecimento ao direito relativo à "desaposentação" está condicionado à renúncia do benefício previdenciário então concedido e tal ato é personalíssimo, não podendo ser praticado pela parte autora, na condição de sucessora do de cujus, haja vista a vedação prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual "... Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio , salvo quando autorizado por lei..". III - Apelação da parte autora improvida. (AC 00026075120144036183, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, j. 16/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/09/2014)

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. BENEFÍCIO DE TITULARIDADE DE CÔNJUGE FALECIDO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CARÁTER PERSONALÍSSIMO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI DO CPC. 1. Remessa oficial conhecida, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil. 2. A parte autora ajuizou a presente ação com o escopo de renunciar a benefício previdenciário de titularidade de seu cônjuge já falecido, para que outro, mais favorável, fosse convertido em pensão por morte. 3. Configurada a ocorrência de ilegitimidade ativa *ad causam*, na medida em que o direito que se pretende ver afirmado em juízo, deve ser pleiteado em nome próprio, sendo de cunho personalíssimo, nos termos do artigo 6º do CPC, carecendo a parte autora de personalidade jurídica para ingressar com a ação. 4. Ilegitimidade ativa *ad causam* reco-

nhecida de ofício. Remessa oficial e apelações do INSS e da parte autora prejudicadas. (AC 00200556920134039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, j. 29/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/05/2014)

No caso, pois, inviável, mesmo em tese, a prática do ato que constitui a premissa obrigatória para a procedência do pedido, de rigor reconhecer não possuir a parte autora legitimidade ativa *ad causam*.

Não competindo ao Poder Judiciário, por meio do provimento jurisdicional pleiteado na presente demanda, suprir, por vias oblíquas, o referido ato.

A autora carecedora da ação, portanto, deve ser extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Com supedâneo em entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal *(Agravo Regimental em RE nº 313.348/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2003, DJU 16/05/2003, p. 616),* e considerando ser a parte autora beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita, deixo de condená-la ao pagamento das verbas de sucumbência.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, TIDO POR INTERPOSTO, E À APELAÇÃO DO INSS para extinguir o processo sem resolução do mérito, em razão da carência da ação, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Sem condenação nas verbas de sucumbência, uma vez que a parte autora é beneficiária de assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

Direito Processual Civil



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002663-02.2005.4.03.61
(2005.61.83.002663-0)

Agravante: GENARIO ALVES
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelantes: GENARIO ALVES E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe de Processo: ApelReex 1499868
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. AUXÍLIO-ACIDENTE. COMPETÊNCIA DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.
2. Os elementos de cognição demonstram o nexo de causalidade entre o sinistro ocorrido e a atividade laborativa desenvolvida pela parte autora. Desta feita, aferido o nexo causal, tem-se tratar, portanto, de acidente de trabalho.
3. Consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, a competência para se conhecer da ação relativa a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual.
4. Na dicção da Súmula nº 15 do E. Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho".
5. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela parte autora em face de decisão monocrática

terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Em suas razões de inconformismo a agravante postula a reforma do julgado ao argumento de ser a Justiça Federal competente para o processamento e julgamento do feito.

Este o relatório

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observo que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> Trata-se de ação objetivando a concessão de auxílio-acidente.
> O Juízo "a quo" julgou procedente o pleito inicial, para conceder o benefício de auxílio-acidente desde a cessação do benefício de auxílio-doença (18/03/1996). Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação. Sentença submetida ao reexame necessário.
> Apela o INSS alegando, preliminarmente, a ausência de requerimento administrativo. Subsidiariamente, insurge-se em relação aos honorários advocatícios e consectários legais.
> Apela também a parte autora, pleiteia a reforma do julgado no tocante aos consectários legais e honorários advocatícios.
> Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta Corte Regional.
> É o relatório.
> Decido.
> O art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.
> A parte autora postula a concessão do benefício de auxílio-acidente, conforme se observa no documento acostado às fls. 308 (extrato CNIS/Dataprev).
> Os elementos de cognição demonstram o nexo de causalidade entre o sinistro ocorrido e a

atividade laborativa desenvolvida pela parte autora. Desta feita, aferido o nexo causal, tem-se tratar, portanto, de acidente de trabalho.
Consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, a competência para se conhecer da ação relativa a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual.
Confira a dicção da Súmula nº 15 do E. Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho".
Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3O DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF. A teor do § 3o c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho . Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido" (RE-AgR 478472, CARLOS BRITTO, STF); "EMEN: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RESULTANTE DE ACIDENTE DO TRABALHO . Tanto a ação de acidente do trabalho quanto a ação de revisão do respectivo benefício previdenciário devem ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de acidente s do trabalho de Santos, SP"(CC 201201805970, ARI PARGENDLER - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/02/2013 ..DTPB:.); "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO VISANDO A OBTER PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO . ALCANCE DA EXPRESSÃO 'CAUSAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO'. 1. Nos termos do art. 109, I, da CF/88, estão excluídas da competência da Justiça Federal as causas decorrentes de acidente do trabalho . Segundo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e adotada pela Corte Especial do STJ, são causas dessa natureza não apenas aquelas em que figuram como partes o empregado acidentado e o órgão da Previdência Social, mas também as que são promovidas pelo cônjuge, ou por herdeiros ou dependentes do acidentado, para haver indenização por dano moral (da competência da Justiça do trabalho - CF, art. 114, VI), ou para haver benefício previdenciário pensão por morte, ou sua revisão (da competência da Justiça Estadual). 2. É com essa interpretação ampla que se deve compreender as causas de acidente do trabalho, referidas no art. 109, I, bem como nas Súmulas 15/STJ ('Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho') e 501/STF (Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho , ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista). 3. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual".(CC 201200440804, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:16/04/2012); "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO EXISTENTE. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. INCOMPETÊNCIA JÁ DECLARADA. REMESSA DOS AUTOS AO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A matéria versada nos presentes autos refere-se à concessão de benefício decorrente de acidente de trabalho , cuja competência para conhecer e julgar não é deste Colendo Tribunal, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República. 2. A Eg. Sétima, por unanimidade, já havia declarado a incompetência da Justiça Federal para apreciação do feito, determinando o encaminhamento dos autos ao Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3. Após novo laudo pericial e sentença, os autos retornam erroneamente à este Eg. Tribunal, sendo nulas a r. decisão de fls. 406/408 e v. acórdão de fls. 427/427v que apreciaram o mérito do pedido. 4. Embargos acolhidos" (AC - APELAÇÃO CÍVEL 0002582-51.2005.4.03.9999, TRF 3ª Região, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2014); "PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO . INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO LEGAL PROVIDO. - A

Constituição Federal em seu artigo 109, I, determina que as causas em que se discute benefício decorrente de acidente de trabalho não se inserem na competência da Justiça Federal. - A hipótese, no entanto, estende-se a outras causas cuja pretensão esteja relacionada com a matéria, incluindo-se nesta a revisão e reajuste de benefícios de ordem acidentária. Dessa forma, tratando-se de ação derivada de acidente do trabalho, aflora a incompetência deste Tribunal ao julgamento do presente recurso. - Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: do STF (RE nº 345486/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/10/2003, DJ 24/10/2003); do STJ (Resp nº 782150/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/11/2005, DJ 28/11/2005) e desta Corte (AC nº 595302, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 08/03/2005, DJ 28/03/2005). - Agravo legal provido face à incompetência deste Egrégio Tribunal Regional para a apreciação do recurso interposto e determinada a redistribuição do feito ao Tribunal de Justiça de São Paulo" (AC - APELAÇÃO CÍVEL 0008748-89.2011.4.03.9999, TRF 3ª Região, 7ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Mônica Nobre, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2013); "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). DORT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Cabe à Justiça Estadual o julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho decorrente de doença ocupacional ou relacionada ao trabalho - LER/DORT. 2. Agravo legal provido". (AC 00087319020054036110, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/09/2012): "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. COMPETÊNCIA DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - Não merece reparos a decisão recorrida, que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto de decisão proferida pela MMª Juíza Federal Substituta, da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, que declinou da competência para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos para uma das Varas Estaduais da Comarca de São Paulo, por se tratar de demanda acidentária. II - A Lei Federal nº 11.340, de 26.12.2006, acrescentou o artigo 21-A e parágrafos à Lei 8.213/91, instituindo o nexo técnico epidemiológico previdenciário - NTEP. III - O reconhecimento do NTEP pelo médico perito do INSS faz presumir a natureza ocupacional da doença apresentada pela segurada, reconhecendo seu direito ao benefício acidentário e transferindo ao empregador o ônus de provar que não se trata de moléstia adquirida em razão da atividade laborativa exercida. IV - A ora recorrente pretende anular o ato do INSS, que, mediante a aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP, converteu auxílio-doença previdenciário em acidentário. Para tanto, almeja demonstrar na esfera judicial que a moléstia apresentada pela segurada não teve origem na atividade laborativa desenvolvida e que, portanto, não se trata de pessoa portadora de doença ocupacional. V - A discussão posta em juízo gira em torno de saber se a segurada faz jus ao benefício acidentário, reconhecido pelo INSS, mediante a aplicação do NTEP. VI - A matéria foge à competência de julgamento da Justiça Federal, consoante a regra inserta no art. 109, inc. I, da Constituição Federal/88 e Súmula 15 do E. STJ, segundo às quais compete à Justiça Estadual julgar os processos relativos a acidente ou doença do trabalho . VII - Não merece reparos a decisão recorrida, posto que calcada em precedentes desta E. Corte. VIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. XI - Agravo legal não provido" (AI 00016824820124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/09/2012).
Posto isso, tratando-se de matéria de ordem pública, declaro, de ofício, a incompetência absoluta do juízo, e determino a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cancelando-se a distribuição.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos

tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA
0009311-68.2015.4.03.0000
(2015.03.00.009311-8)

Agravante: CÉLIO RODRIGUES PEREIRA (= ou > de 60 anos)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Autor: CÉLIO RODRIGUES PEREIRA (= ou > de 60 anos)
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Parte Autora: TEREZA MEDEIROS BAX CARDOSO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator:DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AR 10440
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO E FUNDAMENTADA EM PRECEITO NORMATIVO POSTERIORMENTE DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE EFEITO AUTOMÁTICO DA DECISÃO PROFERIDA PELA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO A ATOS PRETÉRITOS. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O autor parte da premissa de que a última decisão proferida, como marco inicial para o ajuizamento da ação rescisória, foi a que indeferiu o pedido de arbitramento de honorários advocatícios por ocasião do cumprimento de sentença, que teve como fundamento decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei nº 8.036/1990), quando na verdade o cômputo do lapso decadencial teve início com o trânsito em julgado da sentença que deixou de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios (coisa julgada material), uma vez que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 730.462, a eficácia executiva da decisão que julgou inconstitucional o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.164-41 atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes à sua publicação no Diário Oficial, não produzindo a automática reforma ou rescisão de sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente, sendo indispensável, nestes casos, a interposição de recurso próprio ou a propositura de ação rescisória, observado respectivo o prazo decadencial, o que não ocorreu no presente caso.

II - Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de outubro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *agravo regimental* interposto por *Célio Rodrigues Pereira* em face de decisão que, nos autos de ação rescisória proposta contra a Caixa Econômica Federal - CEF, indeferiu a petição inicial com fundamento na decadência do prazo para a sua propositura.

Em suas *razões*, a parte agravante aduz que, nos termos da Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial, o que não teria ocorrido no presente caso.

É o breve relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): O reclamo não procede.

Para a melhor compreensão da matéria, transcrevo o inteiro teor da decisão ora agravada, *verbis*:

> Trata-se de *ação rescisória* ajuizada por *Célio Rodrigues Pereira* objetivando a rescisão de sentença que deixou de condenar a Caixa Econômica Federal - CEF ao pagamento de honorários advocatícios, com fundamento no artigo 29-C da Lei 8.036/1990, introduzido pela Medida Provisória 2.164-41.
> Em sua *petição inicial*, a parte autora pede o deferimento da assistência judiciária gratuita e, no mérito, pugna pela rescisão parcial da sentença, aduzindo que a ré deve ser condenada ao pagamento da verba honorária, uma vez que a sentença fundamentou-se em lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.
> *É o breve relatório. Decido.*
> Anoto, de início, que defiro os benefícios da assistência judiciária.
> Indo adiante, observo que, ainda que se admita como termo inicial para a propositura da ação rescisória a data do trânsito em julgado da ADI 2736 (03/09/2012) e não o da sentença (16/12/2005), entendimento com o qual não comungo, o fato é que, mesmo assim, também restou verificada a ocorrência de *decadência*, uma vez que a presente ação proposta apenas em 30/04/2015, ou seja, mais de dois anos após o trânsito em julgado da ADI.
> Como afirmou o Ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento do RE 730642, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma não produz a automática reforma ou rescisão, sendo que "o efeito vinculante é pró-futuro, ou seja, começa a operar da decisão do Supremo em diante, não atingindo atos anteriores. Quanto ao passado, *é preciso que a parte* que se sentir prejudicada *proponha uma ação rescisória, observando o prazo de dois anos* a contar *da decisão que declarou a inconstitucionalidade*" (Fonte: stf.jus.br, Notícias, 28/05/2015 - grifei).
> Diante do exposto, com fundamento no disposto nos artigos 295, inciso IV e 495, do Código de Processo Civil, *indefiro a petição inicial*.
> Sem condenação em honorários advocatícios.
> Observadas as formalidades legais e efetuadas as devidas certificações, encaminhem-se os autos ao arquivo.
> Publique-se.
> Intime-se.

O autor, ora agravante, parte da premissa de que a última decisão foi a que indeferiu o pedido de arbitramento de honorários advocatícios por ocasião do cumprimento de sentença, o que é equivocado, pois o cômputo do lapso decadencial teve início com o trânsito em julgado da sentença (*16/12/2005*) que deixou de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios (coisa julgada material), uma vez que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 730.462, a *eficácia executiva* da decisão que julgou inconstitucional o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei nº 8.036/1990) atinge atos administrativos e decisões judiciais *supervenientes* à sua publicação no Diário Oficial, não produzindo a automática reforma ou rescisão de sentenças *anteriores* que tenham adotado entendimento diferente, sendo indispensável, nestes casos, a interposição de recurso próprio ou a propositura de ação rescisória, observado respectivo o prazo decadencial, o que não ocorreu no presente caso.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0025530-35.2015.4.03.9999
(2015.03.99.025530-0)

Agravante: APARECIDA SANTINA PEREIRA FAVARO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 130/131
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: APARECIDA SANTINA PEREIRA FAVARO
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PIRAJU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe de Processo: ApelReex 2077953
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ART. 29, II, DA LEI Nº 8.213/91. ACORDO CELEBRADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO IMEDIATO DAS DIFERENÇAS INDEVIDO.

I - O agravo regimental interposto pela autora deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Descabido postular o recebimento das diferenças em atraso em data anterior àquela estabelecida no cronograma de pagamento que também foi objeto da transação, vez que não consta nos autos qualquer elemento a comprovar que a demandante se enquadra em alguma das hipóteses arroladas no artigo 6º da Resolução INSS/PRES nº 268/2013.

III - Acolher a pretensão da autora acarretaria afronta a princípios basilares do ordenamento jurídico, tais como segurança jurídica - o acordo homologado por sentença transitada em julgado seria ignorado -, o devido processo legal - o título judicial em que se funda a execução deve conformá-la integralmente, e não apenas no que mais beneficia a parte -, a isonomia - o cronograma foi homologado em favor de todos os beneficiados, devendo ser respeitadas as prioridades ali estabelecidas -, boa fé processual - o esforço do INSS para realizar a composição seria ignorado e sobrepujado, desestimulando novos acordos em eventuais ações coletivas futuras -, dentre outros.

IV - Agravo da autora improvido (art. 557, §1º, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo da autora (art. 557, §1º, CPC), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pela autora face à decisão que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para julgar improcedente seu pedido de pagamento imediato das diferenças apuradas por força do acordo homologado em ação civil pública, referente à revisão de benefício prevista no art. 29, II, da Lei nº 8.213/91.

Alega a agravante que os valores apurados devem ser pagos imediatamente e não somente em 2022. Sustenta que não é obrigada a se sujeitar aos termos do acordo realizado na ação civil pública, já que trata-se de direito individual homogêneo, não havendo impedimento para interposição de ação individual.

É o relatório.

Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO- Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal, recebo o agravo regimental interposto pela autora como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Relembre-se que, com a presente ação, busca a parte autora o pagamento imediato decorrente da revisão administrativa efetuada nos auxílios-doença que percebeu nos períodos de 05.04.2002 a 12.06.2002 (NB 123.631.370-1; fl. 51/52), 07.07.2004 a 20.01.2006 (NB 505.253.670-0; fl. 53/54), 06.03.2006 a 01.01.2008 (NB 505.928.007-8; fl. 55/56) e 01.01.2009 a 12.12.2009 (NB 536.717.302-7), consoante o disposto no artigo 29, II, da Lei nº 8.213/91, em cumprimento ao acordo homologado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183.

Restou consignado na decisão ora agravada que a forma de pagamento das diferenças também foi objeto do acordo celebrado na mencionada Ação Civil Pública, encontrando-se, igualmente, disciplinada na Resolução INSS/PRES nº 268, de 24.01.2013, cujo artigo 6º assim determinou:

> Art. 6º Observada a prescrição quinquenal, os pagamentos das diferenças serão efetivados em parcela única. As diferenças são devidas a contar de cinco anos anteriores à data da citação do INSS na Ação Civil Pública, até 31 de dezembro de 2012, para os benefícios ativos ou até a data de cessação do benefício.
> § 1º Terão prioridade no pagamento, nessa ordem, os benefícios ativos e os beneficiários mais idosos, identificados na data da citação e os benefícios com menores valores de diferenças, conforme Anexo I - Cronograma de Pagamento das Diferenças - Revisão do art. 29, inciso II da Lei nº 8.213/91.
> § 2º Será admitida a antecipação do pagamento para titulares de benefício acometidos de neoplasia maligna ou doença terminal ou que sejam portadores do vírus HIV ou cujos dependentes descritos nos incisos I a III do art. 16 da Lei nº 8.213/91 se encontrem em uma dessas situações, observando-se as diretrizes abaixo:
> I - os benefícios concedidos em razão de neoplasia maligna ou HIV já foram identificados pelo INSS para fins de garantia da antecipação do cronograma, para março de 2013, sem necessidade de prévio requerimento do interessado; e
> II - os casos que não forem previamente identificados dependerão de requerimento do

> interessado, na forma do Anexo II - Formulário de requerimento de antecipação de pagamento de valores atrasados - por enquadramento do titular do benefício, ou de dependente, em neoplasia maligna ou doença terminal, ou como portador do vírus HIV e serão encaminhados para avaliação médico-pericial para fins de enquadramento nos critérios descritos, com a utilização do formulário constante do Anexo III - Conclusão Médico Pericial.
> (...)

Revisado o benefício da autora em decorrência do acordo celebrado na Ação Civil Pública, conforme documentos de fl. 51/59, mostra-se descabido postular o recebimento das diferenças em atraso em data anterior àquela estabelecida no cronograma de pagamento que também foi objeto da transação, vez que não consta nos autos qualquer elemento a comprovar que ela se enquadra em alguma das hipóteses arroladas no artigo 6º da Resolução INSS/PRES nº 268/2013, de modo a viabilizar a antecipação de pagamento almejada.

A decisão agravada ressaltou, ainda, que acolher a pretensão da autora acarretaria afronta a princípios basilares do ordenamento jurídico, tais como segurança jurídica - o acordo homologado por sentença transitada em julgado seria ignorado -, o devido processo legal - o título judicial em que se funda a execução deve conformá-la integralmente, e não apenas no que mais beneficia a parte -, a isonomia - o cronograma foi homologado em favor de todos os beneficiados, devendo ser respeitadas as prioridades ali estabelecidas -, boa fé processual - o esforço do INSS para realizar a composição seria ignorado e sobrepujado, desestimulando novos acordos em eventuais ações coletivas futuras -, dentre outros.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo da autora (art. 557, §1º, CPC).*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Penal



EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0001951-63.2003.4.03.6124
(2003.61.24.001951-0)

Embargante: ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Partes Rés: DARCI SIMAO E MARIA IVETE GUILHEM MUNIZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: EIfNu 34676
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2015

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, DO CP) E ESTELIONATO QUALIFICADO (ART. 171, *CAPUT* E § 3º, DO CP). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO PREJUDICADO.

I. Não obstante o reconhecimento do concurso material, com a soma das penas dos delitos, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada crime, considerada isoladamente, nos termos do art. 119 do CP.

II. Seguindo as regras de cálculo prescricional penal, não havendo recurso ministerial contra a pena fixada na sentença, como na hipótese do embargante, este é o patamar máximo sancionatório a ser considerado, de acordo com o preceito de *non reformatio in pejus*. Assim, o prazo prescricional no delito de falsidade ideológica é de 4 anos (pena definitiva de 2 anos de reclusão), interregno que alcança 8 anos quanto ao delito de estelionato qualificado (pena definitiva de 2 anos e 8 de reclusão), conforme estabelece o art. 109, V e IV, do CP.

III. No tocante ao delito de falsidade ideológica, os fatos imputados ao embargante remontam *a 29.09.1998 e 19.09.2000,* quando expedidas, de forma indevida, as Carteiras de Pescador Profissional em nome do corréu DARCI, respectivamente pelo IBAMA e pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento, com base em falsas declarações atestando que o corréu DARCI era pescador profissional, as quais foram firmadas pelo embargante, na qualidade de presidente da Colônia de Pescadores de Santa Fé do Sul. Entre a data de consumação dos fatos (*29.09.1998 e 19.09.2000)* e a decisão de recebimento da denúncia (*14.10.2004*) transcorreu mais de 4 anos. Destarte, é forçoso declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do embargante pela prática do crime previsto no art. 299 do CP, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, por se tratar de matéria de ordem pública, nos termos do art. 107, IV, 109, V e 110, §§ 1º e 2º, todos do CP (redação anterior à Lei nº 12.234/10), e art. 61, *caput,* do CPC. Além disso, ainda que não houvesse decorrido o prazo prescricional entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, mesmo assim o *jus puniendi* estatal teria escoado em novembro de 2011, quanto ao delito de falsidade ideológica, considerando que a r. sentença condenatória tornou-se pública em *28.11.2007*.

IV. No tocante ao crime de estelionato, em relação ao embargante, não há que se fa-

lar em extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em quaisquer de suas modalidades, pois não decorreu mais de 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos do prazo prescricional (data da percepção fraudulenta da primeira parcela do benefício previdenciário em *30.12.2002* e a decisão de recebimento da denúncia em *14.10.2004;* entre esta e a publicação da sentença condenatória em *28.11.*2007), nem tampouco entre a data de publicação da sentença condenatória (*28.11.2007),* último marco interruptivo do prazo prescricional, e esta sessão de julgamento (*1º.10.2015*).

V. A pena de multa prescreve no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, no termos do art. 114, II, do CP.

VI. Decretada a extinção da punibilidade do embargante ANTONIO pelo delito de falsidade ideológica, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, remanesce, via de consequência, tão somente a pena estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão e 40 dias-multa, pela prática do crime de estelionato qualificado previsto no art. 171, *caput* e § 3º, do CP. O regime inicial de cumprimento de pena, ante a existência de elementos que autorizaram a exasperação da pena-base do crime de estelionato para além do mínimo legal, ainda que o *quantum* da pena remanescente seja inferior a 4 anos de reclusão, é inegável a manutenção do regime inicial semiaberto à prevenção e a repreensão do crime. Pela mesma razão, nos termos do art. 44, III, do CP, vislumbro não ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes deste e. Tribunal.

VII. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do embargante pela prática do crime de falsidade ideológica, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, resta prejudicado o recurso de embargos infringentes, uma vez que tem por escopo tão somente a prevalência do voto vencido quanto à redução *ex officio* da reprimenda estabelecida pelo referido delito, configurando, pois, a superveniente ausência de interesse processual.

VIII. Declarada, *ex officio,* extinta a punibilidade do réu ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI pela prática do crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do CP, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, 110, §§ 1º e 2º, e 119, todos do CP (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e art. 61, *caput,* do CPP e julgado prejudicado o recurso de embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, declarar, *ex officio,* extinta a punibilidade do réu ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI pela prática do crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do CP, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, 110, §§ 1º e 2º, e 119, todos do CP (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e art. 61, *caput,* do CPP e julgar prejudicado o recurso de embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de outubro de 2015.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo réu ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI em face do v. acórdão de fls. 744/745, proferido pela egrégia Quinta Turma desta Corte que, *à unanimidade*, negou provimento às apelações interpostas pelos réus DARCI SIMÃO e ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI, bem como à apelação do Ministério Público Federal e, de ofício, declarou extinta a punibilidade do réu DARCI pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, §§ 1º e 2º, e 119, todos do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, restando, consequentemente, estabelecida sua pena em 01 ano e 4 meses de reclusão e 13 dias dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal e, *por maioria*, não reduziu, de ofício, a pena fixada ao réu ANTONIO, pela prática do delito de falsidade ideológica, nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal André Nekatschalow, no que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal Luiz Stefanini, restando vencido o Exmo. Juiz Federal Convocado Leonardo Safi (Relator) que aplicava, de ofício, a redução da reprimenda.

O v. aresto ora recorrido também fora objeto de embargos declaratórios do Ministério Público Federal para correção de erros materiais constantes do relatório e voto vencido do Exmo. Relator (fl. 762 vº), que restaram acolhidos (fls. 769/771 vº), sem qualquer modificação da divergência.

O réu ANTONIO, simultaneamente a interposição dos presentes embargos infringentes (fls. 787/788), também opôs embargos de declaração (fls. 789/795 vº), que foram rejeitados (fls. 817/823 vº). Após, ratificou a interposição dos embargos infringentes nos mesmos termos (fl. 828), sendo admitido o recurso por decisão de fl. 843.

Nas razões de embargos infringentes (fls. 787/788), busca o réu ANTONIO a prevalência do voto vencido na parte que reduziu, *ex officio*, a pena-base que lhe fora fixada pela prática do crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), ante o afastamento de acréscimo em função de antecedentes criminais, com base na Sumula nº 444 do e. Superior Tribunal de Justiça.

Os votos vencido e condutor às fls. 734/741 e 743 e verso, respectivamente.

O Exmo. Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, em parecer lançado às fls. 846/854, manifestou, preliminarmente, pelo reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do réu ANTONIO pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal e, no mérito, pelo não provimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

À douta revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo réu ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI em face do v. acórdão de fls. 744/745, proferido pela egrégia Quinta Turma desta Corte

que, *à unanimidade,* negou provimento às apelações interpostas pelos réus DARCI SIMÃO e ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI, bem como à apelação do Ministério Público Federal e, de ofício, declarou extinta a punibilidade do réu DARCI pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, §§ 1º e 2º, e 119, todos do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e artigo 61, *caput,* do Código de Processo Penal, restando, consequentemente, estabelecida sua pena em 01 ano e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal e, *por maioria*, não reduziu, de ofício, a pena fixada ao réu ANTONIO, pela prática do delito de falsidade ideológica, nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal André Nekatschalow, no que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal Luiz Stefanini, restando vencido o Exmo. Juiz Federal Convocado Leonardo Safi (Relator) que aplicava, de ofício, a redução da reprimenda.

O Ministério Público Federal denunciou DARCI SIMÃO, ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI e MARIA IVETE GHUILEM MUNIZ como incursos nos artigos 299 e 171, *caput* e § 3º, do Código Penal.

Segundo consta da peça acusatória (fls. 02/04), o corréu DARCI obteve Carteira de Pescador Profissional emitida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, quando na verdade exercia as profissões de encanador e eletricista. Apurou-se também que este acusado, além de prestar declarações falsas em documento público, recebeu, de forma indevida, o benefício de seguro-desemprego do Ministério do Trabalho na modalidade de pescador artesanal. Já o acusado ANTONIO, ora embargante, na qualidade de presidente da Colônia de Pescadores Z-12, em Santa Fé do Sul/SP, instigou centenas de pessoas, dentre elas o corréu DARCI, a declararem falsamente que faziam da pesca sua profissão ou meio principal de vida, bem como requererem o benefício de seguro-desemprego na modalidade de pescador artesanal, auxiliado, neste último caso, pela denunciada MARIA IVETE, então chefe do PAT - Posto de Atendimento ao Trabalhador, que encaminhava, em branco, os requerimentos do seguro-desemprego à Colônia de Pescadores (fls. 17 e 50), que deveriam ser preenchidos e conferidos por ela no mencionado Posto de Atendimento (PAT).

A denúncia foi recebida em *14.10.2004* (fl. 157).

Após regular instrução, foi proferida sentença (fls. 544/561) que julgou parcialmente procedente a ação penal, absolvendo a acusada MARIA IVETE, nos termos do artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal; e condenando os réus DARCI e ANTONIO pela prática dos crimes descritos nos artigos 299 e 171, *caput* e §3º, ambos do Código Penal, a cumprirem as seguintes penas, respectivamente: 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; e 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Houve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, tão somente em relação ao acusado DARCI, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser escolhida pelo Juízo das Execuções Penais. Quanto ao acusado ANTONIO, não houve substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal. Ao acusado DARCI, em face de responder o processo em liberdade, foi-lhe facultado o apelo na mesma condição. Em relação ao acusado ANTONIO, por responder o processo preso (prisão decretada em processo diverso) e devido às circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi-lhe vedado o apelo em liberdade.

A r. sentença tornou-se pública em *28.11.2007* (fl. 562).

O Ministério Público Federal apelou (fls. 563 e 583/607) requerendo, em síntese, a condenação da acusada MARIA IVETE como incursa na pena do artigo 171, §3º, do Código Penal. O réu ANTONIO recorreu (fls. 566/573) alegando a absolvição em face da fragilidade de provas em relação a sua participação, além da ausência do elemento subjetivo consistente no dolo específico. Por sua vez, o acusado DARCI apelou (fls. 576/579) requerendo a absolvição em face da ausência do dolo específico e, subsidiariamente, alegou que o crime de falsidade ideológica encontrava-se absorvido pelo crime de estelionato. O Ministério Público Federal e a ré MARIA IVETE apresentaram contrarrazões (fls. 608/640 e 651/653).

A e. Quinta Turma desta Corte, em sessão realizada em *24.10.2011*, proferiu o v. acórdão objeto destes embargos infringentes que, *à unanimidade*, negou provimento às apelações interpostas pelos réus e órgão ministerial e, de ofício, declarou extinta a punibilidade do réu DARCI pelo delito de falsidade ideológica em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa e, *por maioria*, não reduziu, de ofício, a pena fixada ao réu ANTONIO pela prática do crime de falsidade ideológica, nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal André Nekatschalow, restando vencido o Exmo. Juiz Federal Convocado Leonardo Safi (Relator) que aplicava, de ofício, a redução da reprimenda.

Destaco que o órgão ministerial opôs embargos declaratórios em face do v. aresto ora atacado apenas para correção de erros materiais constantes do relatório e voto do Exmo. Relator (fl. 762 vº), que restaram acolhidos (fls. 769/771 vº), sem qualquer modificação da divergência. O corréu ANTONIO, simultaneamente à interposição dos embargos infringentes, também opôs embargos declaratórios (fls. 789/795 vº), que foram rejeitados (fls. 817/823 vº).

Segue o ementário do v. acórdão atacado nos embargos infringentes:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E ARTS. 299, *CAPUT*, C. C. O ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DECLARADA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO NO QUE TOCA A UM DOS RÉUS (APENAS QUANTO AO DELITO DE FALSO). NEGADO PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES INTERPOSTAS PELOS RÉUS E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
> 1. Transcorridos mais de 4 (quatro) anos (art. 109, V, CP) entre a data dos fatos (29.09.98 - fl. 86 e 19.09.00 - fls. 65 e 89) e a data do recebimento da denúncia (14.10.04 - fl. 155), deve ser declarada, *ex officio*, extinta a punibilidade do réu Darci Simão pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V e 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal.
> 2. Materialidade delitiva dos crimes de falsidade ideológica e de estelionato está comprovada pelo Ofício emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego contendo o rol dos pescadores beneficiados pelo Programa Seguro-Desemprego de Pescador Artesanal da colônia Z-12 de Santa Fé do Sul - SP (fls. 17/18); pelo requerimento do Seguro-Desemprego de Pescador Artesanal (fl. 20); pelo Cartão de Cadastramento no Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 21); pelo Atestado de Pescador Profissional emitido pela Colônia de Pescadores Z-12, em Santa Fé do Sul - SP, destinado ao Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 22 e 55); pela Consulta de Situação do Requerimento/Recurso ou PIS-PASEP comprovando o recebimento de parcelas referentes a seguro-desemprego (fl. 16); pelo Cadastro Nacional de Atividades Pesqueiras - Pescador Profissional (fl. 65); pela Carteira de Registro de Pescador Profissional nº 444799 emitida em 29.09.98 pelo Ministério do Meio Ambiente (fl. 86), pela Carteira de Pescador Profissional nº 25-03880, emitida em 19.09.00 pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento (fl. 89) e pelo Protocolo de Carteira de Pescador Profissional no Ministério da Agricultura e Abastecimento (fl. 90), sendo que todos os documentos são falsos e estão em nome do acusado Darci Simão.

3. Autoria comprovada pelos depoimentos prestados pelo corréu Darci Simão, corroborado por depoimentos testemunhais, comprovando o incentivo e orientação às pessoas, que não faziam da pesca suas atividades profissionais, a retirarem carteiras de pescadores profissionais, não verificando se as declarações prestadas eram verídicas e autênticas.
4. Mantida a condenação dos apelantes Darci Simão e Antonio Valdenir Silvestrini pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, haja vista que aquele recebeu indevidamente valores a título de seguro-desemprego (fl. 16) entre 30.12.02 a 20.02.03, causando prejuízos aos cofres do Ministério do Trabalho e Emprego.
5. Mantida a absolvição da acusada Maria Ivete Gilhem Muniz.
6. Os réus, em suas razões de apelação, não se insurgiram quanto à dosimetria da pena, que deve ser mantida, como fixada em primeiro grau.
7. Negado provimento às apelações interpostas por Darci Simão e Antonio Valdenir Silvestrini, bem como do Ministério Público Federal e, *ex officio*, declarando extinta a punibilidade do réu Darci Simão pela prática do crime previsto no art. 299 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Nas razões de embargos infringentes (fls. 787/788), busca o réu ANTONIO a prevalência do voto vencido na parte que reduziu, *ex officio,* a pena-base que lhe fora imposta pela prática do crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), ante o afastamento de acréscimo em função de antecedentes criminais, com base na Sumula nº 444 do e. Superior Tribunal de Justiça.

O voto vencedor assentou entendimento pela impossibilidade de redução, de ofício, da reprimenda e, no mais, acompanhou o voto vencido.

Desta forma, a divergência versada no presente recurso cinge-se à possibilidade ou não de redução *ex officio* da pena-base relativa ao crime de falsidade ideológica quanto ao réu ANTONIO, ora embargante.

Da Prescrição da Pretensão Punitiva

Contudo, antes de adentrar na análise dos embargos infringentes, faz-se necessário verificar o interesse processual penal do recorrente à luz de eventual prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme arguido preliminarmente no parecer ministerial de fls. 846/851.

A r. sentença, confirmada em grau de apelação, condenou o embargante ANTONIO pela prática do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP) às penas definitivas de 2 (dois) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa; e pela prática do crime de estelionato qualificado (art. 171, *caput* e § 3º, CP) às penas definitivas de 2 (dois) anos e 8 (meses) de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Registro que, não obstante o reconhecimento do concurso material, com a soma das penas dos delitos, perfazendo o montante de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada crime, considerada isoladamente, nos termos do artigo 119, do Código Penal.

Seguindo as regras de cálculo prescricional penal, não havendo recurso ministerial contra a pena fixada na sentença, como na hipótese do embargante ANTONIO, este é o patamar máximo sancionatório a ser considerado, de acordo com o preceito de *non reformatio in pejus*. Assim, o prazo prescricional no delito de falsidade ideológica é de quatro anos (pena definitiva de 2 anos de reclusão), interregno que alcança oito anos quanto ao delito de estelionato qualificado (pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão), conforme estabelece o artigo 109, incisos V e IV, do Código Penal.

No tocante ao delito de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, os fatos imputados ao embargante ANTONIO remontam *a 29.09.1998 e 19.09.2000*, quando ex-

pedidas, de forma indevida, as Carteiras de Pescador Profissional em nome do corréu DARCI, respectivamente pelo IBAMA e pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento (fls. 65 e 89), com base em falsas declarações atestando que o corréu DARCI era pescador profissional, as quais foram firmadas pelo embargante ANTONIO, na qualidade de presidente da Colônia de Pescadores de Santa Fé do Sul.

Confira-se excerto do voto do Exmo. Juiz Federal Convocado Leonardo Safi (Relator) - fls. 737 vº e 738 (não houve divergência nesta questão):

> Portanto, em face do conjunto probatório, conclui-se que Darci Simão, orientado e instigado por Antonio Valdenir Silvestrini, obteve, ilicitamente, em 29.09.1998, Carteira de Pescador Profissional nº 444799 expedida pelo Ministério do Meio Ambiente/Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (fl. 86) e em 19.09.2000, Carteira de Pescador Profissional nº 25-03880 expedida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento (fls. 65 e 89). Para obtenção dos referidos documentos, o réu Darci Simão necessitou e utilizou das falsas declarações atestando que ele era pescador profissional, emitidas pela Colônia de Pescadores de Santa Fé do Sul, cujo presidente à época era o acusado Antonio Valdenir Silvestrini, as quais foram essenciais para a expedição das Carteiras de Pescador Profissional em nome do corréu Darci Simão, devendo ser mantida a condenação daquele pela prática do crime de falsificação ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal.

Entre a data de consumação dos fatos (*29.09.1998 e 19.09.2000),* quando emitidas as Carteiras de Pescador Profissional em nome do corréu DARCI com base em declarações falsas firmadas pelo corréu ANTONIO, e a decisão de recebimento da denúncia (*14.10.2004* - fl. 155) transcorreu mais de 4 (quatro) anos. Destarte, é forçoso declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do corréu ANTONIO pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, por se tratar de matéria de ordem pública, nos termos do artigo 107, inciso IV, 109, inciso V e 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.234/10), e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, julgados desta Corte:

> EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 171, §3º, C.C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. TERCEIRO. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO INDEVIDO. BENEFICIÁRIO FALECIDO. CONSUMAÇÃO. CRIME CONTINUADO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DE PARTE DOS FATOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.
> *Omissis*
> VIII - Embargos infringentes não providos. De ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal retroativa e declarada a extinção da punibilidade somente quanto aos fatos relativos aos meses de maio de 2001 até novembro de 2004, *ex vi* dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V e 110, § 1º (redação da época dos fatos), todos do Código Penal. Quanto às competências remanescentes, reduzido o quantum de exasperação relativo ao art.71, do Código Penal para 1/5, resultando na pena privativa de liberdade de 01 (um) ano 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos do r. voto condutor. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, EIFNU 0009243-29.2007.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 01/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/08/2013)

> PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. PETRECHOS DE FALSIFICAÇÃO E FALSIFICAÇÃO DE

DOCUMENTO PÚBLICO. CONCURSO MATERIAL. PENAS AUTÔNOMAS. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA A ABSOLVIÇÃO DO CO-RÉU. AUSÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO NÃO PROVIDO.
Omissis
2. Concurso material de crimes. Autonomia das penas para efeito de contagem do prazo prescricional. Decurso de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença.
3. Declaração de extinção da punibilidade, de ofício, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com fundamento nos artigos 107, inciso IV do Código Penal, restando prejudicado o exame do recurso de apelação interposto pela defesa.
Omissis
8. Apelação do Ministério Público Federal a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 2003.03.99.021382-0, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, julgado em 24/08/2004, DJU DATA: 10/09/2004)

Além disso, ainda que não houvesse decorrido o prazo prescricional entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, mesmo assim o *jus puniendi* estatal teria escoado em novembro de 2011, quanto ao delito de falsidade ideológica, considerando que a r. sentença condenatória tornou-se pública em *28.11.2007* (fl. 562).

Já no tocante ao crime de estelionato, cuja pena definitiva foi fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, alcançando o prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do inciso IV do artigo 109 do Código Penal, não há que se falar em extinção da punibilidade do embargante ANTONIO, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em quaisquer de suas modalidade, pois não decorreu mais de 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos do prazo prescricional (data da percepção fraudulenta da primeira parcela do benefício previdenciário em *30.12.2002* e a decisão de recebimento da denúncia em *14.10.2004;* entre esta e a publicação da sentença condenatória em *28.11.*2007), nem tampouco entre a data de publicação da sentença condenatória (*28.11.2007),* último marco interruptivo do prazo prescricional, e esta sessão de julgamento (*1º.10.2015*).

Avulta assinalar que a pena de multa prescreve no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, no termos do artigo 114, inciso II, do Código Penal.

Por sua vez, decretada a extinção da punibilidade do embargante ANTONIO pelo delito de falsidade ideológica, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, remanesce, via de consequência, tão somente a pena estabelecida em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do crime de estelionato qualificado previsto no artigo 171, *caput* e § 3º, do Código Penal.

A r. sentença, confirmada em grau de recurso, em relação ao embargante ANTONIO, fixou o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, lembrando que, por força do concurso material, as penas dos delitos somavam 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

O magistrado para determinar o regime inicial de cumprimento da pena deve valer-se, além do *quantum* de pena imposta (art. 33, § 2º, do CP), das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, *ex vi* do § 3º do artigo 33 do mesmo *codex*.

No caso em exame, ante a existência de elementos que autorizaram a exasperação da pena-base do crime de estelionato para além do mínimo legal (pena-base estabelecida em 2 anos de reclusão) - "conduta de instigar falsos pescadores a obterem a carteira de profissional e, consequentemente, postularem o seguro desemprego de pescador artesanal" -, ainda que o

quantum da pena remanescente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é inegável a manutenção do regime inicial semiaberto à prevenção e a repreensão do crime.

Pela mesma razão, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, vislumbro não ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nessa esteira, trago excerto deste e. Tribunal:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE: UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS MATERIALMENTE FALSIFICADOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS: FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO E NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA.
> *Omissis*
> 5. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da existência de circunstâncias desfavoráveis a autorizar a imposição de regime mais gravoso, deve ser fixado no semiaberto, nos termos do artigo 33, §3º do Código Penal. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, por ausência de preenchimento do requisito do artigo 44, III, do Código Penal, vez que as circunstâncias do artigo 59 não são favoráveis às rés, sendo a substituição insuficiente para reprimir a conduta.
> 6. Apelação ministerial provida, para condenar a acusada à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, mais pagamento de 23 dias-multa, no piso legal.
> (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002026-96.2001.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 03/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2015)

Noutro enfoque, a par da declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do embargante ANTONIO pela prática do crime de falsidade ideológica, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, é de se julgar prejudicado o recurso de embargos infringentes, uma vez que tem por escopo tão somente a prevalência do voto vencido quanto à redução *ex officio* da reprimenda estabelecida pelo referido delito, configurando, pois, a superveniente ausência de interesse processual.

Diante do exposto, declaro, *ex officio*, extinta a punibilidade do réu ANTONIO VALDENIR SILVESTRINI pela prática do crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, §§ 1º e 2º, e 119, todos do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal e julgo *prejudicado* o recurso de embargos infringentes.

É o voto.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

"HABEAS CORPUS"
0017812-11.2015.4.03.0000
(2015.03.00.017812-4)

Impetrante: ALEXANDRE GONÇALVES FRANZOLOSO
Paciente: LEONARDO RODRIGUES CARAMORI (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Corréus: ANDRE RUYTER DE BACELAR E CUNHA E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: HC 63463
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO: 25/09/2015

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. PACIENTE QUE TRABALHA NO EXTERIOR, EM CIDADE FRONTEIRIÇA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO BRASIL. ILEGALIDADE.
1. A situação peculiar do paciente, que reside em Ponta Porã/MS, cidade fronteiriça a Pedro Juan Caballero/Paraguai, em que é normal a transposição entre uma e outra por seus habitantes, não implica, necessariamente, risco de fuga a prejudicar a aplicação da lei penal. Eventual risco dessa natureza deve ser demonstrado em concreto.
2. A razão dada pelo Juízo impetrado para impedir o deslocamento não é razoável, pois presume que, indo ao Paraguai, o paciente poderia furtar-se à aplicação da lei penal. Tal presunção, todavia, não se justifica porque, estando o paciente no cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, o seu deslocamento ao Paraguai para trabalhar, por si só, não trará prejuízo ao andamento do processo penal, até porque é do seu interesse o estrito cumprimento dessas medidas, a fim de que possa permanecer em liberdade enquanto responde ao processo.
3. Em situações semelhantes, ligadas aos mesmos feitos de origem, esta Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, para autorizar o deslocamento ao exterior, desde que a ausência do domicílio não supere a sete dias.
4. A proibição do paciente de acesso ao Paraguai, nos termos em que decretada pelo Juízo impetrado, implica uma desproporcional restrição à sua liberdade de ir e vir e, em razão disso, de exercer atividade laborativa que terá que justificar ao Juízo, já que ainda responde a processo penal que não foi julgado.
5. A restrição não pode ser baseada apenas em presunção, desconectada de qualquer elemento concreto que demonstre, claramente, que o acusado esteja na iminência de fuga ou de embaraçar a instrução processual. É necessário, portanto, que venha calcada em elementos seguros.
6. Ordem concedida.

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*, confirmando a decisão liminar que autorizou o paciente

a exercer atividades laborais na cidade de Pedro Juan Caballero - Paraguai, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Alexandre Gonçalves Franzoloso, em favor de LEONARDO RODRIGUES CARAMORI, contra ato da 2ª Vara Federal de Dourados/MS que indeferiu pedido formulado em favor do paciente, de autorização para retornar ao trabalho na sociedade *Acenor Empreendimientos S.A.* (na qual desempenha a função de gerente administrativo), situada em Pedro Juan Caballero - Paraguai.

Afirma o impetrante, em síntese, que os fundamentos adotados pela autoridade impetrada para indeferir o pedido pautaram-se em premissas equivocadas, pois o retorno do paciente ao trabalho não configura ameaça à ordem pública ou à aplicação da lei penal.

Foram solicitadas informações ao Juízo impetrado, que as prestou (fls. 76/77v), esclarecendo, quanto ao tema de que se trata neste *habeas*:

> 13) Leonardo Rodrigues Caramori, às fls. 2056-2060, requereu a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de autorização para trabalho na empresa paraguaia Acenor Empreendimentos S.A.
> 14) O pedido de reconsideração formulado por Leonardo Rodrigues Caramori restou novamente indeferido por este Juízo, à fl. 2095. Isso porque, a autorização para o trabalho em outro país significaria permitir que o acusado se furtasse à aplicação da lei penal. Dessa sorte, entendeu este Juízo que, conquanto o acusado esteja em liberdade, a ele seria lícito praticar todos os atos que não são incompatíveis com as medidas cautelares a ele aplicadas, o que não seria o caso da realização de trabalho no país vizinho.

O pedido de liminar foi deferido para autorizar o paciente a exercer atividades laborais na sociedade *Acenor Empreendimientos S.A.*, situada em Pedro Juan Caballero - Paraguai (fls. 79/80v).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (parecer de fls. 84/90v, instruído com os documentos de fls. 91/123v).

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Como consignado a fls. 79/80v, ao julgar os *habeas corpus* nºs 0007670-45.2015.4.03.0000, 0007671-30.2015.4.03.0000 e 0007672-15.2015.4.03.0000, a Décima Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal, por unanimidade, concedeu a ordem aos pacientes Cleuza Ortiz Gonçalves e Luiz Carlos Martins do Nascimento, tendo estabelecido duas medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319, I e IV): (i) comparecimento mensal ao juízo de seu domicílio

para informar e justificar suas atividades e (ii) proibição de se ausentarem de seu domicílio, por mais de sete dias, sem prévia e expressa autorização do Juízo impetrado (2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Dourados/MS).

Em tais casos, ficou consignado que "a alusão, feita pelo magistrado, ao fato de que há grande probabilidade de fuga do paciente para o Paraguai, tendo em vista que reside na cidade de Ponta Porã/MS (área de fronteira), configura tão somente um juízo hipotético acerca do risco à aplicação penal. Trata-se de juízo abstrato, insuficiente para fundamentar a imposição de prisões preventivas".

Aliás, idêntica solução foi adotada por esta Turma no julgamento da questão de ordem no *habeas corpus* nº 0007673-97.2015.4.03.0000, em que tais medidas cautelares também foram estendidas a Luiz Carlos nesses autos. Considerou-se, então, como se faz neste momento, a situação peculiar daqueles que residem em Ponta Porã/MS, cidade fronteiriça a Pedro Juan Caballero/Paraguai, cidades contíguas em que é normal a transposição entre uma e outra por seus habitantes.

Dessa forma, o fato de alguém que responde a ação penal residir em região de fronteira não implica, *necessariamente*, risco de fuga a prejudicar a aplicação da lei penal. Eventual risco dessa natureza deve ser demonstrado concretamente, ainda mais quando medidas cautelares diversas da prisão foram estabelecidas, dentre as quais a fiança e a obrigação de comparecimento mensal a juízo para informar e justificar atividades.

No presente caso, o Juízo impetrado - provavelmente em virtude das sucessivas decisões desta Corte - revogou a prisão preventiva do paciente, fixando-lhe medidas cautelares diversas, dentre as quais a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem prévia e expressa autorização do Juízo.

Ocorre que o paciente trabalha em empresa sediada em Pedro Juan Caballero/Paraguai, necessitando deslocar-se diariamente para aquela cidade, a fim de ali trabalhar, sendo sua situação semelhante àquelas dos *habeas corpus* antes mencionados, nos quais foi implicitamente autorizado o deslocamento entre essas cidades fronteiriças, desde que a ausência do domicílio dos pacientes não supere a sete dias.

Nesse passo, registro que a razão dada pelo Juízo impetrado para impedir o deslocamento não é razoável, pois presume que, indo ao Paraguai, o paciente poderia furtar-se à aplicação da lei penal. Tal presunção, todavia, não se justifica porque, estando o paciente no cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, o seu deslocamento ao Paraguai para trabalhar, por si só, não trará prejuízo ao andamento do processo penal, até porque é do seu interesse o estrito cumprimento dessas medidas, a fim de que possa permanecer em liberdade enquanto responde ao processo.

Diante disso, proibir ao paciente o acesso ao Paraguai, tal como feito pelo Juízo impetrado, implica uma desproporcional restrição à sua liberdade de ir e vir e, em razão disso, de exercer atividade laborativa que terá que justificar ao Juízo, já que ainda responde a processo penal que não foi julgado.

Com efeito, a restrição não pode ser baseada apenas em presunção, desconectada de qualquer elemento concreto que demonstre, claramente, que o acusado esteja na iminência de fuga ou de embaraçar a instrução processual. É necessário, portanto, que venha calcada em elementos seguros, os quais não são observados, ao menos neste momento.

Registro, por fim, que diferentemente do que sustentou a Procuradoria Regional da República em seu parecer, não sobreveio aos autos qualquer razão plausível a infirmar os fundamentos acima expostos, pois, repito, a ação penal ainda se encontra em andamento, não

tendo havido juízo de certeza acerca dos fatos imputados ao paciente.

Não se desconsidera que as imputações feitas ao paciente são graves e, por isso, responde ao processo criminal. Contudo, não se justifica, ao menos em princípio, a restrição a ele imposta pelo Juízo impetrado quanto ao exercício de suas atividades empresariais.

Posto isso, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus*, confirmando a decisão liminar que autorizou o paciente LEONARDO RODRIGUES CARAMORI a exercer atividades laborais na sociedade *Acenor Empreendimientos S.A.*, situada em Pedro Juan Caballero - Paraguai.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

"HABEAS CORPUS"
0018270-28.2015.4.03.0000
(2015.03.00.018270-0)

Impetrante: SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS
Paciente: SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe de Processo: HC 63519
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA DE DEFESA. ART. 408, CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA.
1- É certo que, com a revogação dos artigos 397 a 405 do CPP pela Lei federal nº 11.719/2008, em matéria de substituição de testemunhas, por força do art. 3º do CPP, passou a viger o art. 408 do Código de Processo Civil; pelo qual, depois de apresentado o rol de testemunhas, a parte só pode substituir a testemunha que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.
2- Se devidamente fundamentada, não há ilegalidade na decisão que indefere a substituição, na medida em que ao juízo *a quo* cabe zelar pela instrumentalidade e necessariedade dos atos do processo. Precedentes do STJ (HC 23.298/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 346).
3- Houve preclusão para a oitiva de determinada testemunha residente no exterior, porquanto se concedeu prazo para que a defesa apresentasse suas justificativas acerca da importância da sua oitiva, o que não foi feito.
4- Não há que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ante a oportunidade de se apresentar novamente a testemunha também arrolada e não localizada, independentemente de intimação ou, ainda, de outra testemunha em sua substituição, igualmente independentemente de intimação ou a apresentação de declarações escritas.
5- Ordem denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS, ora paciente, contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas/SP.

Informa que o paciente arrolou Eliana Regina Vitiello, residente da Itália, como testemunha de defesa, contudo, por não possuir condições econômicas para pagar as custas necessárias para sua intimação, a carta rogatória não foi expedida.

Outra testemunha de defesa, Ana Maria Mendes da Silva, também arrolada não foi localizada e o Juízo determinou que em cinco dias se juntasse seu novo endereço. Na impossibilidade de fornecer o novo endereço, a defesa pediu sua substituição e novamente indicou Eliana, o que restou indeferido.

Alega cerceamento de defesa, uma vez que o juízo indeferiu a substituição da testemunha não localizada por outra arrolada em momento próprio e da qual não se desistiu expressamente.

Aduz, ainda, que tal testemunha é imprescindível à sua defesa, pois era sócia do Paciente à época dos fatos.

Pugna pela concessão de liminar, reformando o indeferimento da substituição da testemunha Ana por Eliana, suspendendo-se a audiência marcada para 23.09.2015 até julgamento final desta ordem. E no mérito, seja concedida a ordem para deferir a oitiva da testemunha com a expedição do necessário.

Juntou os documentos de fls. 6/34.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 36/37)

Prestadas as informações pela autoridade coatora (fls. 40/42).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Procurador Regional da República Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pela inadequação da via eleita, ante a inexistência de qualquer risco à liberdade de locomoção e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 79/82).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

É certo que, com a revogação dos artigos 397 a 405 do CPP pela Lei Federal nº 11.719/2008, em matéria de substituição de testemunhas, por força do art. 3º do CPP, passou a viger o art. 408 do Código de Processo Civil; pelo qual, depois de apresentado o rol de testemunhas, a parte pode substituir a testemunha que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.

Contudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre foi firme em asseverar que, se devidamente fundamentada, não há ilegalidade na decisão que indefere a substituição, na medida que ao juízo *a quo* cabe zelar pela instrumentalidade e necessariedade dos atos do processo: HC 23.298/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 346.

No caso dos autos, a defesa requer a substituição de testemunha, reclamando outra seja ouvida, sob o pretexto de que como sócia do Paciente é indispensável para esclarecer a relação entre ele os demais corréus, fato essencial para a tese de defesa.

Muito embora isso possa ser verdade, a decisão indeferiu a substituição sob a seguinte

fundamentação (fls. 31/34vº):

> (...)
> Por outro lado, se mostra irrazoável a indicação, em substituição, de testemunha cuja oitiva já se encontra preclusa nestes autos. A defesa ao apresentar sua resposta preliminar deixou de apresentar justificativa para a expedição de carta rogatória os termos do artigo 222-A do Código de Processo Penal. Note-se que este Juízo poderia *de plano, ter indeferido* a oitiva da testemunha, mas, por cautela, *concedeu prazo* para que a defesa apresentasse suas justificativas, o que não foi feito, conforme certidão de fl. 4758, acarretando a preclusão, declarada na decisão de fl. 4886. Assim, não há que se falar na ausência de desistência por parte da defesa. Ainda que esta não tenha sido expressa, o que *não se exige*, foi plenamente tácita, na medida em que *se quedou inerte* na oportunidade dada por este Juízo para que se manifestasse acerca da importância da oitiva da testemunha, *dando causa à preclusão da prova*.
> Não fosse essa questão, e, ainda que por hipótese, fosse o caso de se aceitar a substituição da testemunha, a defesa *novamente deixou de apresentar justificativa da necessidade de sua oitiva*, limitando-se a alegações genéricas, o que de plano, importa em *indeferimento da expedição de carta rogatória para oitiva da testemunha*.
> Assim tem se posicionado a jurisprudência. Confira-se: (...)
> Ademais, o principio da razoabilidade está estruturalmente ligado ao devido processo legal, sendo deste inseparável. Desse modo, existindo a possibilidade de se provarem os fatos pretendidos pela defesa por outros meios mais céleres e coma mesma eficácia, mostra-se irrazoável e contrario ao bom andamento deste processo a expedição de Carta Rogatória pretendida.
> Assim, em que pese o indeferimento da substituição pela testemunha ora indicada, diante do extensão prazo entre a presente data e audiência designada, faculto à defesa a apresentação de ANA MARIA MENDES DA SILVA em juízo, *no dia 23.09.2015, às 14:00 horas independentemente de intimação*. Faculto, ainda, *a apresentação de outra testemunha em sua substituição, igualmente independentemente de intimação, no mesmo dia e hora, ou a apresentação de declarações escritas*. (...). (negritos e grifos do original)

Desta sorte, a decisão que indeferiu o pedido de substituição asseverou que houve preclusão para a oitiva de Eliana Regina Vitiello, residente na Itália, já declarada na decisão de fl. 4886 dos autos principais, porquanto se concedeu prazo para que a defesa apresentasse suas justificativas acerca da importância da sua oitiva, o que não foi feito.

E mais, não há que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ante a oportunidade de se apresentar novamente a testemunha Ana Maria Mendes da Silva, também arrolada e não localizada, em audiência já designada para o dia 23.09.2015, independentemente de intimação ou, ainda, de outra testemunha em sua substituição, igualmente independentemente de intimação ou a apresentação de declarações escritas.

Não vislumbro, pois, patente ilegalidade ou abuso de poder que enseje a concessão da medida liminar.

Diante do exposto, *denego a ordem de habeas corpus***.**

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0007847-86.2008.4.03.6100
(2008.61.00.007847-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 565/568
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: AGRO PASTORIL E MINERAÇÃO PIRAMBEIRAS LTDA.
Remetente : JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: ApelReex 1389876
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. IRRF. CSLL. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.
- O provimento agravado encontra-se supedaneado em precedente do C. STJ (REsp nº 1.116.460/SP), apreciado sob o regime dos recursos repetitivos que entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e que, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.
- Nesse contexto, mostra-se equivocado o argumento da agravante no sentido de que o entendimento exarado no paradigma da Corte Superior de Justiça não se aplica às hipóteses de IRRF e CSLL.
- Não há, portanto, que se falar em incidência do IRRF em razão do ganho de capital havido com a desapropriação do bem imóvel, nem tampouco na incidência da CSLL em razão de suposto acréscimo patrimonial.
- O julgado do C. STJ é claro ao externar que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, nem tampouco, enseja lucro, sendo certo que o mesmo encontra-se fundamentado em entendimento da Suprema Corte exarado na Rp nº 1260 (relator Ministro Néri da Silveira, j. 13/08/97, DJ 18/11/88), no sentido de que na desapropriação não há transferência de propriedade por qualquer negócio jurídico de direito privado, não havendo, portanto, a venda do bem ao poder expropriante e que o montante recebido pelo expropriado configura, tão-somente, a reposição do seu patrimônio.
- Ora, tratando-se de mera reposição do valor do bem expropriado, não há que se falar em acréscimo patrimonial e/ou em ganho de capital.
- Agravo legal a que se nega provimento.

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 legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de agravo legal interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) em face da decisão de fls. 565/568 que negou seguimento à remessa oficial e ao apelo por ela interposto, mantendo sentença que julgou procedente a presente ação, para anular débitos relativos ao IRPJ, IRRF e CSLL, incidentes sobre valores recebidos pela demandante a título de indenização por desapropriação e condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Salienta a agravante, de início, que ante a pacificação da matéria perante o C. STJ, deixa de recorrer quanto à (não) incidência do IRPJ sobre valores recebidos a título de desapropriação.

No mais, alega que não há jurisprudência consolidada acerca da incidência do IRRF e CSLL sobre as aludidas verbas, motivo pelo qual a decisão deverá ser reformada.

Aduz que a indenização por desapropriação de imóvel urbano acarreta em ganho de capital que, nessa condição, deve integrar o resultado do exercício como valor positivo, gerando acréscimo patrimonial e, consequentemente integrado a base de cálculo da CSLL, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.689/88.

Quanto ao IRRF, argumenta que os artigos 2º e 3º da Lei nº 7.713/88 determinam a tributação do ganho de capital decorrente da alienação do bem, inclusive por desapropriação.

Requer, desse modo, a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a submissão do recurso à Turma julgadora, para que seja reformado o julgado agravado.

É o relatório.

Mantida a decisão agravada, trago o feito em mesa, para julgamento.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A decisão agravada restou assim prolatada:

> Cuida-se de apelação interposta pela União Federal em face de sentença que julgou procedente a presente ação, para anular débitos relativos ao IRPJ, IRRF e CSLL, incidentes sobre valores recebidos pela demandante a título de indenização por desapropriação. Condenada a ré ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Decisão submetida ao reexame necessário.
> Alega a apelante, preliminarmente, a incompetência do Juízo cível à apreciação da matéria, considerando o anterior ajuizamento de execuções fiscais que tem por objeto os mesmos débitos objetos deste feito.
> No mérito aduz, em síntese, a legitimidade da incidência dos tributos sobre verbas recebidas em razão de desapropriação, posto que não possuem caráter totalmente indenizatório.
> Argumenta que a tributação não incide sobre a indenização advinda da desapropriação, mas sim do ganho de capital existente entre a indenização e o valor pago na aquisição do imóvel, sendo, portanto, legítima a exigência de IR e de CSL sobre o lucro auferido com o recebimento da indenização.
> Contrarrazões às fls. 541/561.
> Decido.
> De início, afasto a preliminar arguida pela apelante de incompetência do Juízo cível para

processar o presente feito, em razão da anterior distribuição de execuções fiscais referentes aos débitos objetos deste feito.

Isso porque a competência do Juízo de execuções fiscais se dá em razão da matéria, sendo, portanto, absoluta. E, não sendo esse Juízo competente à apreciação de ação anulatória de débito fiscal, não lhe é aplicável a regra modificativa de competência por conexão prevista no artigo 105 do CPC, *verbis*:

"Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente."

Esse, o entendimento sedimentado nesta Corte Regional, conforme dão conta os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. REUNIÃO COM AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS VARAS DE EXECUÇÃO FISCAL INSUSCETÍVEL DE MODIFICAÇÃO POR CONEXÃO. PRECEDENTES.

I. A conexão é causa modificadora de competência, a teor do art. 102 do CPC, no que tange à competência relativa.

II. A competência própria às Varas de execução fiscal é absoluta e pois, insuscetível de ser modificada por conexão .

III. Compete à Vara Federal não especializada o processo e julgamento da ação de anulação de débito fiscal (art. 341, Provimento COGE nº 64/05). Precedentes.

IV. Conflito procedente reconhecida a competência do Juízo suscitado." (destaquei)

(TRF3, CC 2007.03.00.0742244-6, 2ª Seção, Relatora Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO, DJF3 11/09/08)

"PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS EM EXECUÇÃO FISCAL ABSOLUTA. REUNIÃO POR CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A competência das Varas especializadas em Execuções Fiscais se dá em razão da matéria, portanto, absoluta, não se lhe aplicando a modalidade modificativa da conexão, prevista no art. 105, do Código de Processo Civil.

II - As Varas Federais de Jurisdição não especializada detêm competência privativa para as ações que tenham por objeto discutir a dívida fiscal, ainda que precedidas ou sucedidas de ação de execução para a cobrança do mesmo débito, cabendo aos Juízos a comunicação acerca da existência das ações e das decisões nelas proferidas, a teor do inciso IV, Provimento nº 56, de 04 de abril de 1991, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - A notícia da existência das ações de execução e de discussão do débito fiscal é medida diligente e destina-se a preservar a prestação jurisdicional de cada demanda, bem assim a competência funcional dos Juízos Conflitantes.

IV - competência do Juízo da 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo para processar e julgar a ação anulatória de débito fiscal.

V - Conflito de competência procedente." (destaquei)

(TRF3, CC 2008.03.00.006048-0, Relator Desembargador Federal LAZARANO NETO, relatora para acórdão Desembargadora Federal REGINA COSTA, DJF3 11/07/2008)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. CONEXÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA COM O EXECUTIVO FISCAL. VARA ESPECIALIZADA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE.

- O ajuizamento do executivo fiscal no Juízo de Direito da 2ª Vara em Tupi Paulista precedeu ao da ação cautelar preparatória da anulatória de débito fiscal, proposta no Juízo Federal da 1ª Vara em Presidente Prudente. Nos termos do artigo 106 do CPC, a prevenção era do Juízo de Direito da 2ª Vara em Tupi Paulista, de forma que foi evidentemente descabida a remessa da execução fiscal para o juízo federal, como ocorreu *in casu*.

- Ademais, a reunião dos feitos é inadmissível na situação dos autos, na medida em que há um impedimento antecedente, de natureza absoluta, que decorre da competência das varas. Por um lado, é inviável cogitar o envio da ação anulatória, em que figura como ré a União Federal, ao juízo estadual suscitado, pois, para essa espécie de demanda, não há que se falar em delegação de competência na forma do artigo 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66, conforme os precedentes deste tribunal. Tampouco foi isso que o agravante pediu, à época, mas sim o processamento conjunto na Justiça Federal, o que foi deferido pelo suscitado e resultou no conflito. Impertinente, pois, que, agora, pretenda modificá-lo para que tramitem na Justiça estadual.
- É certo que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que é possível a reunião da execução fiscal à ação anulatória, como alegou o agravante. A decisão recorrida, porém, não confronta essa jurisprudência da corte superior, porquanto esclareceu que a situação é diversa: o Juízo Federal da 1ª Vara em Presidente Prudente é absolutamente incompetente para processar a execução fiscal, porquanto naquela Subseção Judiciária a 4ª Vara foi especializada para esse tipo de procedimento. *Esta 2ª Seção é uníssona, no sentido de que a modificação da competência pela conexão apenas é possível nos casos em que for relativa, bem como de que a existência de vara especializada em razão da matéria contempla questão de natureza absoluta, portanto, improrrogável, nos termos do art. 91 c/c 102 do CPC. Esse posicionamento é totalmente congruente com o do Superior Tribunal de Justiça, que tem orientação recente na mesma linha.*
(...)
- Agravo desprovido." (destaquei)
(TRF 3ª Região, CC 00078431620084030000, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, j. 03/09/2013, D.E. 12/09/2013)
Nesse mesmo sentido o entendimento do C. STJ:
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO. NÃO APLICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VARA ESPECIALIZADA EM RAZÃO DA MATÉRIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA.
1. 'A reunião de ações, por conexão, não é possível quando implicar em alteração de competência absoluta' (AgRg no Ag 1385227/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26.10.2012).
2. Agravo regimental não provido."
(AgRg no REsp 1463148/SE, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 02/09/2014, DJe 08/09/2014)
"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE. CONEXÃO. NORMA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. EXISTÊNCIA DE VARA ESPECIALIZADA PARA JULGAR EXECUÇÕES FISCAIS. REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE.
1. Esta Seção, ao julgar o CC 106.041/SP (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 9.11.2009), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu pela impossibilidade de serem reunidas execução fiscal e ação anulatória de débito precedentemente ajuizada, quando o juízo em que tramita esta última não é Vara Especializada em execução fiscal, nos termos consignados nas normas de organização judiciária. No referido julgamento, ficou consignado que, em tese, é possível a conexão entre a ação anulatória e a execução fiscal, em virtude da relação de prejudicialidade existente entre tais demandas, recomendando-se o simultaneus processus.
Entretanto, nem sempre o reconhecimento da conexão resultará na reunião dos feitos. A modificação da competência pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa e desde que observados os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 292 do CPC. A existência de vara especializada em razão da matéria contempla hipótese de competência absoluta, sendo, portanto, improrrogável, nos termos do art. 91 c/c 102 do CPC. Dessarte,

seja porque a conexão não possibilita a modificação da competência absoluta, seja porque é vedada a cumulação em juízo incompetente para apreciar uma das demandas, não é possível a reunião dos feitos no caso em análise, devendo ambas as ações tramitarem separadamente. Embora não seja permitida a reunião dos processos, havendo prejudicialidade entre a execução fiscal e a ação anulatória, cumpre ao juízo em que tramita o processo executivo decidir pela suspensão da execução, caso verifique que o débito está devidamente garantido, nos termos do art. 9º da Lei 6.830/80.
2. Pelas mesmas razões de decidir, o presente conflito deve ser conhecido e declarada a competência do Juízo suscitado para processar e julgar a ação anulatória de débito fiscal." (destaquei) (CC 105.358/SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, j.13/10/2010, DJe 22/10/2010)
No mérito, melhor sorte não assiste à recorrente.
Nada obstante os relevantes argumentos trazidos pela apelante, fato é que a matéria restou pacificada pelo C. STJ, quando do julgamento, sob o regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC), do REsp nº 1116460/SP, ocasião em que a Corte Superior de Justiça entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.
Confira-se a ementa do aludido julgado:
"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial (art. 43, do CTN), sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba percebida, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.
2. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, assim disciplina o instituto da desapropriação: 'XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;'
3. Destarte, *a interpretação mais consentânea com o comando emanado da Carta Maior é no sentido de que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, porquanto a propriedade é transferida ao poder público por valor justo e determinado pela justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado.*
4. 'Representação. Arguição de Inconstitucionalidade parcial do inciso ii, do parágrafo 2., do art. 1., do Decreto-lei Federal nº 1641, de 7.12.1978, que inclui a desapropriação entre as modalidades de alienação de imóveis, suscetíveis de gerar lucro a pessoa física e, assim, rendimento tributável pelo imposto de renda. *Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário, "modo privato". O "quantum" auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da "justa indenização" prevista na Constituição (art. 153, parágrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda.* Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "desapropriação", contida no art. 1., parágrafo 2., inciso ii, do decreto-lei nº 1641/78.' (Rp 1260, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/08/1987, DJ 18-11-1988)
4. *In casu*, a ora recorrida percebeu verba decorrente de indenização oriunda de ato expro-

priatório, o que, manifestamente, consubstancia verba indenizatória, razão pela qual é infensa à incidência do imposto sobre a renda.
5. Deveras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da não-incidência da exação sobre as verbas auferidas a título de indenização advinda de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, porquanto não representam acréscimo patrimonial.
6. Precedentes: AgRg no Ag 934.006/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJ 06.03.2008; REsp 799.434/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31.05.2007; REsp 674.959/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 20/03/2006; REsp 673273/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 02.05.2005; REsp 156.772/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 04/05/98; REsp 118.534/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 19/12/1997.
7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (destaquei)
(REsp 1116460/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010)
Ante o exposto, com fulcro no artigo 557 do CPC, *NEGO SEGUIMENTO* à remessa oficial e ao apelo interposto, mantendo a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra. (...).

Conforme se extrai da transcrição supra, a decisão agravada manteve a sentença recorrida que anulou débitos relativos ao IRPJ, IRRF e CSLL incidentes sobre valores recebidos por desapropriação.

O julgado encontra-se supedaneado em precedente do C. STJ (REsp nº 1.116.460/SP), apreciado sob o regime dos recursos repetitivos que entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e que, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.

Nesse contexto, aduz a agravante que o entendimento exarado no referido paradigma não se aplica às hipóteses de IRRF e CSLL.

Entretanto, tal altercação se mostra equivocada.

Com efeito, ao contrário do quanto alegado, não há que se falar em incidência do IRRF em razão do ganho de capital havido com a desapropriação do bem imóvel, nem tampouco na incidência da CSLL em razão de suposto acréscimo patrimonial.

Ora, o julgado da Corte Superior de Justiça é claro ao externar que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, nem tampouco, enseja lucro.

Registre-se que o julgado do C. STJ teve por fundamento entendimento da Suprema Corte exarado na Rp nº 1260 (relator Ministro Néri da Silveira, j. 13/08/97, DJ 18/11/88), no sentido de que na desapropriação não há transferência de propriedade por qualquer negócio jurídico de direito privado, não havendo, portanto, a venda do bem ao poder expropriante. Demonstrado, ainda, que o montante recebido pelo expropriado configura, tão-somente, a reposição do seu patrimônio.

E, tratando-se de mera reposição do valor do bem expropriado, não há que se falar em acréscimo patrimonial e/ou em ganho de capital.

Destarte, nenhum reparo há a ser feito na decisão agravada que, assim, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo legal, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0017257-32.2012.4.03.6100
(2012.61.00.017257-4)

Recorrente: CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - VICE-PRESIDENTE
Classe do Processo: AMS 347801
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2015

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo contribuinte (impetrante), com fulcro nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do artigo 105 da Constituição, contra acórdão que manteve sentença denegatória da segurança, em impetração visando garantir à impetrante o direito de efetuar parcelamento de débitos no prazo de 180 meses, nos termos do artigo 155-A, § 4º do CTN, c/c o art. 1º da Lei nº 11.941/09 e art. 10 da Lei nº 12.688/12.

Aduz a recorrente ofensa aos arts. 535 do CPC, 155-A, §§ 3º e 4º do CTN, 47 da Lei 11.101/05 e 1º da Lei nº 11.941/09, alegando, em síntese, que o princípio motivador do art. 155-A do CTN é a concessão de tratamento especial à empresa em recuperação judicial, como forma de preservação da unidade geradora de empregos, o que se coaduna com o disposto na Lei nº 11.941/09, devendo ser reconhecido o direito de parcelar seus débitos por prazo não inferior a 180 meses.

Decido.

O recurso merece admissão.

Com efeito, a jurisprudência do STJ tem se manifestado pela aplicação do princípio da preservação da entidade empresarial, permitindo o parcelamento em até 180 prestações, nos termos da legislação vigente, o que indica plausibilidade nas alegações da recorrente, conforme se vê dos seguintes julgados:

> TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS JUNTO À RECEITA FEDERAL. LEI 10.684/03. OBRIGAÇÕES DO REQUERENTE. EMPRESA SOB REGIME FALIMENTAR. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE ADESÃO. NEGADO. ART. 38, § 11 DA LEI 8.212/91. REGRA GERAL. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA. ART. 111 E 155-A DO CTN. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS. ART. 6º, § 7º DA LEI 11.101/05. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.
> 1. As empresas em recuperação judicial podem aderir aos programas de parcelamento de débitos fiscais, nos termos do art. 155-A e §§ 3º e 4º do CTN; *verbis*: "Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.
> § 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.
§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.
§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica."
2. A Lei 10.684/00, que instituiu o Programa Especial de Parcelamento - PAES, diferentemente da Lei 9.964/00, que criou o REFIS, deixou de vedar a adesão de empresas, em situação falimentar, ao benefício de parcelamento fiscal.
3. O art. 38, § 11 da Lei 8.212/91 resta inaplicável quando a Lei 10.684/00, que constitui lei específica sobre matéria de parcelamento fiscal, não opõe óbices a empresas sob regime falimentar.
4. É que a Lei 10.684/03, posterior à Lei 9.711/98, que alterou a Lei 8.212/91, há de prevalecer sobre esta última, não por força de uma suposta hierarquia entre essas leis, mas antes em virtude do princípio da especialidade (*Lex specialis derrogat generalis*).
5. Deveras, a doutrina do tema assenta: "Ocorre que as disposições do Código Tributário Nacional, interpretadas à luz do princípio da capacidade contributiva, conduzem-nos à inexorável conclusão de que o deferimento da recuperação judicial implica, automaticamente, o surgimento do direito ao parcelamento dos créditos tributários. Realmente, nos termos do § 3º do art. 155-A, decorrente da Lei Complementar 118/05, tem-se que lei específica disporá sobre as condições de parcelamentos dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial e se harmoniza, especialmente, com a Constituição Federal que determina seja o tributo cobrado em atenção ao princípio da capacidade contributiva." (MACHADO, Hugo de Brito, *in* "Divida Tributária e Recuperação Judicial da Empresa", Revista Dialética de Direito Tributário, nº 120, setembro de 2005, São Paulo: Dialética, 2005, p. 76/77).
6. Ademais, esse entendimento coaduna-se com o princípio da preservação da entidade empresarial, que restou assim insculpido no art. 47 da Lei 11.101/05: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."
7. Deveras, o mesmo princípio restou assentado no AgRg no CC 81.922/RJ, DJU 04.06.07 (Rel. Min. ARI PARGENDLER), verbis: "O nosso ordenamento jurídico prioriza a cobrança dos créditos tributários, na linha da Lei nº 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional (art. 187 - 'A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento'), e da Lei nº 6.830, de 1980, que dispôs sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 29, *caput* - 'A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou a habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento'). A implantação do instituto da recuperação judicial exigiu a alteração do Código Tributário Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 118, de 2005, para nele incluir a recuperação judicial ('A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento'). O art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, dispôs no § 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'. Nessa linha, em termos de interpretação literal, a decisão do Ministro Menezes Direito está a salvo de censura. A jurisprudência, todavia, sensível à importância social das empresas, temperou desde sempre o rigor da lei nesse particular. O Tribunal Federal de Recursos só lhe dava aplicação se a penhora na execução fiscal antecedesse a declaração judicial da quebra, tal como se depreende

do enunciado da Súmula nº 44 ('Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico'). A jurisprudência posterior do Superior Tribunal de Justiça relaxou os dizeres desse enunciado para declarar que, ainda quando a praça ou o leilão fossem realizados pelo juízo da execução fiscal, o respectivo montante deveria ser destinado ao juízo da falência (REsp nº 188.148, RS, Relator o Min. Humberto Gomes de Barros). Quid, em face do que dispõe o atual art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101, de 2005 - Salvo melhor entendimento, processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, e só estes, dependendo o prosseguimento do processo de uma das seguintes circunstâncias: a inércia da devedora já como beneficiária do regime de recuperação judicial em requerer o parcelamento administrativo do débito fiscal ou o indeferimento do respectivo pedido.

O crédito de natureza hipotecária está sujeito à regra do art. 6º, § 4º, segundo o qual da Lei nº 11.101, de 2005, segundo o qual 'na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial'. Na espécie, o deferimento do processamento da recuperação judicial data de 08 de março de 2007, quando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão de primeiro grau (fl. 70).Voto, por isso, no sentido de dar parcial provimento ao agravo regimental, deferindo a medida liminar para sustar os atos de alienação de bens de Veplan Hotéis e Turismo S/A. até o julgamento do conflito de competência."

8. O artigo 187 do CTN trata da preferência da execução fiscal sobre outros créditos habilitados na falência e inexiste ofensa a esse dispositivo ante a concessão do parcelamento fiscal, visto que o crédito continua com seus privilégios, mas passa a ser recolhido de maneira diferida, justamente para que se garanta à empresa em situação falimentar, a possibilidade de adimplir a obrigação tributária de maneira íntegra.

9. A tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade.

10. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

11. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 844.279/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 19/02/2009)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL.

Processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005 ("ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica"). Agravo regimental provido em parte.

(AgRg no CC 81.922/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 294)

Ante o exposto, ADMITO o recurso especial.
Intimem-se.
São Paulo, 28 de setembro de 2015.
Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Vice-Presidente

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0004423-56.2015.4.03.0000
(2015.03.00.004423-5)

Agravante: MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ - SP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AI 551939
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. LEGITIMIDADE. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
- O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas condições. E essa é a hipótese dos autos, tendo em vista que a questão discutida neste processo está pacificada nos Tribunais Superiores.
- A alienação fiduciária de bem imóvel é a operação através da qual o devedor (fiduciante), visando a garantia de determinada obrigação frente ao credor fiduciário, concede a este a propriedade resolúvel de um imóvel, cuja posse fica desdobrada entre o devedor, que passa a ser possuidor direto, e o credor que se torna possuidor indireto do bem, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/97.
- Dispõe o art. 27, §8º do diploma legal supracitado que: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse".
- A previsão de se atribuir ao devedor fiduciante a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do Código Tributário Nacional. Esse é, inclusive, o entendimento esposado por este Tribunal.
- A análise da cópia matrícula de nº 20.364, registrada no 1º Oficial de Registro de Imóveis de Jundiaí-SP, revela que a Caixa Econômica Federal é credora fiduciária do imóvel objeto da cobrança do crédito tributário (fls. 17/21).
- Flagrante a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal - CEF para figurar no polo passivo da execução fiscal uma vez que ostenta tão somente a condição de credora fiduciária.
- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de de-

monstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.
- Não se vislumbra qualquer justificativa à reforma da decisão agravada.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pelo MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ em face de decisão monocrática mediante a qual, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, restou negado seguimento ao seu agravo de instrumento interposto contra a decisão reproduzida a fls. 22/23 pela qual, em sede de execução fiscal, foi reconhecida a ilegitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da demanda.

Em seu recurso de agravo legal o MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ reitera as razões contidas na inicial de seu agravo de instrumento e alega, em síntese, por ser a Caixa Econômica Federal credora fiduciária e proprietária do imóvel objeto da tributação, cabe a ela responder pelos respectivos tributos, nos termos do art. 34 do CTN. Argumenta, ainda, competir aos Municípios, nos termos do art. 156, I, da Constituição Federal, instituir impostos sobre a propriedade predial e territorial, não existindo distinção entre a propriedade do agente fiduciário e as demais propriedades. Por fim, acosta julgado em prol de seus argumentos, e destaca não prevalecer o entendimento do qual o art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/97 subtrai do credor fiduciário a responsabilidade do IPTU, e pede a o provimento de seu recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos, pela decisão recorrida por mim proferida a fls. 26/329, redigida nos seguintes termos:

> (...) O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou

em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas condições.

E essa é a hipótese dos autos, tendo em vista que a questão discutida neste processo está pacificada nos Tribunais Superiores.

Com efeito, a alienação fiduciária de bem imóvel é a operação através da qual o devedor (fiduciante), visando a garantia de determinada obrigação frente ao credor fiduciário, concede a este a propriedade resolúvel de um imóvel, cuja posse fica desdobrada entre o devedor, que passa a ser possuidor direto, e o credor que se torna possuidor indireto do bem, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/97.

Nesse sentido, dispõe o art. 27, §8º do diploma legal supracitado que: Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse.

Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do Código Tributário Nacional.

Esse é, inclusive, o entendimento esposado por este Tribunal. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ILEGITIMIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

I. *In casu*, a CEF é proprietária do imóvel, porém na condição de credora fiduciária, nos termos do previsto na Lei 9.514/1997.

II. Havendo disposição de Lei atribuindo responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel ao devedor fiduciante (Lei 9.514/1997, §8º do artigo 27), verifica-se a exceção prevista no artigo 123 do CTN, sendo a CEF ilegítima para figurar no pólo passivo da execução fiscal.

III. Acrescente-se que, de acordo com o previsto no artigo 86 da Lei Municipal 13.478/2002, 'É contribuinte da taxa de resíduos sólidos Domiciliares - TRSD o munícipe-usuário dos serviços previstos no artigo 83, conforme definido nesta lei'. Assim, o contribuinte da taxa somente pode ser o usuário, efetivo ou potencial, dos serviços de coleta de resíduos sólidos, e não a CEF, credora fiduciária do imóvel, conforme consignado pelo Juízo.

IV. Apelação desprovida".

(TRF3, 4ª Turma, AC nº 2011.61.82.026346-0, Rel. Des. Federal Alda Basto, j. 07.03.2013, v.u., e-DJF3 Judicial 1 21.03.2013)

"AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. COBRANÇA INDEVIDA. ILEGITIMIDADE DA CEF. 1. A análise da matrícula 136.834 perante o 8º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo revela que a Caixa Econômica Federal é proprietária do imóvel que ensejou a cobrança do ISS na condição de credora fiduciária desde 20 de julho de 2010. 2. *Nestes termos, aplicável à espécie o disposto no art. 27, § 8º da Lei nº 9.514/97, segundo o qual: Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse. 3.Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do CTN*, que trata da inoponibilidade de convenções particulares à Fazenda Pública que pretendam modificar a definição legal do sujeito passivo de obrigação tributária. 4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 5. Agravo legal improvido".

(TRF3, 6ª Turma, AC nº 1915686, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, j. 24.04.2014, e-DJF3 de 09.05.2014)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES - TRSD. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CREDORA FIDUCIÁRIA. ILEGITIMIDADE. 1. Por força do art. 109 do Código Tributário Nacional, deve-se buscar o conceito de propriedade fiduciária no direito privado, o qual preceitua que se trata de propriedade de caráter temporário, de titularidade do credor, com a finalidade de garantir uma dívida. 2. A alienação fiduciária de bens imóveis trata-se de um negócio jurídico pelo qual o devedor-fiduciante contrata a transferência da propriedade de coisa imóvel ao credor-fiduciário com o objetivo de garantia. Conclui-se que, de fato, a Caixa Econômica Federal é proprietária do imóvel, mas tal propriedade equivale a um direito real de garantia, visto que o uso e o gozo do bem ficam a cargo da devedora-fiduciante, agindo como se proprietária fosse. 3. *Aplica-se à espécie o disposto no art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/97, na redação dada pela Lei 10.931/2004, segundo o qual: 'Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse'. 4. Existindo previsão legal acerca do tema, entende-se que deve ser analisada como exceção à regra prevista no art. 123 do CTN (Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*) Deste modo, a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária deve ficar a cargo do devedor fiduciante. 5. O artigo 86 da Lei Municipal nº 13.478/02, com as alterações dadas pelas Leis Municipais nº 13.522/2003 e 13.699/2003, informa ser 'contribuinte da Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD o munícipe-usuário dos serviços previstos no artigo 83, conforme definido nesta lei.' Conclui-se que o contribuinte da taxa somente pode ser o usuário, efetivo ou potencial, dos serviços de coleta de resíduos sólidos, restando, assim, patente a ilegitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da presente execução fiscal, uma vez que se encontra na posição de credora fiduciária do imóvel, não usufruindo, ainda que em potencial, dos serviços prestados pelo Município exequente. 6. Precedentes desta Corte: AC 00552627620094036182, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO; AC 00263466120114036182, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO. 7. Apelação desprovida."
(TRF3, 3ª Turma, AC nº 1619363, Rel. Des. Federal Cecília Marcondes, j. 17.10.2013, e-DJF3 de 25.10.2013)

Noutro passo, acerca do Imposto Predial e Territorial Urbano, prevê o Código Tributário Nacional que:

"Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
(...)
Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título". (g.n.)

À vista dos referidos regramentos, forçoso concluir que o credor fiduciário não pode ser considerado como proprietário do imóvel para fins de sujeição passiva do IPTU, na medida em que proprietário, como definido na lei civil - artigo 1.228 do Código Civil -, é aquele possuidor dos direitos de uso, gozo e disposição do bem, o que não ocorre no caso de propriedade fiduciária, em que não se faz presente nenhum desses direitos.

Assim é que a posse apta a ensejar a incidência do IPTU, é aquela qualificada pelo *animus domini*, não incidindo sobre a posse exercida de forma precária e que não tem por objeto a efetiva aquisição da propriedade, tal como acontece nos casos do credor fiduciário.

Acerca da matéria colaciono os seguintes julgados:
"TRIBUTÁRIO. BEM PÚBLICO. IMÓVEL. (RUAS E ÁREAS VERDES). CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. CONDOMÍNIO FECHADO. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. POSSE SEM ANIMUS DOMINI. AUSÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO (ARTS. 32 E 34, CTN).
1. A controvérsia refere-se à possibilidade ou não da incidência de IPTU sobre bens públicos (ruas e áreas verdes) cedidos com base em contrato de concessão de direito real de uso a condomínio residencial.
2. O artigo 34 do CTN define como contribuinte do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Contudo, a interpretação desse dispositivo legal não pode se distanciar do disposto no art. 156, I, da Constituição Federal. Nesse contexto, a posse apta a gerar a obrigação tributária é aquela qualificada pelo animus domini, ou seja, a que efetivamente esteja em vias de ser transformada em propriedade, seja por meio da promessa de compra e venda, seja pela posse ad usucapionem. Precedentes.
3. A incidência do IPTU deve ser afastada nos casos em que a posse é exercida precariamente, bem como nas demais situações em que, embora envolvam direitos reais, não estejam diretamente correlacionadas com a aquisição da propriedade.
4. Na hipótese, a concessão de direito real de uso não viabiliza ao concessionário tornar-se proprietário do bem público, ao menos durante a vigência do contrato, o que descaracteriza *o animus domini.*
5. A inclusão de cláusula prevendo a responsabilidade do concessionário por todos os encargos civis, administrativos e tributários que possam incidir sobre o imóvel não repercute sobre a esfera tributária, pois a instituição do tributo está submetida ao princípio da legalidade, não podendo o contrato alterar a hipótese de incidência prevista em lei. Logo, deve-se reconhecer a inexistência da relação jurídica tributária nesse caso.
6. Recurso especial provido".
(STJ, REsp 1091198/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. 24/05/2011, DJe 13/06/2011, g.n.)
"TRIBUTÁRIO. IPTU. CONTRIBUINTE. ARTS. 32 E 34 DO CTN. IMÓVEL PÚBLICO PERTENCENTE Á UNIÃO. CONTRATO DE CESSÃO DE USO. CESSIONÁRIO É POSSUIDOR POR RELAÇÃO DE DIREITO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE DE FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.
1. Os impostos caracterizam-se pela compulsoriedade que encerram, sem a necessidade da comprovação de contraprestação específica, por isso que, tratando-se de IPTU, o seu fato gerador, à luz do art. 32 do CTN, é a propriedade, o domínio útil ou a posse.
2. O cessionário do direito de uso não é contribuinte do IPTU, haja vista que é possuidor por relação de direito pessoal, não exercendo animus domini, sendo possuidor do imóvel como simples detentor de coisa alheia. Precedentes: AgRg no Ag 1207082/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/04/2010; AgRg no Ag 1243867/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 12/03/2010; AgRg no REsp 885.353/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 06/08/2009; AgRg no Ag 1129472/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 01/07/2009; REsp 933.699/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28/03/2008; AgRg no REsp 947267/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 18/10/2007; REsp 681406/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 28/02/2005; REsp 325489/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 24/02/2003.
3. O STF consolidou o mesmo entendimento, no seguintes termos: 'Recurso Extraordinário. 2. IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. 3. Contrato de concessão de uso. Posse precária e desdobrada. 4. Impossibilidade de a recorrida figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Precedente. Recurso extraordinário a que se nega provimento.' (RE 451152, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ 27-04-2007)

4. A doutrina assevera que 'O preceito do CTN que versa a sujeição passiva do IPTU não inova a Constituição, "criando por sua conta" um imposto sobre a posse e o domínio útil. Não é qualquer posse que deseja ver tributada. Não é a posse direta do locatário, do comodatário, do arrendatário de terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação) ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova etc.). A posse prevista no Código Tributário como tributável é a de pessoa que já é ou pode ser proprietária da coisa' Corolário desse entendimento é ter por inválida a eleição dos meros detentores de terras públicas como contribuintes do imposto. (Aires Barreto *in* Curso de Direito Tributário, Coodenador Ives Gandra da Silva Martins, 8ª Edição - Imposto Predial e Territorial Urbano, p.736/737)
5. Agravo regimental desprovido."
(STJ, AgRg no REsp 1205250/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. 26/10/2010, DJe 16/11/2010. g.n.)
"Recurso Extraordinário. 2. IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. 3. Contrato de concessão de uso. *Posse precária e desdobrada. 4. Impossibilidade de a recorrida figurar no pólo passivo da obrigação tributária.* Precedente. Recurso extraordinário a que se nega provimento".
(STF, RE 451152, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/08/2006, DJe- 27/04/2007, g.n.)
A análise da cópia matrícula de nº 20.364, registrada no 1º Oficial de Registro de Imóveis de Jundiaí-SP, revela que a Caixa Econômica Federal é credora fiduciária do imóvel objeto da cobrança do crédito tributário (fls. 17/21).
Portanto, nos termos adrede ressaltados, é flagrante a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal - CEF para figurar no polo passivo da execução fiscal uma vez que ostenta tão somente a condição de credora fiduciária.
Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo de instrumento.
Comunique-se ao Juízo *a quo*. (...)

Deveras, as razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ademais disso, não vislumbro qualquer justificativa à reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal interposto, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY:

Tenho que não assiste razão à agravante.

É que, conforme previsto no artigo 27, §8º, na redação dada pela Lei 10.931/2004:

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse.

Dispõe ainda o artigo 123 do CTN:

> Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Desta forma, havendo disposição em lei atribuindo responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel ao devedor fiduciante, verifica-se a exceção prevista no artigo 123 do CTN, donde ausente a responsabilidade da CEF quanto ao pagamento do questionado tributo.

Acrescente-se ainda que nos termos do artigo 86 da Lei Municipal 13.478/2002, "É contribuinte da Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD o munícipe-usuário dos serviços previstos no artigo 83, conforme definido nesta lei".

Assim, o contribuinte da taxa somente pode ser o usuário, efetivo ou potencial, dos serviços de coleta de resíduos sólidos, e não a CEF, credora fiduciária do imóvel.

Ante o exposto, acompanho a relatora para negar provimento ao agravo.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY

Sentenças



AÇÃO PENAL
0001733-96.2006.4.03.6005

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: WANDERLEY PITOLI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/08/2015

Vistos,

I- Defiro o rol de testemunhas que irão depor em plenário (fls. 265/266 e 347), apresentado pelo Ministério Público Federal na fase do artigo 422 do CPP;

II - Defiro a oitiva das testemunhas apresentadas pela defesa do réu, que irão depor em plenário (fls. 351);

III - Inexistem diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa (art. 423, I, do CPP);

IV - Assim, segue adiante o relatório sucinto do feito, nos termos do artigo 423, II, do CPP;

V - Designo para o *dia 01 de dezembro de 2015, às 9:00 horas*, a Sessão de Instrução e Julgamento do réu *WANDERLY PITOLI*, perante o Tribunal do Júri desta Subseção Judiciária a ser realizada no *Edifício do Fórum da Comarca de Ponta Porã/MS*, situado à Rua Baltazar Saldanha, 1817. *Oficie-se a Secretaria ao Exmo. Juiz Diretor do Foro da Comarca de Ponta Porã/MS, solicitando confirmação da data ora designada.*

VI – Sem prejuízo, *designe a Secretaria* data para o sorteio dos jurados, na forma do artigo 432, do CPP, bem como *adote* as providências cabíveis à realização da sessão plenária do Tribunal do Júri.

Oficie-se.

Intimem-se.

RELATÓRIO SUCINTO DO PROCESSO

(ART. 423, II, DO CPP)

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ajuizou ação penal em face de:

WANDERLEY PITOLI, imputando-lhe a prática, em concurso material (art. 69 do CP) dos seguintes crimes:

a) um crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal);

e) uma tentativa de homicídio duplamente qualificado pela dissimulação exercida para dificultar a defesa dos policiais federais (artigo 121, § 2º, IV, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal);

Consta da peça acusatória que no dia 15.10.2006, a polícia federal desta cidade recebeu denúncia anônima dando conta de que o condutor de um veículo VW/Pointer, de cor escura, faria um transporte de cocaína, saindo deste município.

Diante da delação, duas equipes de agentes de polícia federal, formaram barreiras ostensivas nas vias de acesso secundárias frequentemente utilizadas para o transporte de drogas.

Por volta das 22:30h, na estrada que liga Ponta Porã/MS ao trevo conhecido como "Copo Sujo", o APF Bueno visualizou um veículo com características análogas ao da denúncia e alertou a equipe que estava um pouco mais à frente que fizesse a abordagem.

O Réu, ao se aproximar da viatura policial reduziu a velocidade do automóvel dando a impressão de que iria obedecer a ordem de parada, entretanto, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desobedeceu ordem legal de parada e lançou o veículo contra a equipe policial com a intenção de mata-los ou, ao menos, assumindo o risco pela produção do resultado, que não ocorreu por circunstâncias alheais à vontade do agente.

Narrou ainda o MPF que o Réu foi perseguido e capturado e, em sede policial, alegou que intentou fuga porque pensou que a ação policial tratava-se de um assalto, mas os depoimentos dos policiais que efetivaram a prisão demonstram que ele na verdade tentava evitar a fiscalização policial.

Auto de prisão em flagrante às fls. 07/15. Auto de apreensão à fl. 16. Atestado médico à fl. 37. Laudo de exame de veículo às fls. 72/78.

Em 10.11.2006 foi concedida liberdade provisória ao réu, nos termos da decisão proferida nos autos nº 2006.60.05.001744-6, com cópia às fls. 57/60, e alvará de soltura à fl. 61.

Denúncia recebida aos 07.03.2007 (fl. 79).

Citação do réu à fl. 100. *Interrogatório* às fls. 105/108.

Julgado procedente o incidente de restituição de coisas apreendidas, autos nº 2007.60.05.000057-8, para o fim de devolução ao réu do veículo apreendido nos autos, consoante decisão proferida em 09.01.2008, com cópia às fls. 110/113.

Testemunhas de acusação ALEX DOMINGOS ROLIM, LUIZ ROBERTO DE FREITAS NAKASONE e MARCOS JOSÉ CÂMARA DE ARAÚJO inquiridas às fls. 135/137, 144/147 e 172 (mídia na contracapa do segundo volume destes autos), respectivamente. A defesa não postulou por produção de prova oral.

O Réu foi reinterrogado às fl. 214/215, com mídia à fl. 216.

O Ministério Público Federal, em sede de alegações finais (fls. 221/236) requereu a pronúncia do denunciado levando-se o julgamento do crime contra a vida e do crime conexo ao soberano veredicto do Egrégio Tribunal do Júri.

O acusado apresentou alegações finais às fls. 243/252. Requer sua absolvição com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo.

Decisão de *pronúncia* do réu WANDERLEY PITOLI (fls. 260/262), cuja fundamentação segue abaixo:

> (...) DA MATERIALIDADE E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA
> 2. A fase do *judicium accusationis*, a qual se encerra com o presente *decisium*, limita-se a verificar a provável ou possível existência de um crime doloso contra a vida.
> Dessarte, exige-se, neste momento processual, apenas um juízo de probabilidade, posto que caberá ao Tribunal do Júri dar a última palavra acerca da existência e da natureza do delito. Segundo leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:
> "Pronuncia-se alguém quando, ao exame do material probatório levado aos autos, pode-se verificar a demonstração da *provável* existência de um crime doloso contra a vida, bem como da respectiva e da suposta autoria." (*in* Curso de Processo Penal, 14 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011) – destacou-se.
> Assim, passo a expender acerca da provável/possível existência de um delito sujeito ao julgamento pelo Tribunal do Júri.
> Em relação à materialidade, exsurgem dos autos provas seguras quanto ao fato, e, no que concerne à autoria, há elementos indicativos de que o réu cometeu o delito de homicídio doloso, na sua forma tentada, vejamos:
> As testemunhas de acusação, tanto na Polícia, quanto em Juízo, afirmaram que o acusado,

após receber ordem de parada pelos policiais federais, diminuiu a velocidade do veículo que conduzia, indicando que iria pará-lo, e, após, acelerou o mesmo, jogando-o contra a guarnição policial e empreendendo fuga. Relatam, outrossim, que o Agente da Polícia Federal Luís Roberto de Freitas Nakasone fraturou o tornozelo após esquivar-se para a lateral da estrada, objetivando não ser atropelado pelo veículo conduzido pelo réu (cfr. depoimentos colhidos em juízo – fls.136/137, 145/147 e 172 – mídia na contracapa).

Outrossim, o atestado médico colacionado às fls. 37 corrobora o depoimento das testemunhas de que o APF Nakasone lesionou o tornozelo no dia dos fatos.

Assevere-se que o réu confessa, tanto na Polícia, quanto em Juízo, que era o condutor do veículo, bem como que empreendeu fuga, não obstante declare que procedeu desse modo por acreditar ser vítima de um assalto, sustentando que os policiais não estavam identificados (cfr. fls. 14/15 e 105/108 e 215 – mídia às fls. 216)

Contudo, extraem-se dos testigos prestados em Juízo, que os policiais estavam com camisas e/ou coletes de identificação da Polícia Federal, e conduziam viaturas que, embora descaracterizadas, estavam com giroflex e sirenes ligadas, razão pela qual, em um juízo sumário de cognição, não se pode acolher a versão prestada pelo acusado.

De outro ponto, verifico que o *modus operandi* do réu - diminuindo a velocidade do veículo ao aproximar-se dos policiais e, após, acelerando e lançando o carro contra os mesmos -, indicia seu ânimo em dificultar a defesa das vítimas, ensejando, em tese, a aplicação da qualificadora prevista no Art. 121, §2º, IV, do CP.

Dessarte, há indícios plausíveis de que a autoria do fato típico narrado na denúncia recai sobre o acusado, no sentido de que ele tenha jogado o veículo na direção dos policiais federais, com *animus necandi*, ou, ao menos, assumindo o risco de produzir o resultado (homicídio), utilizando-se de dissimulação.

Saliento que, nesta fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, sendo que, em caso de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, impõe-se a remessa dos autos ao Tribunal do Júri, de forma que só a imputação manifestamente improcedente, impertinente ou absurda pode ser afastada.

Diante do exposto, PRONUNCIO o acusado WANDERLEY PITOLI, brasileiro, filho de José Pitoli Neto e Zélia Freitas Pitoli, nascido aos 28/12/1957, em Jataizinho/PR, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri desta Subseção, *sob a acusação da prática do delito capitulado no Art. 121, §2º, IV c/c o Art. 14, II, todos do Código Penal e do crime conexo (Art. 330, do mesmo Codex).* (...)

Embora não certificado, o trânsito em Julgado da decisão de pronúncia se deu em 03.10.2011 (fls. 264) para o MPF e em 12.04.2013 para a defesa do réu (fls. 271 e 310).

Na fase do artigo 422 do CPP, o MPF e a defesa do réu postularam a produção de prova oral (fls. 265/266 e 350/351).

É o relatório, nos termos do artigo 423, II, do Código de Processo Penal.

Ciência às partes.

Ponta Porã/MS, 16 de Julho de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

AÇÃO PENAL
0003220-27.2014.4.03.6133

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réu: ANDRÉ LOPES DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/06/2015

I - Relatório:

Trata-se de ação penal movida pelo MPF por meio da qual postula a condenação de André Lopes de Oliveira nas penas previstas para os crimes de falsificação de selo ou sinal público (art. 296, 1º, III, do Código Penal) e contra a fauna (art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98) tendo em vista que o réu

> em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Mogi das Cruzes/SP, de maneira livre e consciente, guardava e mantinha em cativeiro, para fins de comércio, 06 (seis) aves silvestres, com anilhas adulteradas, as quais guardava em gaiolas, sem autorização ou licença do órgão ambiental competente (trecho da denúncia - fl. 114)

A denúncia foi recebida (fls. 116 e 117).

O réu foi citado (fls. 140 e 141) e apresentou resposta à acusação (fls. 135-138) que foi apreciada em decisão de fls. 142 e 143 na qual restou decidido não ser caso de absolvição sumária dada a necessidade de dilação probatória para a efetiva cognição do mérito da ação penal.

Realizada audiência em 18 de março de 2015, tendo sido ouvidas duas testemunhas e depois procedido o interrogatório do acusado, quando na fase do art. 402 do CPP foi o réu instado a acostar a documentação comprobatória da ocupação lícita mencionada quando ouvido, bem outros documentos que pudessem contribuir para melhor conhecimento dos fatos e da pessoa do autor. Pelo MPF, ainda na etapa de diligências complementares, foi pedida a expedição de ofício para vinda das anilhas apreendidas, já tendo sido tal medida determinada de ofício antes na decisão de fl. 117-verso, de modo que restou prejudicado o pleito ministerial.

Foram apresentadas alegações finais pelo MPF e pelo réu, cuja análise detida ocorrerá no âmbito da fundamentação desta sentença.

II - Fundamentação:

II-A) Preliminarmente:

O feito tramitou sem sobressaltos, inexistindo nulidade ou razão que impeça a cognição do mérito da causa tendo em vista que houve efetivo pedido de entrega das anilhas assim respondido pelo IBAMA "Conforme consultado em nosso sistema, não há autuações nem apreensão em nome do réu André Lopes de Oliveira, nesta autarquia" (fl. 161), de modo que a materialidade delitiva será averiguada à luz dos elementos constantes dos autos, pois não se pode esperar pelo que se sabe que não vem, nem ficar imaginando a existência de provas não acostadas aos autos. Se o MPF entender que há responsabilidade de servidor público pela omissão na remessa das anilhas, então deverá promover as correspondentes ações de improbidade administrativa e criminal para punição do responsável, não sendo função do Poder Judiciário ir atrás disso ao invés de julgar a causa do jeito em que se encontra. Por isso, passo ao mérito.

II-B) Do mérito:

Inicialmente, cumpre a cognição da materialidade e da autoria para exame da existência

de lastro probatório que conforte a narrativa exposta na exordial acusatória, impondo-se, ainda, a cognição da subsunção dos fatos aos tipos penais constantes dos arts. 296, 1º, III, do Código Penal e 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98, ambos a seguir reproduzidos, respectivamente:

> 1º Incorre nas mesmas penas:
> [...]
> III - quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.
> 1º Incorre nas mesmas penas:
> [...]
> III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

A materialidade delitiva em relação a adulteração das anilhas é comprovada pelo exame de corpo de delito consistente no laudo produzido pelo IBAMA de onde extrai-se:

> pode-se afirmar que todos os registros de mensuração constantes na terceira e quarta colunas em negrito, vinculados aos anéis de identificação, estão adulterados em seus diâmetros internos e externos para maior ou para menor (na anilha BCSO), e que os registros de mensuração constantes na quinta e sexta colunas em itálico, vinculados ao anel de identificação estão adulterados na espessura da sua parede e altura, configurando anel inidôneo e inaltêntico (sic) para marcação de pássaros, visto não remeterem e nem manterem condição de fidelidade ao expresso em normas, de modo a permitir a autoridade competente aferir a legalidade e a legitimidade da posse e uso de animais portadores de tais identificações.

Tal informação restou confirmada no interrogatório do acusado quando este admitiu que as anilhas não correspondiam às respectivas aves, convergindo com o quanto concluído no IBAMA. Informação de fl. 71 igualmente indica uso irregular de anilha (uso de anilha de ave que teria fugido). Portanto, tendo em vista o quanto estampado no art. 158 do CPP, assenta-se aqui existir exame de corpo de delito e outros elementos a corroborar a materialidade que não se fia na exclusiva confissão do réu.

Já a respeito da duplicidade de anilhas, tal fato foi noticiado pela autoridade policial no boletim de ocorrência (fl. 5), ratificado pelas testemunhas (fls. 87 e 101, bem como no testemunho em juízo de Adilson dos Santos - policial que realizou a apreensão) e confessado expressamente pelo réu quando aduziu que sim, realmente havia uma anilha "dublê", ainda que o acusado tenha dito que de tal fato somente teve ciência quando da apreensão pela Polícia Militar.

Em nenhum momento o acusado recusou a autoria, mas pelo contrário, assumiu a posse das aves e das anilhas, apresentando sua versão dos fatos, inclusive tendo sido relatada pelas duas testemunhas a boa vontade do mesmo ao cooperar com a atividade policial no momento da apreensão, apresentando espontaneamente as anilhas que não estavam nos pássaros.

Portanto, a materialidade e a autoria restam bem delineadas, impondo-se, agora, o aprofundamento a respeito da caracterização delitiva dos fatos sob exame.

A respeito da incursão do réu nas penas do crime de falsificação ou adulteração de sinal público, adota-se aqui o entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que o uso de anilhas de forma irregular, mais precisamente ajustando-se as mesmas às medidas do animal ou, ainda, a posse das mesmas com o fim de tal utilização, implica na caracterização do crime

contra a fé pública, mormente quando há anilhas em duplicidade, hipótese de clonagem da identificação pública. A utilização irregular de anilhas coloca em risco a fauna na medida em que dificulta a fiscalização ambiental e permite aparentar a reprodução e criação em cativeiro de aves capturadas clandestinamente, ou seja, violando-se a fé pública dificulta-se a descoberta de crime contra a fauna. Na medida em que o perímetro da anilha é modificado, tal proceder já revela o intento de usar anilha destinada a uma ave em outra. Nesse sentido:

> PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. ARTIGO 29, 1º, III, DA LEI 9.605/98. MANUTENÇÃO ILEGAL DE AVES SILVESTRES EM CATIVEIRO. USO DE SINAL PÚBLICO FALSIFICADO. ANILHAS EXPEDIDAS PELO IBAMA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DESCABIMENTO DO PERDÃO JUDICIAL. DESPROVIMENTO. 1. A materialidade e a autoria quedaram sobejamente demonstradas face aos elementos coligidos nos autos. 2. Não merece prosperar a alegação da defesa de que não haveria prova da falsificação das anilhas apreendidas, mas mera variação nos seus diâmetros internos, haja vista que este expediente consiste no próprio modo de adulteração desses sinais públicos emitidos pelo IBAMA, com a finalidade de simular a origem em cativeiro dos canários da terra encontrados em poder do acusado. 3. Foram também apreendidas outras duas anilhas adulteradas dentro de sua carteira, além de três alçapões para caça de pássaros guardadas em sua residência, objetos que permitem inferir que o acusado se dedicava à captura de aves silvestres em seu habitat natural e posterior criação sem autorização da autoridade competente, conduta que se subsume ao tipo penal do art. 29, 1º, III, da Lei 9.605/98. 4. O uso consciente e voluntário das anilhas adulteradas nos animais apreendidos se evidenciou pela falta de justificativa convincente para o fato de guardar dois desses sinais públicos inidôneos em sua carteira, bem como pelas contradições observadas pelo juízo de primeiro grau na narrativa feita em sede de interrogatório. 5. A despeito da primariedade do réu e de não haver notícia de que os canários da terra estejam em extinção, milita em seu desfavor o fato de manter os espécimes em cativeiro com o uso de expedientes fraudulentos, que conciliado ao conhecimento do acusado sobre as normas relativas à criação de animais silvestres e à posse de instrumentos de caça, permitem concluir pela inadequação ao caso do perdão judicial previsto no 2º do art. 29 da Lei dos Crimes Ambientais. 6. Apelação da defesa desprovida. Condenação mantida. (TRF3, APELAÇÃO CRIMINAL - 52580, rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julgamento em 25.03.2014)

> PENAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO AFASTADA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ART. 296, 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ADULTERAÇÃO DE ANILHAS COLOCADAS EM PÁSSAROS. AUTORIA, MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCONHECIMENTO DA ADULTERAÇÃO AFASTADA.1. Afastadas as alegações de incompetência do Juízo e de nulidade absoluta do feito, cujo objeto diz respeito à falsificação de anilhas encontradas em aves apreendidas no criadouro de responsabilidade do réu, não havendo falar em legislação especial de crimes contra a fauna, nem a desclassificação da conduta prevista no art. 296, 1º, I, do CP, para aquela do art. 29, 1º, III, da Lei 9.605/98.2. Reconhecida a regularidade do procedimento de fiscalização, conforme apontam os elementos dos autos, não ocorrendo a alegada violação de domicílio a ensejar a ilicitude da prova.3. Conjunto probatório produzido nos autos que demonstra a materialidade, autoria e o dolo do acusado da prática do delito do art. 296, 1º, inciso I, do Código Penal, ao usar anilhas de controle e fiscalização do IBAMA adulteradas em aves de seu plantel.4. Sendo o réu experiente na criação de pássaros, inclusive filiado a associação ornitológica, não se mostra verossímil a tese de desconhecimento das irregularidades constatadas em seu criatório, na ocasião em que apreendidas anilhas de identificação do IBAMA adulteradas. (TRF4, 5023863-59.2012.404.7200, rel. Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz, julgamento em 03.02.2015)

Portanto, formalmente típica a conduta do acusado quando contrastada a posse e uso das anilhas e a previsão emanada do art. 296, 1º, III, do Código Penal. O dolo, ou seja, a manifestação volitiva destinada a praticar a conduta vedada pela legislação criminal é certa no caso tendo em vista que o próprio acusado sabia do caráter irregular da prática criacionista, sendo pessoa bastante experiente no trato com tal espécie animal, bastando ver sua condição de associado a sociedade civil com a finalidade de mútuo apoio no cuidado com passeriformes, ainda que no que tange a duplicidade de anilhas tenha o réu aduzido ter ficar sabendo de tal fato somente no momento da apreensão das aves. Sob a dimensão material, o desvalor, seja da conduta, seja do resultado, justifica a repressão criminal no caso dos autos, vez que realmente a prática do uso irregular de anilhas possui o condão de efetivamente burlar a fiscalização e a boa-fé de terceiros, dando ares de regularidade a uma situação de ilicitude. Desse modo, o caso é de condenação ao cumprimento da sanção pertinente ao art. 296, 1º, III, do Código Penal.

Já no que tange a imputação de crime contra a fauna (art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98), cumpre ter em vista o documento de fl. 166 que autoriza a criação de passeriformes silvestres nativos. Igualmente importante é a relação de aves de propriedade do autor cuja posse é autorizada pelo IBAMA, destacando-se que dentre os mesmos encontra-se o "azulão-verdadeiro", objeto de celeuma ao longo do feito, cuja existência foi reputada como em extinção em sede policial em um primeiro momento (fl. 4), mas que se encontra em situação de vulnerabilidade conforme laudo do Instituto de Criminalística (fl. 76). A associação a qual pertence o réu também manifestou-se no sentido do acusado ser um associado, tendo a pessoa jurídica indicado sua inscrição no IBAMA à fl. 164, informação verdadeira conforme este julgador verificou no próprio site da autarquia federal ambiental (segue resultado em documento anexo a esta sentença). Soma-se, ainda, a constatação de que os animais estavam bem cuidados[1] e que não há indícios de comércio dos mesmos, tendo o acusado demonstrado ocupação lícita e conduta social irrepreensível, revelando-se o fato *sub judice* acontecimento isolado na sua trajetória existencial, de forma que muito longe manteve-se o acusado de violar ou de colocar em risco o bem jurídico ambiental tutelado no tipo penal, mas, muito antes pelo contrário, o cuidado com as aves revelou estar agindo o réu como um amante do Meio Ambiente, especialmente de tal espécie de fauna. Assim, é caso de absolvição do acusado da acusação de cometimento do crime cuja *fattispecie* emana do art. 29, 1º, III, da Lei Federal 9.605/98.

II-C) Dosimetria da pena

À luz do art. 68, *caput*, do Código Penal, tem-se que a dosimetria da reprimenda privativa de liberdade segue três etapas que estão assim divididas: a) pena-base; b) pena provisória; c) pena definitiva.

Na pena-base, atentando-se ao quanto disposto no art. 59 do Código Penal, tem-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima em nada desabonam o acusado, devendo ser fixada a pena mínima quando vistos os elementos aferíveis na primeira fase da dosimetria, ficando estabelecida na presente etapa em 2 (dois) anos de reclusão.

Na fixação da pena provisória haveria a aplicação da atenuante da confissão, bem como aquela outra genérica do art. 66 do Código Penal tendo em vista que o acusado demonstrou ser digno de confiança para o trato com os animais, obtendo a autorização pertinente, bem como

1 O cuidado do acusado com os pássaros chamou a atenção deste magistrado, estando tal diligência atestada à fl. 38 e parecendo ainda mais crível quando visto que o acusado colaborou na diligência policial, é pessoa autorizada pelo IBAMA para posse de passeriformes silvestres e em seu interrogatório demonstrou preocupação com o bem-estar das aves.

foi ele próprio que indicou aos policiais as anilhas que detinha, colaborando voluntariamente com a fiscalização ambiental. Entretanto, dado o entendimento o entendimento do STF no RE 597.570 e do STJ na súmula 231 no sentido de inadmitir pena aquém do mínimo na segunda fase da dosimetria, a pena provisória fica estabelecida no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão também na presente etapa da dosimetria penal.

Na fixação da pena definitiva nenhuma majorante ou minorante existe no caso concreto que possa influenciar a reprimenda, restando a mesma em 2 (dois) anos de reclusão.

A conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos se impõe na medida em que não houve violência ou grave ameaça, o acusado não é reincidente em crime doloso e no caso concreto, à luz do art. 44, III, do Código Penal, tem-se que a pena alternativa pode revelar-se suficiente para punir e prevenir a criminalidade. Substituo, assim, a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal,[2] bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si,[3] de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada no mínimo, dada a culpabilidade acentuada e a gravidade da prática delitiva, arbitrando-se o montante de 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

III - Dispositivo:

Julgo parcialmente procedente a ação penal para condenar o acusados ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo cada. O regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto.

Na forma da fundamentação, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo. Em caso de injustificado descumprimento por parte do apenado, então será restabelecida a pena privativa de liberdade (art. 44, 4º, do CP).

Dada a desnecessidade de prisão cautelar, reconheço o direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado.

---

2 Nesse sentido, exemplificativamente: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 299; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

3 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51 e 52. Bem aponta o eminente autor e ex-Ministro do STJ de que a aferição deve levar em conta o crime em si – e não apenas a culpabilidade manifestada no caso concreto - para que não haja uma discrepância entre as penas corporais previstas para cada tipo penal e a multa correspondente, sob pena de crimes mais graves ensejarem penas pecuniárias mais leves e crimes com penas restritivas de liberdade reduzidas ensejarem multas próximas do teto de 360 dias-multa.

Custas e anotações na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.[4]

Mogi das Cruzes/SP, 26 de maio de 2015.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

4 Não se desconhece a existência de precedentes do STJ (exemplificativamente: HC 280.443, AgRg no RHC 40.667, REsp 1.329.048) no sentido da desnecessidade de intimação pessoal do condenado, juntamente com seu procurador, mas parece-nos que o art. 392, II, do CPP não enseja tal exegese quando uma reconstrução histórica e sistemática revela que se tinha em vista apenas a sentença absolutória, tanto que o réu preso é intimado pessoalmente (art. 392, I, do CPP) e a prisão era automática, ou seja, não dependia de averiguação da necessidade da custódia cautelar, na normatização do CPP tal como editado (vide redação original dos arts. 594-596 do CPP). De igual modo, se o réu pode ele próprio manifestar seu desejo de recorrer (art. 577, *caput*, do CPP), o que é consentâneo com a sistemática processual penal que inclusive prevê uma cisão recorrer e arrazoar o recurso, seria ilógico que o fizesse sem ter direito a ter notícia do advento da sentença que lhe condena. Note-se, ainda, também haver precedentes do STJ no sentido aqui adotado, dentre outros: HC 106.766 e HC 160.557. Consigne-se, ainda, ser a doutrina amplamente majoritária no sentido da necessidade da dupla intimação (veja-se, por todos, ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 621; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 369; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, 2013, p. 1.546). Por outro lado, intime-se pessoalmente os Advogados dativos e entregue-se os autos ao mesmo, dando-se plena efetividade às garantias do contraditório, da ampla defesa e do art. 370, § 4º, do CPP.

AÇÃO PENAL
0005616-66.2010.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: DARCI JOSÉ VEDOIN E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: ALI MAZLOUM
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 23/09/2015

I – RELATÓRIO

Cuida-se de denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF) em face de *DARCI* JOSÉ VEDOIN, *LUIZ ANTÔNIO* TREVISAN VENDOIN e *RONILDO* PEREIRA MEDEIROS, pela prática, em tese, dos crimes previstos no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes; artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes; e artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, por 4 vezes; também em face de *MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA* e *GRACIENE* CONCEIÇÃO PEREIRA, pela virtual prática dos crimes previstos no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes; e artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes; *MARILENE* DA SILVA E SILVA, crimes dos artigos 171, § 3º, do Código Penal, e artigo 96 da Lei 8.666/93; e *MARLENE* DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA, pela prática do crime previsto no artigo 96 da Lei 8.666/93, 5 vezes.

De acordo com a exordial acusatória (fls. 604/630), o inquérito policial teve início a partir de documentos oriundos de congênere do Estado de Mato Grosso, onde teriam surgido notícias de *desvios de recursos públicos e fraudes em licitações* praticados, em tese, por organização criminosa que veio a ser conhecida pelo epíteto "MÁFIA DOS SANGUESSUGAS".

Segundo o MPF, "o objeto destes autos cingiu-se à apuração de crimes praticados pelos diversos núcleos da organização criminosa identificada na mencionada operação policial a partir de emendas parlamentares, *celebração de convênios e licitações que dizem respeito à SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS)*."

A denúncia narra que foram identificados, no total, *06 (seis) convênios* celebrados entre o *Ministério da Saúde* e a *SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS):convênios* nº *3970/2002* (SIAFI nº 472107), nº *3006/2004* (SIAFI nº 506965), nº *4802/2004* (SIAFI nº 519236), nº *3007/2004* (SIAFI nº 507820), nº *5041/2004* (SIAFI nº 520276) e nº *5042/2004* (SIAFI nº 5192237), com o fito de obtenção de recursos públicos federais, mediante informações falsas.

Conforme a acusação, em todos os referidos convênios a *PESTALOZZI* figurou como entidade dedicada precipuamente à saúde, com elevado número de atendimentos e profissionais de saúde, o que justificaria o recebimento das verbas públicas para a *aquisição de unidades móveis de saúde* e equipamentos hospitalares, ao passo que, em verdade, tal entidade sempre esteve voltada à assistência de crianças e jovens com deficiência intelectual e autismo em diversas áreas, como o ensino, a inclusão profissional e, apenas paralelamente, a saúde.

De acordo com a peça incoativa, a celebração desses convênios e a obtenção fraudulenta dos recursos deles advindos foi fruto do *modus operandi* acima destacado, tornando-se possível a partir de *emendas parlamentares* dos então deputados federais VANDERVAL Lima dos Santos, EDNA Bezerra Sampaio Fernandes, conhecida como "Edna Macedo", MARCOS Abramo e JOÃO Batista Ramos da Silva.

Aduziu o MPF na denúncia que esclarecedoras são as declarações da presidente da comissão de licitações constituída pela *PESTALOZZI* para operacionalizar os convênios questionados, a imputada *MARLENE* DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA, a qual afirmou que, segundo lhe foi explicado, logo após o início das investigações, pela presidente da *PESTALOZZI* entre os anos de 2003 e 2006, a também denunciada *GRACIANE* CONCEIÇÃO PEREIRA, as dirigentes dessa entidade, *na busca de verbas públicas para a persecução dos seus escopos, passaram a ser procuradas por deputados federais oferecendo a celebração de convênios para a aquisição de ambulâncias*, e, embora essas fossem desnecessárias para os fins precípuos da entidade, foi considerado por tais dirigentes como o caminho mais fácil o pleito ulterior de verbas federais.

A denúncia relata que as dirigentes da entidade *PESTALOZZI*, além das acusadas *MARLENE* e *GRACIANE*, as denunciadas *MÁRCIA*, vice presidente da PESTALOZZI no ano de 2004, com procuração para atuar em nome da entidade (fl. 66, apenso V), e presidente a partir de 2006, e *MARILENE* DA SILVA E SILVA, presidente da *PESTALOZZI* entre os anos de 2001 e 2003 (fls. 173/301, apenso I, fls. 306/318, apenso II), participaram voluntariamente do esquema proposto, atuaram para a consumação dos crimes praticados pela organização criminosa.

De acordo com a inicial acusatória, previamente ajustadas com os demais membros da organização em comento, as referidas imputadas (*MARLENE*, *GRACIANE*, *MÁRCIA* e *MARILENE*) fraudaram Planos de Trabalhos e outros documentos apresentados perante o Ministério da Saúde, visando a obtenção de recursos públicos federais a que a entidade *PESTALOZZI* não faria jus.

A denúncia narra ter restado demonstrado por meio da auditoria nº 4360 do DENASUS (fls. 98/204) que, ante a inicial análise dos *convênios* nº *3970/2002* (SIAFI nº 472107), nº *3006/2004* (SIAFI nº 506965) e nº *4802/2004* (SIAFI nº 519236), dentre outras irregularidades, a entidade *PESTALOZZI não fazia à época atendimento de urgência e emergência*, assim como *não constava no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde* (CNES) atendimento pela entidade a paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), o que contraria as informações inseridas nos Planos de Trabalho apresentados para a celebração dos convênios e, no limite, *demonstra a falsidade das justificativas elencadas para a concessão das verbas através de tais convênios destinados à compra de unidades móveis de saúde e equipamentos hospitalares* (fls. 96/104, apenso I; 23/31, apenso IV; e 29/37, apenso VII).

Conforme a acusação, ainda, os acusados *DARCI*, *LUIZ ANTÔNIO* e *RONILDO* confirmaram a empreitada criminosa por trás dos convênios em questão ao serem interrogados em ações penais e procedimentos diversos, conforme destacado acima. Assim, referindo-se à organização criminosa como um todo, informaram que os parlamentares responsáveis pelas emendas tinham consciência do direcionamento do procedimento licitatório oriundo dos convênios no sentido do êxito de um das empresas comandadas de fato por eles, *sendo que esses parlamentares cobravam entre 10% e 15% do valor das emendas* e, muitas vezes, indicavam a entidade que se beneficiaria dos recursos, como de fato ocorreu com a *PESTALOZZI*.

Referindo-se especificamente a tal entidade, *DARCI* confirmou o vínculo dos ex-deputados que propuseram emendas em favor da *PESTALOZZI* com a organização criminosa, *LUIZ ANTÔNIO* confirmou a realização de venda de unidades em razão de recursos oriundos de *emendas parlamentares*, ao passo que RONILDO, além disso, explicitou, ao tratar de recursos oriundos de *emenda orçamentária* de autoria da *deputada federal Edna Bezerra Sampaio Fernandes*, que em dado convênio o próprio gabinete parlamentar entrou em contato com a entidade em questão para acertar os detalhes do direcionamento da licitação (pasta 05 do "CD 01" - fl. 95; trechos às fls. 25/35).

Dessa maneira, com exceção de um dos convênios questionados, o convênio nº *3007/2004* (SIAFI nº 507820), executado após a deflagração da "OPERAÇÃO SANGUESSUGA", em todos os demais, sagraram-se vencedoras dos procedimentos licitatórios deles decorrentes *empresas criadas pelos acusados LUIZ ANTÔNIO* e *RONILDO* e operadas por ambos, conjuntamente com o acusado *DARCI*, com o fito de viabilizar a adjudicação do objeto das licitações fraudulentas, a saber, as empresas KLASS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (CNPJ nº 02.332.785/0001-88) e SUPREMA RIO COMÉRCIO E EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA REPRESENTAÇÕES LTDA. (CNPJ nº 07.150.827/0001-20) (fls. 90 e 150/162, apenso IV, fls. 142/156, apenso V; fls. 95/111, apenso VI; fls. 69/82, apenso VII; fls. 99/134, apenso XI; 233/255, apenso XII).

Continua a denúncia:

> Nesses termos, para além da sua titularidade formal, é imperioso notar que não só as supracitadas investigações levadas a cabo pela Receita Federal e pelos órgãos de persecução penal no bojo da chamada "OPERAÇÃO SANGUESSUGA" ligam essas e outras empresas utilizadas pela organização criminosa desarticulada aos denunciados *DARCI*, *LUIZ ANTÔNIO* e *RONILDO*, como também os já mencionados interrogatórios desses três imputados nos diversos feitos decorrentes da operação policial em questão, notadamente ações penais que correm perante o Juízo originário, corroboraram tal fato.
> De efeito, *LUIZ ANTÔNIO* confirmou que constituiu a empresa SUPREMA RIO, em conjunto com *RONILDO*, "para, também, dar cobertura nas licitações" (fls. 641, apenso III); *DARCI* afirmou que a empresa KLASS, assim como outras operadas pelo grupo, possui seu contrato social em nome de terceiros, mas pertence à família Vendoin, sendo *LUIZ ANTONIO* seu sócio, ao passo que a empresa SUPREMA RIO foi constituída a partir de sociedade de fato entre *LUIZ ANTONIO* e *RONILDO* (fls. 655 e 658, apenso III); e *RONILDO*, por sua vez, confirmou a sociedade de fato com *LUIZ ANTONIO* em torno da empresa SUPREMA RIO, bem como destacou que a empresa KLASS pertencia à família Vendoin (fl. 48 do arquivo em .pdf contendo os interrogatórios judiciais do acusado em questão da pasta 05 do "CD 01" - fl. 95, que contém a íntegra dos interrogatórios judiciais destacados).

A *denúncia* foi *recebida* em *10.06.2014* (fls. 631/644-verso).

A coacusada *MARLENE*, com endereço na Capital/SP, constituiu defensor nos autos (procuração à fl. 1102), foi citada pessoalmente em 07.07.2014 (fls. 1038/1039) e apresentou resposta à acusação às fls. 1045/1055.

A coacusada *MARILENE*, com endereço em São Bernardo do Campo/SP, foi citada pessoalmente em 28.07.2014 (fls. 1092/1094) e apresentou resposta à acusação às fls. 1103/1124.

A coacusada *GRACIENE*, com endereço nesta Capital/SP, constitui defensor nos autos (procuração à fl. 258, na fase policial), foi citada pessoalmente em 05.08.2014 (fls. 1136-1136-verso) e apresentou resposta à acusação às fls. 1137/1153.

O coacusado *DARCI*, com endereço em Cuiabá/MT, foi citado pessoalmente em 14.07.2014 (fls. 1161/1163); o coacusado *LUIZ ANTONIO*, com endereço em Cuiabá/MT, foi citado pessoalmente em 23.07.2014 (fls. 1164/1166); o acusado *RONILDO*, com endereço em Cuiabá/MT (fls. 1159/1160-verso), foi citado pessoalmente em 11.07.2014 (fls. 1159/1160-verso). Os referidos acusados constituíram defensor nos autos (procurações a fls. 1206/1208). Resposta à acusação às fls. 1350/1383.

Considerando a notícia de que a corré MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA tem endereço atual na Argentina, no dia 19.09.2014, pedido de assistência mútua em matéria penal à República da Argentina, para fins de citação da aludida corré (fls. 1192/1994.

Tocante a *MÁRCIA* os autos foram *desmembrados* (fl. 1559 em agosto de 2015 – processo n° 0009405-97.2015.403.403.6181). *Porém, insta salientar que a situação desta acusada é exatamente idêntica às demais, podendo aqui receber tratamento uniforme, a teor do artigo 580 do CPP.*

A fase do artigo 397 do CPP foi superada sem a absolvição sumária dos acusados DARCI, LUIZ ANTONIO, RONILDO, GRACIENE, MARILENE e MARLENE (fls. 1399/1411-verso).

Testemunhas ouvidas durante a instrução probatória:

1) ANTONIO HENRIQUE GARRIDO, testemunha de acusação (fl. 1562 e mídia à fl. 1567);

2) EUGÊNIO CARLOS AMAR, testemunha de acusação (fl. 1563 e mídia à fl. 1567);

3) ALICE SHIGUEKO HOKAMA, testemunha de acusação (fl. 1564 e mídia à fl. 1567);

4) CECÍLIA SAKAI, testemunha de acusação (fl. 1565 e mídia à fl. 1567);

5) LUIZ ANTONIO RIBALTA, testemunha de acusação, também arrolada pelas defesa de Marlene e Marilene (fl. 1563 e mídia à fl. 1567);

6) ÂNGELA GONÇALVES, testemunha de defesa de Graciene (fl. 1561 e mídia à fl. 1567);

7) CLISEIDA MARÍLIA MARINHO, testemunha de defesa de Graciene (fl. 1616 e mídia à fl. 1620);

8) JOYCE CAÑAS GARRIDO HENRIQUES, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1617 e mídia à fl. 1620);

9) VICENTINA FRANCO, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1618 e mídia à fl. 1620);

10) SIMONE BRUSCHI PINHEIRO, testemunha de defesa de Marlene (fl. 1619 e mídia à fl. 1620);

11) DIVA ALEXANDRE MARTINS, testemunha de defesa de Marilene ouvida por CARTA PRECATÓRIA (fl. 1662 e mídia à fl. 1620).

Ao final da instrução, foram interrogados os réus:

i) MARILENE DA SILVA E SILVA – fls. 1667 e mídia à fl. 1708;

ii) GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA – fls. 1668 e mídia à fl. 1708;

iii) MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA – fl. 1670 e mídia à fl. 1708;

iv) LUIZ ANTONIO TREVISAN VEDOIN – fl. 1671 e mídia à fl. 1708;

v) RONILDO PEREIRA DE MEDEIROS – fl. 1672 e mídia à fl. 1708;

vi) DARCI JOSÉ VEDOIN – fl. 1673 e mídia à fl. 1708;

Na fase do artigo 402 do CPP, o pedido da defesa de LUIZ ANTONIO VEDOIN para realização de perícia para avaliação dos preços das ambulâncias, pleito que foi indeferido por não se tratar de pedido originado a partir da instrução (fl. 1664-v).

O MPF e as demais defesas nada requereram na fase do art. 402 do CPP (fl. 1664-verso).

Em 02.07.2015, o *Ministério Público Federal* apresentou *memoriais escritos*, pugnou pela *condenação dos acusados* GRACIENE, MARILENE e MARLENE e *concessão de perdão judicial* a DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, em razão da sua efetiva colaboração nos termos do artigo 4º, incisos I e II, da Lei 12.850/2013, isentando-os de qualquer pena corporal (fls. 1710/1733-verso).

Em 21.07.2015, a *defesa técnica de RONILDO e DARCI* alegou: a) "bis in idem" e *litispendência* em relação a processo que tramita/tramitou perante a 7ª Vara Federal de Mato Grosso; b) *cerceamento de defesa* em razão do indeferimento de diligência na fase do artigo 402, CPP; c) o delito de corrupção ativa deve ser afastado, pois já faz parte de outras peças

acusatórias; d) absolvição quanto ao estelionato por ausência de elementares do tipo, ausência de prova de autoria e aplicação do princípio da consunção; e) atipicidade quanto ao delito do artigo 96, Lei 8.666/93 pela ausência de superfaturamento e preços estabelecidos pelo Ministério da Saúde; f) colaboração espontânea e eficaz a ensejar o perdão judicial dos réus LUIZ, DARCI e RONILDO; g) caso não acolhidas as testes defensivas, aplicação de atenuantes no momento da dosimetria da pena.

Em 20.07.2015, a *defesa técnica de LUIZ ANTONIO* alegou e requereu: a) "bis in idem" e *litispendência* em relação ao processo nº 2006.36.00.007594-5, da 2ª Vara Federal de Mato Grosso, pugnando pelo encerramento da presente ação penal; b)absolvição por ausência de prova suficiente para condenação; absolvição pelo crime de corrupção ativa em razão do princípio "non bis in idem"; c) sobrevindo condenação, *a concessão do perdão judicial gerado pela delação premiada*; d) aplicação do princípio da consunção de tal sorte que os crimes de corrupção ativa e previsto no artigo 96 da Lei 8666/93 sejam absorvidos pelo crime de estelionato; d) aplicação do concurso formal de delitos; e) reconhecimento da continuidade delitiva; f) afastamento do dever de indenização (fls. 2507/2581).

Em 03.08.2015, a *defesa técnica de GRACIENE, MARILENE e MARLENE*, apresentou seus *memoriais* escritos, alegando: a) atipicidade das condutas descritas na denúncia; b) inexigibilidade do procedimento licitatório (princípio da legalidade); c) atipicidade dos crimes previstos na Lei 8.666/93; d) da inexigibilidade da aplicação da Lei 8.666/93; e) da atipicidade do crime de estelionato pela inexistência de engano mediante fraude; f) da aplicação do princípio da consunção entre o crime de fraude à licitação pelo estelionato; g) ausência de fraude nos atos licitatórios; h) inexistência de vantagem mediante prejuízo; i) da inexistência de prejuízo à administração pública; j) ausência de prova do dolo e comprovação de que a ré agiu por evidente erro provocado por terceiro; k) ausência de prova suficiente para a condenação; l) da precariedade da auditoria nº 4360; m) no caso de condenação, aplicação da pena no mínimo legal e reconhecimento de continuidade delitiva (fls. 3357/2480).

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A presente fundamentação tem profunda relação com pontos de sentença anteriormente prolatada por este mesmo Juízo (Autos nº 0003729-52.2007.403.6181), sobre fato análogo, daí o aproveitamento de diversos pontos e questões ali suscitadas pelas partes e solvidas pelo Juízo.

1. *Rejeito as preliminares*, arguidas repetidamente pela defesa ao longo do curso do processo (as mesmas alegadas em processo anterior), pelas mesmas razões que fundamentaram decisões pretéritas deste Juízo nestes mesmos autos.

2. Alegação de *bis in idem* não prospera porquanto os fatos aqui tratados são diversos daqueles denunciados em outras Seções Judiciárias, ainda que com este guardem similaridade. Caberia à defesa comprovar a existência de outra ação penal pelo mesmo fato aqui descrito, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu.

3. É bom que se destaque aqui também que a oitiva de testemunha de defesa por meio de carta precatória, antes da audiência de instrução e julgamento, no Juízo natural, não acarreta nenhum tipo de inversão na ordem processual, sendo, na verdade, imposição da novel lei processual penal, como se observa de expressa ressalva existente no *caput* do *artigo 400 do Código de Processo Penal* (com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008). Nesse sentido:

> Inquirição por precatória: havendo testemunhas a serem ouvidas em outras Comarcas, não há que se respeitar a ordem estabelecida no art. 400, *caput*, CPP. Pode o magistrado, assim que designar audiência de instrução e julgamento, determinar a expedição de precatória para ouvir todas as testemunhas de fora da Comarca, sejam elas de acusação ou de defesa. (*in* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 773).

4. Entendo que a *peça acusatória preenche os requisitos do art. 41 do CPP*, conforme restou consignado em mais de uma decisão deste Juízo, havendo elementos de autoria e materialidade delitivas, nela estando descritos os fatos com todas suas circunstâncias, de modo a propiciar ampla defesa. Não é, pois, inepta a denúncia, nem atípicas as condutas.

5. De resto, as questões preliminares suscitadas pela defesa, em linhas gerais, confundem-se com o mérito e serão solvidas no momento próprio, quando as condutas merecerão confronto com as respectivas normas imputadas.

6. A questão alusiva à obrigatoriedade ou não de licitar não pode ser resolvida com base em julgamento de fato análogo, pelo qual se teria dispensado o certame. Além disso, a questão pertence à análise de mérito. Todavia, foi dito anteriormente que a existência de sentença em sentido diverso não passa de mero reforço argumentativo, não se enquadrando no conceito de prova.

7. A denúncia descreve satisfatoriamente fatos atinentes a *crimes de estelionato, fraudes à licitação, corrupção ativa e passiva*. De forma sintética, *em relação aos 06 convênios celebrados entre a SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO* (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual *ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS)* e o *Ministério da Saúde* (nº *3970/2002* (SIAFI nº 472107), nº *3006/2004* (SIAFI nº 506965), nº *4802/2004* (SIAFI nº 519236), nº *3007/2004* (SIAFI nº 507820), nº *5041/2004* (SIAFI nº 520276) e nº *5042/2004* (SIAFI nº 5192237)), assim respondem criminalmente cada acusado:

7.1 - Artigo 171, § 3º, CP – DARCI (por 6 vezes), LUIZ ANTONIO (por 6 vezes) e RONILDO (por 6 vezes), GRACIENE (por 6 vezes), e MARILENE (uma vez);

7.2 - Artigo 96 da Lei 8.666/93 – DARCI (por 5 vezes), LUIZ ANTONIO (por 5 vezes), RONILDO (por 5 vezes), GRACIENE (por 5 vezes), MARLENE (por 5 vezes) e MARILENE (uma vez);

7.3 – Artigo 333, parágrafo único, CP – DARCI (por 4 vezes, LUIZ ANTONIO (por 4 vezes) e RONILDO (por 4 vezes).

8. A *dimensão espacial e temporal dos fatos* pode assim ser compreendida, resumidamente: 1) existência de recursos públicos disponíveis no Orçamento da União; 2) grupamento de pessoas imbuído do desejo de acessá-los mediante fraude; e, 3) no vértice destas duas coordenadas, a utilização de Emendas Parlamentares (EP) como instrumento de transposição do dinheiro de uma ponta à outra.

9. A *fraude empregada* vem descrita na denúncia em diversas passagens e tem como *pano de fundo*, em síntese:

9.1. Escolha de uma entidade civil, a SOCIEDADE PESTALOZZI DE SÃO PAULO (CNPJ nº 60.805.975/0001-19), atual ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ABADS), sem fins lucrativos, Instituição Filantrópica, de utilidade publica Federal, Estadual e Municipal, que conta com mais de 60 anos de atuação e que atende mais de 700 crianças e jovens (de 0 a 22 anos) com deficiência intelectual e autismo, nas áreas de saúde, educação e emprego apoiado (inclusão profissional);

9.2 *Conjunto de empresas*, algumas fictícias outras conluiadas, pertencentes a alguns dos acusados, *ofertantes de produtos* (ambulâncias e equipamentos médico-hospitalares) por meio de *licitação viciada*;

9.3 *Parlamentares* mancomunados com o esquema proponentes de *Emendas ao Orçamento da União*, incumbidos de drenar o dinheiro público para a aquisição de produtos ofertados pelas empresas antecitadas, seguindo-se com a entrega deste à entidade civil, culminando-se com a distribuição de parte dos lucros entre os partícipes da fraude.

10. Depreende-se da leitura da denúncia e do quanto a instrução processual ofereceu em termos informativos, que a formulação dos denominados *Planos de Trabalho* da entidade civil PESTALOZZI, a atuação de *várias empresas em processos licitatórios fraudulentos*, a apresentação de *Emendas Parlamentares ao Orçamento da União*, nada mais representaram do que o *ardil empregado para enganar* o Poder Público e dele obter a indevida vantagem econômica almejada. *Esse era o fim visado*, e é exatamente isto o que a denúncia descreve.

13. Neste ponto, observo que os parlamentares autores de Emendas ao Orçamento da União, sobre tais fatos, assujeitaram-se, supostamente, a processo próprio. Os representantes da PESTALOZZI, de um lado, e a família VEDOIN, de outro (inclusive RONILDO), respondem aqui como coautores de crimes de estelionato e fraude à licitação, sendo que estes últimos, ainda, por corrupção ativa.

14. Assim, *os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO, RONILDO, GRACIENE e MARILENE figuram como coautores do crime de estelionato*, pelo qual teriam realizado elementares do tipo penal (fraude) com o fim de obterem, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

15. Os acusados *DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO*, ainda, em razão do oferecimento de *vantagem indevida* a parlamentares, em face de *ato de ofício*, qual seja a *apresentação de Emenda ao Orçamento da União, incursos* no delito de *corrupção ativa*, assim descrito:

> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
> Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa.
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

16. Observo que, em tese, para os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, pode-se *divisar* os fatos alusivos ao *estelionato* e à *corrupção ativa*, não ocorrendo o fenômeno da subsunção ou "*conflito aparente de normas penais*". Porém, conforme alegado pela defesa e acolhido quase na íntegra pelo douto representante do MPF, há *bis in idem* acerca deste último delito (fl. 1715). Referidos increpados responderam a nada menos que *243 vezes a esse delito de corrupção ativa*, conforme informa o MPF, que não constatou similaridade em relação a apenas um único delito. *Este seria o relativo ao convênio SIAFI 519236, tratado nos apensos VI, VII e VIII.* Porém, entendo que a grande confusão já causada pelos inúmeros processos instaurados em face dos acusados, e infindáveis documentos juntados não só nestes autos, mas disseminados em todo o País, deve militar em favor dos acusados, de modo a reconhecer-se aqui a ocorrência do instituto tal como profligado pela defesa, em sua inteireza, afastando-se daqui, deste processo, o crime de corrupção ativa. Neste feito, portanto, considero a ocorrência do *bis in idem* em relação aos quatro delitos de corrupção ativa imputados aos acusados.

17. Tocante aos *atos fraudatórios à licitação*, estes constituíram um *iter* do *crime de estelionato*. Assim, para os acusados *DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO*, incide apenas a figura do *estelionato*. Com efeito, a *licitação* era *parte do ardil* utilizado pelos agentes, apenas para conferir *ares de legalidade à atividade delituosa*, cuja finalidade última era, na verdade, *enganar* a Administração Pública para a obtenção de indevida vantagem econômica.

18. Ressalte-se que antes da edição do Decreto 6.170/2007, não havia obrigação legal para que entidades privadas observassem a Lei 8.666/93 como condição para gerir recursos públicos oriundos de convênios.

19. Havia, é sabido, Instrução Normativa exigindo a licitação, contudo, pelo princípio da legalidade, especialmente em matéria penal, não se pode impô-la ao caso. Neste ponto, a acusada MARLENE, a quem o MPF imputa unicamente o delito do artigo 96 da Lei 8.666/93, por cinco vezes, estaria ela ao abrigo do princípio da reserva legal, do consagrado *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, que se extrai da Constituição da República, *art. 5º, inciso XXXIX*, que aduz "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (*princípio da legalidade e princípio da anterioridade*). O artigo 1º do Código Penal vem recepcionado com a mesma sentença de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

20. De qualquer sorte, conforme aduzimos em sentença anterior sobre caso análogo, envolvendo os corréus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO (Autos nº 0003729-52.2007.403.6181) o fato é que *o procedimento licitatório empregado pelos acusados constituiu um meio para alcançar o fim realmente visado pelos agentes*. O expediente (fraudulento) fora utilizado apenas para conferir eficácia ao estelionato e à consequente percepção do dinheiro público.

21. Releve-se, como é cediço, que o fato punível pode ser obra de um ou de vários agentes, atuando em consórcio, repartindo entre si tarefas ou, simplesmente, um cooperando apenas na obra do outro, sem acordo prévio, *mas com a consciência dessa cooperação*. Nesse sentido, *René Ariel Dotti*: "Não se exige um *pactum sceleris* ou um simples acordo para a configuração do elemento subjetivo. Basta a consciência de cooperar (...) para a ação de outrem" (*in* "Curso de Direito Penal. Parte Geral", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 449);

22. Ao caso aplica-se o *princípio da consunção ou absorção*, pelo qual se preconiza que a consunção deve ser utilizada quando a *intenção criminosa* é alcançada pelo cometimento de mais de um tipo penal, devendo o agente, no entanto, por questões de justiça e proporcionalidade de pena (política criminal), ser punido por apenas um delito.

23. Os mesmos fatos são imputados às acusadas GRACIENE e MARILENE, devendo-se aplicar igualmente o *critério da consunção* para melhor adequação típica, cingindo-se a imputação, quanto a elas, apenas ao *crime de estelionato*.

24. Feitas tais considerações, pode-se afirmar com segurança que a *materialidade dos delitos de estelionato* restou plenamente comprovada pelos *documentos encartados nos apensos IV, V, VI e VII, IX, X, XI, XII, XIV. A auditoria de fl. 98/203 do IP integra o corpo delitivo, porém, sobre sua integralidade serão tecidas considerações adiante.*

25. Realizados diversos atos preparatórios e executórios à consumação dos *crimes de estelionato*, evoluiu-se para o desfecho de *etapa essencial ao propósito* dos acusados, consubstanciada na celebração de convênios com o Ministério da Saúde, conforme também demonstram os documentos citados, materializando-se assim a atividade criminosa nos precitados convênios:

25.1. CONVÊNIO SIAFI 472107, 20.12.2002, EP Bispo Wanderval; R$ 300.000,00 para aquisição de 03 unidades móveis equipadas; empresa vencedora KLASS (Anexo IV);

25.2. CONVÊNIO SIAFI 506965, 20.07.2004, EP Edna Macedo; R$ 60.000,00 para aquisição de 01 unidade móvel equipada; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo V);

25.3. CONVÊNIO SIAFI 519236, 30.12.05.2004, EP Marcos Abramo; R$ 160.000,00 para aquisição de 02 unidades móveis equipadas; empresa vencedora SUPREMA RIO, (Anexo VIII);

25.4. CONVÊNIO SIAFI 507820, 20.07.2004, EP Edna Macedo, R$ 120.000,00 para aquisição de 01 unidade móvel equipada; empresa vencedora IVECO (Anexo X);

25.5. CONVÊNIO SIAFI 520276, 31.12.2004, EP João Batista, R$ 60.000,00 para aquisição de equipamentos; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo XI);

25.6. CONVÊNIO SIAFI 5192237, 30.12.2004, EP João Batista, R$ 60.000,00 para aquisição de equipamentos; empresa vencedora SUPREMA RIO (Anexo XII).

26. Com relação à *autoria delitiva, sem dúvida alguma DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, réus confessos, participaram* do concerto criminoso. *O esquema delituoso foi estruturado pela família VEDOIN e RONILDO a partir do ano de 2000*, conforme se aduz da cognominada "delação" apresentada pelos três acusados. E, ressalte-se, tudo não passou de um *jogo de cartas marcadas*, uma *encenação teatral* que tinha como cenário uma ilusória prestação de serviços sociais, de modo a ludibriar a vigilância normalmente empregada pelo Poder Público.

27. As Emendas apresentadas pelos ex-parlamentares mencionados no item 25 tinham por esteio *promessa de recompensa* após a liberação do dinheiro público, daí a intervenção deles no sentido de dar celeridade aos pedidos perante o Ministério da Saúde. O *ato de ofício*, portanto, realizado pelos *agentes políticos* tinha na origem a promessa de indevida vantagem, havendo, pois, *infringência a dever funcional*.

28. A *confissão* de DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO produzida nestes autos em forma de "colaboração" foi acostada no apensado n° 0014878-98.2014.403.6181. Some-se a ela a longa narrativa apresentada ao Juízo de Mato *Grosso, igualmente juntada a estes autos. Destaco, desde logo, que*, tanto uma como outra, revelam a *completa ausência de liame direto entre eles e as corrés GRACIENE e MARILENE*. Não se conheciam!

29. Do ponto de vista objetivo da confissão, os fatos relatados pelos acusados, para além de extraordinários, revelam como determinados assuntos são tratados nos bastidores do Poder, quando não se busca o bem comum, o bem-estar social. A *arquitetura criminosa* fora toda ela engendrada por obra criativa dos acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, tendo como ponta de lança os parlamentares da chamada bancada evangélica.

30. *As acusadas não tiveram acesso aos porões governamentais onde mentores da trapaça urdiram, e de onde fizeram escorrer verbas públicas até ulterior subdivisão do produto obtido.*

31. A confissão é *o retrato do retrocesso político, da fragilização de nossa República* diante de inculpação que descortina as proporções estratosféricas de um *esquema que facilmente invadiu as entranhas do Congresso Nacional*, o Poder Legislativo Federal, envolvendo centenas de Parlamentares que, *traindo o mandato popular*, contribuíram para a sangria do *dinheiro público destinado à saúde* da população brasileira. *Essas circunstâncias haverão de ser consideradas na dosimetria das penas.*

32. Perceba-se nesta toada que as acusadas GRACIENE e MARILENE (inclusive MARCIA) foram usadas pelo esquema criminoso, que precisava de entidades para justificar a apresentação de Emendas. Era através destas e do superfaturamento de produtos ofertados por empresas da família VEDOIN que as verbas alimentavam o esquema. Elas estão mais para

vítimas que para partícipes. Eram voluntárias, não geriam a entidade com fins mercantilistas, mas humanitário.

33. Esse fato não passou despercebido pelo d. Procurador da República, que asseverou em seus memoriais escritos, ao se reportar à confissão dos acusados, "... ficou evidente, também, pelos depoimentos prestados pelos réus colaboradores, que algumas entidades sérias, como a PESTALOZZI, infelizmente, por motivos ainda vagos, sofreram, na mesma época, a infiltração de agentes externos nocivos, máxime no que tange ao controle administrativo da entidade, na época da compra das ambulâncias, possuíssem vínculos afetivos ou profissionais estreitos com integrantes daquela entidade religiosa, para que coordenassem, ou mesmo, permitissem a atuação nas aquisições espúrias." (fl. 1719).

34. As acusadas, de fato, atuavam à frente de uma entidade séria, dispensando cuidados a crianças portadoras de necessidades especiais. Trata-se de organização sem fins lucrativos. Receberam visitas de parlamentares, propondo ajuda. A ajuda viria do Governo Federal, através de parlamentares. Qual o motivo de duvidarem da lisura do procedimento? Segundo tais parlamentares, assessores ajudariam na formulação de documentos para a obtenção dos recursos, ambulâncias e depois outros utensílios. Fora colocada uma sala à disposição de tais assessores, na sede da PESTALOZZI. Disso não se pode extrair qualquer envolvimento criminoso, senão uma prática regular advinda de orientações de agentes do próprio governo.

35. É certo que a auditoria carregou nas tintas no trabalho que realizou na sede da PESTALOZZI. E, basta ouvir o depoimento do responsável pelo respectivo relatório, sr. Eugênio Amar (fl. 1567), para haurir o exagero. Diante de tantas falcatruas e casos semelhantes, os auditores limitavam-se a repetir o trabalho de fiscalização. Eram auditores padrão. Perceba-se: pelo relato de Cecília ou Alice, integrantes da equipe de fiscalização, não se deram ao trabalho de ir além do pátio da entidade onde supostamente ficavam os veículos. Deram a entender que não havia sede administrativa ou salas de aula, etc. Os relatórios eram confeccionados *a posteriori*, sem averiguação ou diligências quanto à existência de funcionários e médicos da entidade. Havia médicos. Estes foram ouvidos perante este Juízo a pedido da defesa e demonstraram tal incoerência dos trabalhos da auditoria.

36. Ora, uma entidade civil que cuidava de cerca de 700 crianças, dirigida por voluntários, recebendo promessa de ajuda de representantes do Governo brasileiro, não podem ser simplesmente subjugadas a um processo criminal de tamanha envergadura por que seguiram orientações de parlamentares, estes sim, mal intencionados. Ao longo de todo o processado não foi produzida uma linha sequer de que as acusadas teriam recebido alguma vantagem pessoal, mínima que fosse. Não conheciam os corréus. Esperavam, conforme consignaram, ajuda para a entidade. *A ausência de dolo é patente e devem ser absolvidas.*

37. Conforme enfatizamos no relatório, os autos foram desmembrados com relação à corré *MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA*, por questão formal do processo, tendo em vista não ter sido citada. Sua situação fática é exatamente idêntica àquela atribuída à corré *GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA*, incursa no artigo 171, § 3º, do Código Penal, por 6 vezes, e artigo 96 da Lei 8.666/93, por 5 vezes. O *efeito extensivo* é inoponível, inescapável por força do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, II, CF), não se podendo dispor de forma diferente para casos exatamente tão iguais.

38. Referido efeito advém da necessidade de se dar tratamento igualitário a acusados de mesmo crime, que se encontrem em situação jurídica idêntica. Assim, dispõe o artigo *580 do Código de Processo Penal* sobre a possibilidade de se estender a corréu o resultado favorável obtido pelo outro, desde que se atendam dois requisitos: a ocorrência de concurso de pessoas, e, razões do *decisum* não sejam de caráter exclusivamente pessoais. É exatamente o caso dos

autos, *devendo os mesmos motivos que absolveram GRACIENE ser aplicados, estendidos para absolver MARCIA*.

39. Assim, *decreto a absolvição das três acusadas deste processo* pelo *crime de estelionato*, GRACIENE (cinco vezes) e MARILENE (uma vez), bem como MARLENE (cinco vezes) pelo delito de fraude à licitação, e ainda de MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA pelo crime de estelionato (cinco vezes), *devendo esta sentença ser trasladada para os autos desmembrados n° 0009405-97.2015.403.403.6181*.

40. A mesma sorte não merecem os réus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO, os quais protagonizaram a chamada *"colaboração premiada". A prova contra eles é inquestionável*. Praticaram os *delitos de estelionato*, cinco vezes (consumado), tendo atingido esse mister a partir de oferecimento e promessas de vantagens indevidas aos parlamentares citados na denúncia, cuja função primordial assentava-se na apresentação de Emendas ao Orçamento da União. A *prova oral* produzida, bem como os *documentos encartados* nos diversos apensos, corroboram a confissão por eles apresentada.

41. E, *somente quem detinha o domínio dos fatos* poderia fornecer essa fabulosa gama de detalhes da atividade criminosa desenvolvida pelo grupo. Os corréus DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO obtiveram indevida vantagem econômica mediante fraude, promovendo vendas de produtos superfaturados ao Governo, através de empresas da família.

42. *Assinale-se que estes corréus* não tiveram um único contato com as corrés ao longo do *iter* criminoso. A relação deles era de outro nível hierárquico. O relacionamento se dava com agentes do governo, com parlamentares, com os detentores das emendas, que eram comissionados com a liberação das verbas. Por isso, tinham os parlamentares que conseguir donatários. Era crucial, para eles, parlamentares, encontrar entidades, "fictícias" ou "sérias", para atingir o verdadeiro escopo do grupo, que nada tinha que ver com benemerência.

43. Para os arquitetos do projeto criminoso, a família VEDOIN e RONILDO, o ganho residia na venda de seus produtos (ambulâncias e equipamentos), sempre superfaturados. Às vezes tal venda era simplesmente fictícia. Porém, para representantes de entidades sérias, como a PESTALOZZI, não havia ganho ilícito. Estas esperavam, simplesmente, receber o donativo prometido pelo Governo Federal.

44. Cumpre, portanto, avaliar quais os efeitos jurídicos do ato praticado pelos acusados, a teor da Lei 12.850/2013, que instituiu a figura da "colaboração premiada". Pretende-se o perdão judicial.

45. A *delação premiada pressupõe confissão*. O coautor ou partícipe do crime confessa sua conduta e revela, entre outros dados, a identidade dos demais agentes. Assim estabelece a Lei:

> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada (omissis)
> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas

> pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
> § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

46. Cumpre assinalar que as *confissões dos acusados propiciaram*, de fato, o pleno conhecimento do *iter* criminoso, modo como os recursos públicos eram drenados do Ministério da Saúde para a aquisição superfaturada de ambulâncias e equipamentos. A profundidade das informações fornecidas, a riqueza de detalhes dos fatos e a *correspondência das informações prestadas pelos acusados com o mundo fenomênico* conferem segurança e credibilidade à prova obtida.

47. Segundo o conceito formulado em julgado da Sexta Turma do STJ, "O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime" (HC 90.962).

48. Neste ponto, faço a primeira observação contrária ao pretendido perdão judicial: destaco que a confissão aqui produzida não alterou em nada o vasto acervo probatório que compõe o processo.

49. A chamada "delação premiada" nada mais é que *uma técnica de investigação utilizada pelo Estado para atalhar o desvendamento do fato delituoso mediante a oferta de benefícios ao colaborador.*

50. A Lei nº 12.850/2013 trata corretamente o instituto pela denominação jurídica de "colaboração premiada", pois *nem sempre da colaboração decorre a delação*, como demonstra o inciso V do artigo 4º da Lei, em que da espontânea atitude do agente colaborador resulta a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Neste caso, há colaboração, sem delação. Diferentemente, haveria delação quando a colaboração implicasse a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (hipótese do inciso I). *A delação tem relação com a "deduragem".* Assim, a *colaboração* é mais abrangente, seria o continente, ao passo que a *delação* uma espécie daquela, cinge-se à entrega de comparsas.

51. Porém, sem mensuração, critérios, não se pode aplicar para quaisquer casos a possibilidade do prêmio (sanção premial). A vulgarização da "delação" pode custar-lhe a credibilidade. Aqui a segunda objeção: inservíveis delações de fortes contra fracos.

52. O instituo não se presta a estabelecer uma espécie de alforria para todos, do mais baixo ao mais alto escalão do crime. Todos livres! Isso seria o mesmo que conferir aos membros de uma organização um *bill de impunidade*, verdadeira imunidade absoluta, coisa jamais vista no direito internacional. Teríamos, no Brasil, uma casta intocável, intangível, colocada acima do bem e do mal para fazer o que bem entender, pois, se e quando, alcançada, um dia talvez, pela lei penal, bastaria ensaiar ares vestais de arrependimento, entregar "mulas", o mordomo ou quiçá o gerente, para livremente sair o "tubarão", o chefe do tráfico, em seguro revoejo.

53. Ressalto que os acusados, conforme relato do réu LUIZ ANTONIO, respondem a cerca de 130 processos, sendo que, graças à "delação", não sofreram nenhuma condenação, saíram ilesos, obtiveram perdão judicial em todos, sendo eles, a despeito disso, os mentores intelectuais da trama criminosa!

54. Os elementos constantes dos autos demonstram que *os "colaboradores" foram os*

arquitetos do esquema criminoso e, sendo assim, não há que se falar em *prêmio*, senão em *atenuante pela confissão*. Caso contrário, a se aceitar essa inversão de valores, em breve teremos *traficantes delatando "mulas" e mentores intelectuais entregando motoboys*, transformando o instituto em instrumento de salvaguarda dos detentores do poder de mando, com impunidade no ápice da pirâmide de organizações criminosas que o instituto visa a atingir.

55. As provas produzidas nos autos indicam, extreme de dúvidas, que os acusados DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, realizaram, objetiva e subjetivamente, as elementares descritas nos *artigos 171, caput e § 3º, do Código Penal (cinco vezes)*, incorrendo em *conduta típica*; não lhes socorrendo nenhuma causa justificante, é também *antijurídica* a conduta; imputáveis e possuindo potencial conhecimento da ilicitude dos fatos, era exigível dos acusados, nas circunstâncias, conduta diversa, sendo, pois, *culpáveis*, passíveis de imposição de pena.

56. A *consumação dos cinco crimes de estelionato* ocorreu com a *efetiva transferência do dinheiro público*, momento em que a vítima perdeu a disponibilidade dos recursos, passando estes à disposição do agente (STF HC 114552 RJ 12/12/2012). Assim, para o convênio SIAFI 472107, a *consumação* ocorreu *em 26.05.2003*; o convênio SIAFI 506965, *em 09.11.2005*; o convênio SIAFI 519236, *em 14.12.2005*; o convênio SIAFI 520276, *em 28.06.2005*. o convênio SIAFI 5192237, *em 24.06.2005* O prejuízo total, em valor histórico, somente destes cinco convênios, atingiu a soma de *R$ 640.000,00*, conforme demonstrou a acusação (O Convênio 3007/2004 - SIAFI nº 507820 – concretizado após deflagração da operação, ficou nos atos preparatórios).

Passo à dosimetria das penas.

57. *Para cada delito de estelionato – art. 171, caput e § 3º, do CP*, fixo para os acusados *DARCI* JOSÉ VEDOIN, *LUIZ ANTÔNIO* TREVISAN VENDOIN e *RONILDO* PEREIRA MEDEIROS, a pena-base de *03 (três) anos de reclusão*, acima do mínimo legal, a teor do artigo 59 do CP, posto ser o *quantum* necessário e suficiente à reprovação do crime. Os diversos inquéritos e processos a que respondem os acusados, por fatos assemelhados, e as circunstâncias e consequências dos crimes, com a *exploração vil de mandato popular do Parlamento Nacional*, justificam a inicial exasperação, conforme descrito anteriormente nos itens precedentes, incidentes como circunstâncias e consequências do crime.

58. Observo que os acusados DARCI, LUIZ ANTONIO e RONILDO são *confessos*, merecedores da atenuante genérica do *artigo 65, III, "d", CP*, pelo que reduzo suas penas, de cada delito de estelionato, para *02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão*.

59. Sem outras variantes, *incide a causa de aumento de pena constante do § 3º do artigo 171 do CP*, pois os delitos foram perpetrados em detrimento da União, razão por que será de *1/3 a majoração*. Assim, *elevo* a reprimenda de cada delito e para cada acusado para *03 (três) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão*.

60. Na última fase de aplicação das penas privativas de liberdade, anoto que incide a regra do *crime continuado (art. 71 do CP)*, de modo que aumento de 1/2 para DARCI VEDOIN, LUIZ ANTONIO e RONILDO (cinco crimes), *tornando-as definitivas em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão para cada um deles*.

61. Condeno-os, ainda, na mesma proporção acima assinalada, à *pena pecuniária*, de *198 (cento e noventa e oito)* dias-multa, *valor unitário* de *dois salários mínimos*, porquanto suas atividades, formação intelectual, condições de vida, demonstram capacidade econômica semelhante, devendo o valor apurado ser corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença.

62. *Relativamente à pena pecuniária* aplicada a cada um dos acusados, procurou-se

fixar a quantidade de dias-multa tendo como parâmetro abstrato o mínimo e o máximo de dias-multa, 10 a 360, estabelecidos pelo *artigo 49, caput, do CP*, considerando o paradigma atinente ao mínimo e máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, de tal forma a manter a mesma proporção entre as penas corporal e pecuniária.

63. A *proporcionalidade* entre as penas é obtida por meio de uma *regra de três*. O patamar de aumento da pena de multa é igual ao da pena privativa de liberdade, respeitando a diferença entre os limites mínimo e máximo desta. Por exemplo, pena privativa abstratamente cominada de quatro a oito anos, sendo concretizada em 06 anos, conclui-se ter o aumento atingido a metade. Portanto, a pena de multa deve ser aumentada na metade entre o mínimo (10 dias-multa) e o máximo (360 dias-multa), que resulta em 175 dias multa.

66. Os fatores são compostos da diferença entre as penas privativa, máxima e mínima. Assim, no exemplo acima, 08 – 04 = 04; a diferença entre os patamares máximo e mínimo da pena de multa, 360 – 10 = 350; e a diferença entre a pena privativa de liberdade efetivamente aplicada e a pena mínima abstratamente cominada, no exemplo, 06 – 04 = 02. Nessa medida, 02 está para 04, assim como *X* (pecuniária a ser aplicada) está para 350, de forma que *X* = 2 x 350/4, ou seja, 175 dias-multa (caso hipotético).

65. Anoto, ainda, que a pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime do art. 171, *caput* e § 3º, do CP, combinado com o artigo 71, do CP, varia de 01 ano, 06 meses e 20 dias *a* 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão; para o delito do art. 333, *caput* (redação atual) e par. único, do CP, combinado com o artigo 71, ambos do CP, de 03 anos, 01 mês e 10 dias *a* 26 anos e 08 meses de reclusão;

66. O *regime inicial de cumprimento da privativa de liberdade* será o *semiaberto*, a teor do disposto nos artigos 33, § 1º, "b", c.c. 35, ambos do Código Penal. Incabível o *sursis* ou a substituição por penas alternativas, por ausência de requisitos subjetivos e objetivos.

67. Os delitos perpetrados têm como *bem jurídico tutelado* o patrimônio da União, cujo titular é o Estado (coletividade). O *dano material* causado corresponde aos valores dos *prejuízos* apontados na denúncia, algo em torno de *R$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais*) atualizados até esta data pela taxa SELIC (https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/corrigirPelaSelic.do?method=corrigirPelaSelic), devendo-se somar a isso o evidente *dano moral* gerado à coletividade, de modo a se duplicar referido valor para *R$ 4.400.000,00 (quatro milhões e quatrocentos mil reais)*.

68. Os acusados *desviaram dinheiro destinado à saúde*. O Poder Público tem o gasto médio anual, *per capita*, com a saúde do brasileiro de R$ 1.100,00 (fontes diversas, inclusive *Organização Mundial da Saúde – OMS* - http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24847:governo-gasta-em-media-r-305-ao-dia-na-saude-de-cada-habitante&catid=3 - http://www.brasil.gov.br/@@busca?SearchableText=oms&Subject%3Alist=OMS).

69. Lícito concluir que o montante de *quatro milhões e quatrocentos mil reais* representa o custo *per capita* anual que deixou de ser gasto com *quatro milhões brasileiros*, aproximadamente.

70. Assim, em face do que dispõe o *inciso IV do artigo 387 do CPP*, fixo *para cada acusado*, dividido o precitado valor entre eles (total de três), o valor mínimo, *a título de reparação dos danos*, de *R$ 1.130.000,00 (um milhão, cento e trinta mil reais)*, devendo incidir correção monetária a partir do trânsito em julgado desta sentença.

III – DISPOSITIVO

Destarte, com base nos fundamentos expendidos e o mais que dos autos consta, *julgo parcialmente procedente* a pretensão deduzida na ação penal para:

a) condenar DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, qualificados nos autos, por incursos no *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes) c.c. 71 do CP, cada um *à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, regime inicial semiaberto*, a teor do disposto nos artigos 33, § 1º, "b", c.c. 35, ambos do Código Penal, e pena pecuniária de 198 (cento e noventa e oito) dias-multa, valor unitário de dois salários mínimos, corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença; e

b) absolver GRACIENE CONCEIÇÃO PEREIRA e MARILENE DA SILVA E SILVA, qualificadas nos autos, do crime do *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes para a primeira e uma vez para a segunda acusada), *com fulcro no artigo 386, inciso V, do CPP*;

c) absolver MARLENE DE JESUS CHIARATTI FALCÃO ROCHA, qualificada nos autos, do crime previsto no artigo 96 da Lei 8.666/93 (5 vezes), com base no artigo 386, inciso III, do CPP;

d) DECLARAR EXTINTO O PROCESSO, com fundamento nos artigos 3º e 95, III, do Código de Processo Penal, c.c. o artigo 267, V, segunda parte, do Código de Processo Civil, com relação ao crime de corrupção ativa (*333, parágrafo único, CP* – 4 vezes – quanto aos acusados DARCI JOSÉ VEDOIN, LUIZ ANTONIO ANTÔNIO TREVISAN VEDOIN e RONILDO PEREIRA MEDEIROS, qualificados nos autos;

e) absolver MÁRCIA APARECIDA ANTÔNIA ROCHA, qualificada nos autos des*membrados n° 0009405-97.2015.403.403.6181, para o qual deverá esta sentença ser trasladada*, do crime do *artigo 171, caput e § 3º, do CP* (cinco vezes para a primeira), *com fulcro no artigo 386, inciso V, do CPP*;

71. Incabível o *sursis* ou a substituição da pena privativa, tendo em vista ausência dos requisitos objetivos e subjetivos do benefício, tudo conforme anteriormente motivado.

72. Em face do disposto no *inciso IV do artigo 387 do CPP*, fixo aos acusados, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, especialmente à saúde pública, para cada um, o *valor mínimo de R$ 1.130.000,00* (um milhão, cento e trinta mil reais), tendo em vista os motivos supramencionados, com correção a partir do trânsito em julgado.

73. Os acusados poderão *apelar em liberdade*, pois ausentes motivos ensejadores da prisão preventiva, devendo-se *lançar o nome deles no rol dos culpados* após o trânsito em julgado desta sentença, e oficiar à *Justiça Eleitoral* em cumprimento ao artigo 15, III, da Constituição Federal (*suspensão dos direitos políticos – proibição de votar e ser votado enquanto perdurarem os efeitos da condenação*).

74. Tocante a GRACIENE, MARILENE e MARLENE, nestes autos, e MARCIA nos autos *desmembrados* n° 0009405-97.2015.403.403.6181, após o trânsito em julgado da sentença, arquivem-se.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

Juiz Federal ALI MAZLOUM

AÇÃO PENAL
0005871-78.2012.4.03.6108

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réu: HEGLER DOS SANTOS VENTURA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2015

Vistos etc.

Trata-se de ação penal pública incondicionada, desmembrada do feito nº ..., fls. 02, na qual o Ministério Público Federal, a fls. 138/139-verso, denunciou (...),(...),(...)e (...), qualificados a fls. 138/138-verso, como incursos nas penas do artigo 65[1], Lei 9.605/1998 e do artigo 163, parágrafo único, inciso III[2], CPB, ambos c.c artigo 29[3], também do Digesto Repressor, com base nos seguintes fatos : no dia 17 de maio de 2010, na Rua Azarias Leite, 1-75, Centro, em Bauru/SP, (...),(...),(...)e (...), agindo em unidade de desígnios e propósitos, deterioraram uma porta e picharam a fachada do Instituto Nacional do Seguro Social em Bauru/SP.

Ainda de acordo com a vestibular, apurou-se que, no dia 17 de maio de 2010, uma segunda-feira, as funcionárias da Autarquia Federal, Regina Maria Alves Gonzales e Suely Aparecida Eloy, constataram que a porta de acesso ao 7º andar estava quebrada, sendo que na laje desse piso havia várias frases e símbolos pichados em vermelho, além do chão de várias salas do 2º andar estarem manchados de tinta vermelha.

Prossegue a exordial acusatória narrando que, com o início da apuração policial, foram realizadas investigações, restando descoberta, a partir da análise e comparações das frases e símbolos pichados com o banco de dados da Polícia Civil, em Bauru/SP, a autoria delitiva, bem como esclarece o Relatório de fls. 31/38, chegando-se aos acusados.

Apurou-se que os indiciados, mediante escalada externa, adentraram, por uma sacada, no interior do prédio da Autarquia Federal Previdenciária e, passando internamente pelos andares restantes, deteriorando a porta de acesso ao pavimento acima do 7º andar, galgaram a fachada superior onde, com o uso de instrumento para pintura, conhecido como "rolinho", picharam com tinta toda a extensão da fachada que circunda o edifício, grafando, no local, siglas e símbolos diversos (fls. 31/35 e 72/76).

Consoante o *Parquet*, o Boletim de Ocorrências (nº ...) de fls. 08/09, o Laudo Pericial de fls. 71/76, o Ofício de fls. 24 e as informações policiais acostadas a fls. 30 e 31/35, comprovam

---

1 Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.
Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

2 Dano
Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
Dano qualificado
Parágrafo único - Se o crime é cometido:
...
III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

3 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a materialidade das infrações penais narradas.

A exordial acusatória teve por base o Inquérito Policial nº ..., da Delegacia de Polícia Federal em Bauru/SP.

Arrolou o *Parquet* Federal seis testigos, fls. 139-verso.

Recebida foi a vestibular acusatória em 21/03/2012, fls. 156.

Por se tratar de feito desmembrado, este relatório prosseguirá tão-somente no que diz respeito ao aqui investigado (...).

Citado, na Penitenciária II, em Pirajuí/SP, onde, então, encontrava-se recolhido por outro processo, fls. 225, solicitou o réu a nomeação de Dativo Defensor.

Determinado o desmembramento do feito, em relação ao aqui acusado, (...), fls. 226.

Intimada foi a Defensora Dativa, Dra. (...), OAB/SP (...), fls. 273, por este Juízo nomeada a fls. 156.

Apresentada defesa preliminar, fls. 275/279, pleiteou o réu sua sumária absolvição. Não arrolou testemunhas.

Inocorridas as hipóteses do art. 397, CPP, determinou este Juízo a oitiva das testemunhas, fls. 280.

Oitiva dos seis arrolados pelo MPF, a fls. 313/318 e 336/338.

Interrogatório do réu, a fls. 404/406.

Na fase do art. 402, CPP, nada requereram Acusação e Defesa, tendo apresentado, de pronto, suas Alegações Finais, o MPF, a fls. 408/411, pleiteando a condenação, e a Defesa, a fls. 417/420, afirmando inexistência de prova quanto à autoria, pugnando pela absolvição.

Certidões de antecedentes, a fls. 186, 198/203, 216, 222/223, 365, 368/372, 374, 377/378-verso e 435/441.

Certidões de objeto e pé, a fls. 432/433.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

De proêmio, o julgamento da presente está embasado em entendimento exarado pela Suprema Corte:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FLEXIBILIZAÇÃO. FÉRIAS DO MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC AUTORIZADA PELO ART. 3º DO CPP. DECISUM COMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.
> 1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído. Precedentes: HC 104.075, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 1º.07.11; HC 107.769, Primeira Turma Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.11.11.
> 2. O artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao Processo Penal, conforme autorização prevista no art. 3º, do CPP, veicula exceção à regra prevista no artigo 399 do mencionado Estatuto Processual Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08, consistente na possibilidade de o feito ser sentenciado por juiz substituto nas hipóteses de convocação,

licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria do magistrado que presidiu a instrução criminal.
3. O afastamento do juiz titular por motivo de férias autoriza a prolação da sentença por seu substituto, nos termos do artigo 132 do CPC. Precedentes: HC 112.362, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandoski, DJe de 18.04.13; e RHC 116.205, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 30.04.13.
4. "O princípio *pas des nullités sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo (art. 563 do CPP: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.') – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício" (HC 107.822, Primeira Turma, que de fui Relator, DJ de 08.013.12). No mesmo sentido: HC 103.532, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.10.10; HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 26.11.13; HC 114.512, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 08.11.13).
5. *In casu*, o recorrente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (mês) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo certo que a sentença foi proferida pelo juiz substituto, em razão do gozo de férias do magistrado que presidiu a instrução criminal, e há congruência entre a condenação e as provas colhidas no curso instrução criminal presidida pelo magistrado titular. De resto, não é crível que o Magistrado substituto tenha sentenciado sem conhecimento dos autos.
6. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido, mas desprovido. (RHC 123572, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Em prosseguimento, inarguidas preliminares, adentra-se, de pronto, ao meritório exame.

A materialidade delitiva resta patente no Boletim de Ocorrência (nº 4719/2010), fls. 09/10, no Ofício de fls. 25, nas informações policiais acostadas a fls. 31 e 32/36, bem como no Laudo Pericial de fls. 72/77.

O denunciado confirmou, perante a Autoridade Policial, "ter realizado pichações em prédios na cidade de Bauru, sendo que as pichações que contém a sigla 'HGR' são detentoras de sinal de identificação de autoria do declarante", que em meados de 2010 estava trabalhando e "que pichava muito pouco", pois "estava mais tranquilo na busca desse status social, praticando muito pouco essa atividade" (fls. 96).

O Relatório de Investigação feito pela Delegacia da Infância e Juventude afirma que todas as características, empregadas nos delitos objeto dos presentes autos, indicam claramente os denunciados como autores, pois as siglas e grafismos ali impregnados os identificam, já que dentre os objetivos dos pichadores está ao de registrar a sua marca e a sua identificação pessoal (fls. 32/39).

Em Juízo, ao ser interrogado, negou o réu os fatos, mas admitiu na adolescência pertencia ao grupo que costumava pichar diversos prédios pela cidade (fls. 406, 3:37 a 3:50).

Ainda em seu interrogatório, reconheceu a sigla "HGR" (...) referia-se à sua pessoa e a sigla " PRDS" (Pirados) ao grupo ao qual pertencia na época de sua adolescência, tendo alegado, desde 2008, após a divulgação de um vídeo no You Tube, não teria mais pichado, além de confirmar faziam parte do grupo os codenunciados (...) e (...)(6:36 a 11:13 de gravação).

Quanto à pichação do prédio do INSS, (...) afirmou em seu depoimento que não estava presente, mas que sua sigla foi utilizada pelo grupo (não podendo divulgar os nomes dos integrantes), em sinal de respeito e admiração à sua pessoa, deixando claro era conhecido dos

pichadores, tendo, inclusive, cometido pichações por diversas vezes, sempre em bando (12:00 a 16:12 da gravação)

As alegações apresentadas pela Defesa, por sua vez, foram no sentido de afastar a autoria delitiva, afirmando (...) não é o autor dos crimes de dano e pichação, com pedido de absolvição, fls. 275/279.

Ao afirmar que o denunciado encontrava-se, no momento do crime, trabalhando no supermercado Tauste, deixou a Defesa, data vênia, de apresentar provas documentais e/ou testemunhas a tanto. Nenhuma declaração do supermercado, ou cópia da CTPS, nenhum colega de trabalho a depor em seu favor...

Na mesma senda de raciocínio, incabível a tese defensiva de que o r. Laudo de fls. 73/74 fora realizado em local não preservado.

Ora, mais uma vez data vênia, basta à Defensora dirigir-se ao Centro de Bauru e, por si só, visualizar o prédio do INSS, para constatar a existência das pichações neste feito retratadas, por todo o seu entorno.

Em prosseguimento, as testemunhas ouvidas a fls. 318 e 338 corroboram para o deslinde do feito, com a confirmação da materialidade e a revelação de sua autoria.

O Investigador de Polícia Civil Eliseo Correa de Godoy foi enfático em seu depoimento, descrevendo pormenorizadamente a atuação dos grupos de pichadores na cidade de Bauru/SP, pois há anos acompanhava/investigava esse tipo de delito, cometido na maioria das vezes por adolescentes e sempre em grupos (fls. 318)

Relata Eliseo Correa de Godoy que (...) é conhecido na Delegacia da Infância e Juventude (responsável pela investigação desse tipo de delito), porque, por diversas vezes, o denunciado foi identificado como pichador, inclusive foi "pego em flagrante" mais de uma vez, além de ter a peculiaridade de deixar suas marcas em lugares altos.

O Investigador deixou claro não haver dúvidas da participação efetiva do denunciado nos delitos praticados no dia 17/05/2010 no prédio do INSS, pois é característica própria da pichação a autopromoção pessoal do delinquente. A testemunha afirma (fls. 318, 06:40 a 06:55 de gravação):

> Um não usa a marca do outro... porque ninguém faz propaganda do outro, pois isso é uma auto propaganda. Cada um tem realmente a sua marca.

Nada crível, portanto, a afirmação do réu, em seu interrogatório, de que suas iniciais HGR foram ali colocadas sem a sua "permissão", por conta da amizade de que desfruta entre os pichadores de Bauru/SP, fls. 406, a partir dos 11:22 de gravação.

A última foto de fls. 34 e a de fls. 75 deixam patente HGR pertencia ao grupo responsável pela pichação, pois ali sua "assinatura".

Consolidados os elementos materialidade e autoria, desce-se à dosimetria, nos termos das circunstâncias do art. 59, CPB.

A culpabilidade resplandece ao feito, por todo o cenário de prova nele construído.

Os antecedentes coligidos, fls. 186, 198/203, 216, 222/223, 365, 368/372, 374, 377/378-verso, 432/433 e 435/441 não demonstram condenação específica ao tema em pauta.

A conduta social não vem informada, nada sendo ao feito em robustez conduzido.

Não revelados detalhes de personalidade do agente, nem atinentes a seu comportamento - de fora às inescondíveis condenações por tráfico de drogas, fls. 432, e furto duplamente

qualificado, fls. 433 - os motivos repousam na causa, no sentido do afã por se fazer notar no meio dos pichadores, fazendo inserir sua "assinatura" nos mais altos edifícios desta urbe, conspurcando o visual citadino.

As circunstâncias dos crimes revelam a despreocupação do agente para com o patrimônio público, ante o fato de ter invadido edifício do INSS e, lá no alto, deixado suas marcas com tinta indelével, até hoje visíveis. Tal atitude revela "pouco caso" com o aparato público (INSS), bem assim com o patrimônio público imaterial (visual urbano).

Por igual, as consequências dos crimes, de seu lado, apontam a ocorrência de figuras delituosas mediante as quais têm se dado, dia-a-dia, o crescente enfeiamento das cidades, tanto quanto a degradação de prédios, sejam eles públicos ou particulares, fruto da audácia de grupos de adolescentes/jovens que deveriam ocupar-se de afazeres profícuos como os escolares e os de trabalho, ainda que como aprendiz.

Por fim, as retratadas consequências dos crimes refletem o caos no qual a urbe naufraga, toda vez que seu patrimônio vem a ser conspurcado, como no caso vertente, deixando mais feia e triste a paisagem urbana.

Dessa forma, em consideração às circunstâncias retro abordadas, bem como devido à gravidade objetiva dos fatos e ao vilipêndio ao patrimônio público, tanto material (inteira fachada do prédio do INSS) quanto imaterial (paisagem urbana), há de se fixar, como pena-base, face aos crimes objetivamente descritos com riqueza de detalhes, em suficiência, artigo 65[4], Lei 9.605/1998, a sanção, aqui individualizada / específica de um ano de detenção e de trinta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos (17/05/2010), atualizados monetariamente, tanto quanto de dois anos de detenção e de outros trinta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos (17/05/2010), atualizados monetariamente, para o crime tipificado no artigo 163, parágrafo único, inciso III[5] do Digesto Repressor.

Prosseguindo-se com o cálculo das penas, nos termos do art. 68[6], CP, inocorrentes outras hipóteses de atenuantes ou agravantes, tanto quanto ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, a resultar a somatória, consoante o artigo 69[7], CPB, em três anos de detenção, tanto quanto em 60 (sessenta) dias-multa.

---

4 Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.
Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

5 *Dano*
Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
Dano qualificado
Parágrafo único - Se o crime é cometido:
...
III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)
...
Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

6 Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

7 *Concurso material*
Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", o regime inicial aberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Entrementes, ante a autorização substituidora, introduzida pela Lei nº 9.714/98, no artigo 44, I, CP, cabível a conversão da reprimenda pessoal, antes imposta, de nove meses de detenção, para o denunciado, por pena restritiva de direitos e multa, esta podendo se exprimir por pena pecuniária (parágrafo primeiro do artigo 45, CP), *constata-se, sim, coerente se imponha ao réu o pagamento da importância* de dois salários mínimos, por meio de depósito em Juízo, em quatro parcelas, iguais, mensais e sucessivas, cada qual equivalente a meio salário-mínimo, com destinação a entidade pública ou privada, com finalidade social, a ser identificada pelo E. Juízo da execução (segunda linha do § 1º, do artigo 45, CP), bem assim à prestação de serviços à comunidade aos finais-de-semana (sábado e domingo) a entidade pública a ser identificada pelo E. Juízo da penal execução, por quatro horas, a cada dia de jornada, a ser cumprida dita imposição (que fruto, recorde-se, de dupla sanção substituidora, firmada consoante última parte do parágrafo 2º do art. 44 CPB), em tempo equivalente à metade da pena privativa de liberdade aqui originariamente fixada, nos termos da última parte do parágrafo 4º do art. 46, do mesmo Estatuto Repressivo, consoante seu parágrafo 3º.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, *JULGO PROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal inicialmente deduzida, em função do quê *CONDENO* o réu (...), qualificação a fls. 138-verso, como incurso nos artigos 65, Lei 9.605/1998, e 163, parágrafo único, inciso III, CPB, ambos c.c artigo 29, também do Digesto Repressor, *às penas*, fruto da substituição antes descrita, *pecuniária* de dois salários mínimos, para pagamento mediante depósito, em Juízo, em quatro parcelas, iguais, mensais e sucessivas, cada qual equivalente a meio salário-mínimo, as quais com destinação a entidade pública ou privada, com finalidade social, a ser identificada pelo E. Juízo da execução (segunda linha do § 1º, do artigo 45, CP), e ao pagamento de sessenta dias-multa, cada qual equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente naquele maio/2010, atualizado monetariamente até seu efetivo desembolso, bem assim à *prestação de serviços à comunidade aos finais de semana* (sábado e domingo) a entidade pública a ser identificada pelo E. Juízo da penal execução, por quatro horas, a cada dia de jornada, a ser cumprida dita imposição (que fruto, recorde-se, de dupla sanção substituidora, firmada consoante última parte do parágrafo 2º do art. 44 CPB) em tempo equivalente à metade da pena privativa de liberdade aqui originariamente fixada, nos termos da última parte do parágrafo 4º do art. 46, do mesmo Estatuto Repressivo, consoante seu parágrafo 3º, sem sujeição a custas processuais, fls. 156 (§1º, parte final, do art. 806, CPP).

Arbitrados honorários à Dativa Defensora, Dra. (...), OAB/SP (...), fls. 156, no grau máximo, nos termos do Anexo Único, Tabela I, da Resolução nº 205, de 07 de outubro de 2014, do Conselho da Justiça Federal, para oportuna expedição pagadora.

Traslade-se cópia da presente para o feito do qual houve o desmembramento: nº (...).

Transitado em julgado o presente "decisum", lance-se o nome do réu no livro de rol dos Culpados (art. 5º, LVII, CF).

Comuniquem-se os órgãos de estatística forense (art. 809, CPP).

Ao SEDI, para anotações.

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA
0006735-83.2012.4.03.6119

Autora: CAMILA MARIA DA SILVA COSTA
Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

1) RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por CAMILA MARIA DA SILVA COSTA em face da ANVISA por meio da qual busca o ressarcimento a título de danos materiais e morais.

A autora narra que, em setembro de 2009, implantou próteses de silicone da marca PIP GEL SILIC TEXT e, após, tomou conhecimento de notícias de inúmeros problemas gerados pela marca em questão. Que ao procurar o médico, foi orientada a realizar troca da prótese mamária.

Em fevereiro de 2012 foi submetida à cirurgia para substituição das próteses mamárias. Que arcou com os custos de ambas as cirurgias, além do dano relativo à decepção e frustração por culpa exclusiva da ré, pois a ANVISA tinha o dever legal de fiscalizar todos os produtos relacionados à saúde que entram no país.

Com a petição inicial, vieram a procuração (fls. 10) e os documentos de fls. 13/32.

Foi deferido o pedido de Justiça Gratuita (fls. 37).

Citada, a ANVISA contestou (fls. 43/63) e juntou os documentos de fls. 64/106. Preliminarmente, defendeu sua ilegitimidade passiva. No mérito pugnou pela improcedência da demanda, aduziu que nunca houve autorização da ANVISA para a comercialização de produto inadequado aos padrões de consumo. Discorreu acerca da competência legal para registro de produtos e dos limites do poder-dever de polícia após o registro do produto. Explicitou quais os meios de vigilância e controle utilizados. Sustentou que não houve omissão da agência reguladora.

Réplica às fls. 109/114.

Despacho saneador às fls. 117/118, reconhecendo a legitimidade passiva da ANVISA com fulcro na Teoria da Asserção.

Agravo retido nos autos (fls. 121/128) interposto pela ANVISA.

Documentos juntados pela autora às fls. 129/143.

Despacho que recebeu o agravo retido às fls. 144.

Contraminuta ao agravo retido apresentado pela autora às fls. 146/148.

É o relatório do necessário. *DECIDO.*

2) FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. Preliminar de ilegitimidade passiva

Apesar de entendimento pessoal desta Magistrada em sentido contrário ao decidido às fls. 117/118, a legitimidade passiva da ANVISA já foi analisada e reconhecida por este Juízo, estando tal tema precluso.

Passo ao exame do mérito.

2.2 Mérito

A parte autora direciona contra a ANVISA pedido de indenização por danos ocorridos em razão de conduta ilícita imputável à autarquia que permitiu a comercialização no país das próteses mamárias *Poly Implant Prothese* – PIP GEL SILIC TEXT. Sustenta que a ré autorizou a comercialização antes de efetuar todos os testes necessários do produto.

A responsabilidade civil é fonte de obrigações e significa o dever de ressarcimento por danos causados à determinada pessoa ou ao seu patrimônio.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, *in verbis*:

> Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva caracteriza-se pela desnecessidade que o lesado tem de comprovar a culpa do agente público causador do dano, bastando a demonstração da conduta comissiva atribuída ao Poder Público, a ocorrência do dano (material e/ou imaterial) e, por fim, a existência de nexo causal (relação de causalidade) entre a conduta estatal (fato administrativo) e o dano suportado pela vítima.

Nos termos da doutrinária e jurisprudência majoritárias, a responsabilidade por ato omissivo do Estado é subjetiva, devendo se investigar a culpa (*faute du service*), nas modalidades negligência, imperícia e imprudência, as quais devem se originar no descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

Entretanto, a responsabilidade por conduta omissiva será objetiva quando oriunda de uma omissão específica. Conforme leciona Cavalieri Filho:

> Haverá *omissão específica* quando o Estado estiver na condição de garante (ou guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a *omissão específica* pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. SP: Altas, 2012., p. 268)

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> 2. Quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado. 3. Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal - requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado -, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. (AgRg no REsp 1247453/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

Sobre a ANVISA, o art. 2º da Lei 9.782/99 prevê que:

> Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:
> [...]
> III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde.

Conforme previsão do art. 6º da Lei 9.782/99, os deveres atribuídos à ANVISA visam à proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Segundo a Lei nº 6.306/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, o mencionado controle sanitário se dá por meio do registro do produto, momento em que se faz a verificação do atendimento de todas as exigências relacionadas à finalidade dos produtos. *In verbis:*

> Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.
> (...)
> § 2º - Excetua-se do disposto no parágrafo anterior a validade do registro e da revalidação do registro dos produtos dietéticos, cujo prazo é de 2 (dois) anos.
> § 3º - O registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância desta Lei ou de seus regulamentos.
> § 4º - Os atos referentes ao registro e à revalidação do registro somente produzirão efeitos a partir da data da publicação no "Diário Oficial" da União.
> § 5º - A concessão do registro e de sua revalidade, e as análises prévia e de controle, quando for o caso, ficam sujeitas ao pagamento de preços públicos, referido no Art. 82.
> § 6º - A revalidação do registro deverá ser requerida no primeiro semestre do último ano do qüinqüênio de validade, considerando-se automaticamente revalidado, independentemente de decisão, se não houver sido esta proferida até a data do término daquela.
> § 7º - Será declarada a caducidade do registro do produto cuja revalidação não tenha sido solicitada no prazo referido no § 6º deste artigo.
> § 8º - Não será revalidado o registro do produto que não for industrializado no primeiro período de validade.
> § 9º - Constará obrigatoriamente do registro de que trata este artigo a fórmula da composição do produto, com a indicação dos ingredientes utilizados e respectiva dosagem.
> Art. 13 - Qualquer modificação de fórmula, alteração de elementos de composição ou de seus quantitativos, adição, subtração ou inovação introduzida na elaboração do produto, dependerá de autorização prévia e expressa do Ministério da Saúde e será desde logo averbada no registro.
> (...)
> Art. 15 - O registro dos produtos de que trata esta Lei será negado sempre que não atendidas as condições, as exigências e os procedimentos para tal fim previstos em Lei, regulamento ou instrução do órgão competente.

Como esclarecem os dispositivos acima, após a realização do controle primário da qualidade do produto e com o atendimento de todas as exigências, é concedido o registro, podendo este, a partir daí, ser comercializado em território pátrio.

No caso em tela, as próteses mamárias de silicone da marca *Poly Implant Prothese* – PIP, *à época do registro, atendiam todas as exigências legais para sua devida importação e comercialização em território brasileiro.*

A AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire dês Produits de Santé*) apurou que o fabricante das próteses mamárias alterou, de forma clandestina, irregular e ilegal a fórmula do produto adicionando silicone de uso industrial impróprio para uso humano e que não

constava da formulação original do produto.

Com efeito, a ANVISA não foi a responsável pelo fornecimento ou implantação das próteses mamárias adulteradas, *não se pode atribuir à agência reguladora, ora ré, qualquer conduta, comissiva ou omissiva, em relação à importação ou comercialização do produto defeituoso,* pois as investigações realizadas não só no Brasil, mas no país do fabricante (França) demonstraram que as próteses mamárias foram adulteradas por conduta única, clandestina e exclusiva imputável ao fabricante.

Vale notar, conforme documento de fls. 86/106 (Relatório de Implantes Mamários de Silicone – Ações da ANVISA), que em 30/03/2010 a AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire dês Produits de Santé*) determinou a suspensão da comercialização, distribuição e uso do produto prótese mamária de silicone da fabricante PIP (*Poly Implants Prothese*) em razão do aumento da taxa de ruptura envolvendo os implantes e a utilização de gel de silicone diverso do homologado pela própria agência sanitária francesa.

Em 01/04/2010, após as informações da AFSSAPS, a ANVISA tomou uma série de providências, antes mesmo da ocorrência de reclamações de pacientes que receberam as próteses. As primeiras medidas adotadas pela ré foram: a) a suspensão em todo território brasileiro da comercialização, distribuição, importação e utilização de implantes mamários da marca francesa PIP via Resolução nº 1558/2010, b) publicação do Alerta Sanitário nº 1015 sobre o risco sanitário envolvendo as próteses mamárias da marca PIP, c) publicação no portal da ANVISA noticiando a suspensão das próteses mamárias PIP, d) solicitação à AFSSAPS de informações adicionais à ANVISA, e) contato com a empresa EMI buscando informações relacionadas ao número de próteses importadas, comercializadas, em estoque, etc.

Observa-se que é dever da empresa importadora zelar para que os produtos importados correspondam, rigorosamente, àqueles então registrados no Ministério da Saúde. Assim prevê o art. 148 do Decreto nº 79.094/79, que regulamenta a Lei nº 6.360/76:

> Art. 148. A ação de vigilância sanitária implicará também na fiscalização de todo e qualquer produto de que trata este Regulamento, inclusive os dispensados de registro, os estabelecimentos de fabricação, distribuição, armazenamento e venda, e os veículos destinados ao transporte dos produtos, para garantir o cumprimento das respectivas boas práticas e demais exigências da legislação vigente.
> § 1º. *As empresas titulares de registro, fabricantes ou importadores, têm a responsabilidade de garantir e zelar pela manutenção da qualidade, segurança e eficácia dos produtos até o consumidor final, a fim de evitar riscos e efeitos adversos à saúde.*
> § 2º. A responsabilidade solidária de zelar pela qualidade, segurança e eficácia dos produtos, bem como pelo consumo racional, inclui os demais agentes que atuam desde a produção até o consumo. (Negrito nosso.)

Até a divulgação da informação pela própria AFSSAPS (*Agence Francaise de Sécurité Sanitaire dês Produits de Santé*) não havia nenhum motivo para se suspeitar de possível adulteração das próteses mamárias da marca PIP, as próteses eram comercializadas em diversos países sem que houvesse, à época, qualquer notícia de problemas relacionados ao seu uso.

A partir dos fatos descritos na inicial e do conjunto probatório carreado aos autos, averigua-se que o dano narrado tem origem na comercialização de produto diverso daquele que fora autorizado pela ANVISA, não se podendo imputar à agência reguladora falha no exercício de suas funções ou qualquer outra conduta relacionada à adulteração do produto. A pretensão deveria ter sido direcionada ao fabricante ou importador, ou seja, ao responsável

pela comercialização de produto diverso do registrado na ANVISA.

Nesse sentido têm se inclinado as Cortes Regionais Federais, como se visualiza dos precedentes abaixo colacionados:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRÓTESES MAMÁRIAS. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANVISA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ANVISA. COMPOSIÇÃO FRAUDADA, DE FORMA EXCLUSIVA E IRREGULAR, PELO FABRICANTE. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. EXCLUSÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS DO FEITO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1. A parte autora, ora apelante, ajuizou ação ordinária em face da UNIÃO FEDERAL, da AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA, da EMI IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e da TÜV RHEINLAND DO BRASIL LTDA, objetivando o pagamento de indenizações, a título de danos materiais e morais, em razão de a prótese mamária da marca francesa "Poly Implants Prothese - PIP" ter sido reconhecida como imprópria para o uso humano. (...) *14. Após concedido o registro da prótese mamária - que, neste momento, cumpria com os requisitos legais para sua importação e comercialização- o fabricante, de forma exclusiva, irregular e clandestina, alterou a fórmula do produto, incluindo silicone industrial, componente não previsto originalmente e impróprio para o uso humano. 15. Não se pode atribuir à ANVISA qualquer conduta em relação ao produto defeituoso, uma vez que as próteses foram adulteradas por conduta exclusivamente imputável ao fabricante e à revelia das autoridades sanitárias*. 16. Agravos retidos não conhecidos. Exclusão das empresas EMI IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e TÜV RHEINLAND DO BRASIL LTDA. Recurso de apelação desprovido. (TRF2 0003158-49.2013.4.02.5001 (TRF2 2013.50.01.003158-5) 5ª TURMA ESPECIALIZADA Data de disponibilização 13/05/2015 Relator ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES) Negrito nosso.

> ADMINISTRATIVO. PRÓTESE MAMÁRIA PIP COM DEFEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS. ANVISA - ILEGITIMIDADE PASSIVA. *A ANVISA controla o registro do produto quanto ao cumprimento dos requisitos legais para sua importação e comercialização e após este processo, não responde por eventuais alterações ou defeitos decorrentes da conduta exclusiva do fabricante*. Por tal razão não é parte legítima para responder por eventuais danos causados pelas próteses mamárias adquiridas da empresa EMI. (TRF4, AC 5002127-52.2012.404.7113, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 12/08/2015) Negrito nosso.

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. PRÓTESE MAMÁRIA DA MARCA PIP. ALTERAÇÃO NA FÓRMULA APÓS A CONCESSÃO DO REGISTRO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ANVISA. Apelação desprovida. (TRF4, AC 5003720-12.2013.404.7104, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 11/12/2014)

> AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANVISA. PRÓTESE MAMÁRIA. Analisada detidamente a situação jurídico-fática dos autos, proferi decisão cujos fundamentos não são afastados pelas razões da agravante. A parte não traz qualquer dado novo para modificar a posição adotada. *A ANVISA não responde por eventuais danos causados pelo uso da prótese mamária, decorrentes da conduta exclusiva do fabricante, que unilateralmente alterou a composição do produto, a revelia da autarquia ré*. (TRF4 5020030-02.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 01/02/2013) Negrito nosso.

Diante dessas considerações, não havendo qualquer conduta ilícita comissiva ou omissiva imputável à ANVISA, os pedidos merecem julgamento de improcedência.

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, *julgo IMPROCEDENTES os pedidos*, e resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, considerando a natureza da demanda, o valor atribuído à causa e a ausência de produção das provas pericial e testemunhal, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Suspensa a exigibilidade em razão do benefício da Gratuidade da Justiça, o que isenta a parte-autora do pagamento de custas.

Após o trânsito em julgado desta sentença, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo.

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

Guarulhos/SP, 31 de agosto de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO ORDINÁRIA
0001229-28.2013.4.03.6108

Autor: DIEGO ANTONIO AMARAL
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS-DIRETORIA REG SP INTERIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOAQUIM E. ALVES PINTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2015

DIEGO ANTÔNIO DO AMARAL propõe esta ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, objetivando determinar que a empresa estatal, proceda à contratação do Autor, bem como o pagamento de toda a remuneração desde o período em que poderia estar investido no emprego e indenização por danos morais.

Alega que foi aprovado em todas as fases do concurso público para provimento do cargo de Agente de Correios (Edital nº 11/2011), mas injustamente desclassificado no exame médico pré-admissional, pela presença dos seguintes problemas: acentuação da lordose lombar, acômio retos (tipo I), halux valgos, incipiente alterações degenerativas, redução dos espaços articulares metatarsos-falangeanos dos halux (f. 04). Juntou procuração e documentos.

A decisão de f. 68/70 concedeu os benefícios da justiça gratuita, deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que a ECT reservasse vaga (constante do edital nº 11/2011) à parte autora, até o julgamento desta demanda. Ordenou ainda a realização de perícia médica, indicando, para tanto, os quesitos específicos do juízo.

Citada (f. 73/74), a ECT ofereceu contestação, na qual alegou a legalidade do ato que eliminou a parte autora do certame, visto que em consonância com o edital do concurso e para atender aos termos do Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO 2012 da ECT (f. 93/96) e do Manual de Pessoal - MAMPES da ECT (f. 96/101). Enfatizou que "o Autor foi considerado inapto devido às referidas alterações patológicas apresentadas no exame radiológico de acordo com critérios utilizados para evitar o agravamento de alterações e/ou doenças pré existentes (sic) face aos riscos ergonômicos decorrentes do exercício das funções inerentes ao cargo". Na mesma oportunidade, noticiou ter impetrado Agravo de Instrumento. Juntou procuração e documentos.

Laudo pericial acostado às f. 237/242 com complementação às f. 254. Manifestação da parte autora às f. 243/246 e 265/266 e da ECT à f. 249/251 e 262/264.

Foi então deferida nova perícia, cujo laudo veio aos autos às f. 276/282, com manifestação das partes às f. 284/289 e 290/292.

É o relatório. DECIDO.

Antes, porém de adentrarmos ao mérito propriamente dito, cabe uma palavra sobre a avaliação clínica elaborada pela médica do trabalho que examinou o Autor por ocasião do certame.

Na cópia do Atestado de Saúde Ocupacional (f. 30) e no telegrama comunicando ao Autor sua eliminação do certame (f. 32) não há nenhuma justificativa da inaptidão do candidato-Autor para o exercício da função de Carteiro. Constou de referido formulário, tão-só, a marcação de um "X" no item em que indicava o candidato como "Inapto" e no item "Riscos Ocupacionais – Ergonômico".

Não há no formulário em questão quaisquer observações e fundamentação para a conclusão médica e, só por essa falta de motivação já seria possível anular a desclassificação do Autor, pois ninguém pode ser privado de um direito – sobretudo em concurso público – sem uma decisão minimamente fundamentada.

Poderia e deveria a comissão de concurso ter esclarecido o porquê da desclassificação no momento de sua comunicação (telegrama de f. 32), mas também não o fez. Logo, a decisão de exclusão do candidato é nula por falta de fundamentação.

Não desconheço o documento de f. 118, mas, como se observa de seu direcionamento (GJUR 03 SPI/DEJUR, Ref.: Processo 0001229-28.2013.403.6108 da 1ª VF de Bauru/SP, Reclamante: Diego Antônio do Amaral), até para a defesa processual da Empresa, foi necessária uma complementação das informações que deveriam constar dos documentos referidos no parágrafo anterior.

Vamos ao cerne da questão deduzida.

Quanto ao mérito, destaco, inicialmente, que a matéria central deste feito não diz respeito à legalidade do edital ou à legalidade da regra que previu a realização de exame médico admissional, nem se discute o teor do resultado clínico do exame médico perfeito.

A lide versa sobre a legalidade do ato administrativo de exclusão do Autor, que foi considerado inapto para o exercício das atribuições do cargo diante da constatação de afecções ortopédicas no Autor ("Pés planos, geno valgus/varo, hállux valgus/varo" – f. 118).

Antes de adentrar o exame da causa, relembro acerca da pacífica jurisprudência de nossos Tribunais Superiores no sentido de que o edital, por ser a "lei do concurso", vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, que devem observar as regras estabelecidas para o certame. Nesse sentido, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça: RMS 21.467/RS, Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 12/6/06; e AgRg no REsp 1.201.478/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 22/2/11.

O Edital nº 11/2011, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na parte que interessa ao caso em julgamento, prevê a seguinte regra:

> 19. DA CONVOCAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO DOS(AS) CANDIDATOS(AS) APROVADOS(AS)
> (...)
> 19.5. O(A) candidato(a) aprovado(a) e convocado(a) para contratação será encaminhado(a) para realização de exame médico pré-admissional, de acordo com norma específica da Empresa, composto por exame clínico e exames complementares, de caráter obrigatório e eliminatório.

Já no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO da empresa, aprovado no ano de 2012, está consignado que:

> CRITÉRIOS DE INAPTIDÃO
> Deverão ser observados com a finalidade de evitar o agravamento de alterações e/ou doenças pré-existentes, conforme orientações constantes no MANPES.
> Serão considerados inaptos dos candidatos que estiverem, dentre outras, em uma das situações elencadas a seguir. Estas situações estão contidas no Edital do Concurso Público, portanto, de conhecimento dos candidatos.
> CARGOS: AGENTE DE CORREIOS – ATIVIDADES
> CARTEIRO
> OPERADOR DE TRIAGEM E TRANSBORDO
> ATENDENTE COMERCIAL

1 ORTOPEDIA E REUMATOLOGIA
1.1 Sequela de fratura de membro superior e/ou de membro inferior;
1.2 Sequela de fratura da coluna vertebral em qualquer nível;
1.3 Luxação recorrente de ombro;
1.4 Deformidade congênita ou adquirida, em membros superiores, que comprometam a função a amplitude articular e/ou a função de pinça, de uma ou ambas as mãos;
1.4.1 Deformidade congênita ou adquirida, em membros inferiores, que impeçam a deambulação normal e/ou comprometam a amplitude articular e/ou ocasionam assimetria entre os membros, com conseqüente báscula de bacia;
1.4.2 Deformidade congênita ou adquirida, em coluna vertebral que comprometa a amplitude articular e/ou a deambulação e/ou ocasione assimetria entre os membros, com conseqüente báscula de bacia;
1.5 Ausência parciais ou totais de membros, congênita ou adquirida, que prejudiquem a função;
1.6 Patologia da coluna vertebral que comprometa a manutenção da postura correta:
a) Cifose e escoliose com desvio acima de 15 graus,
b) Aumento acentuado da lordose lombar,
c) Spina bífida,
d) Costela cervical,
e) Hérnia de disco,
f) Mega apófises transversas,
g) Patologias degenerativas,
h) Espondilolises,
i) Espondililisteses,
j) Redução de espaços discais,
k) Nódulos de Schmorl;
1.7 Esporão do calcâneo/escafóide acessório;
1.8 Pés planos, geno valgus/varo, hállux valgus/varo;
1.9 Calosidade e hiperqueratose plantar moderada ou grave;
1.10 Tendinite ou tenossinovite;
1.11 Doenças reumáticas crônicas (artrite reumatóide, espondilite anquilosante, lúpus eritematoso sistêmico e gota);
1.12 Outras patologias ortopédicas ou reumatológicas, consideradas incapacitantes para a função.

De acordo com a regra do PCMSO de 2012 "o exame admissional será realizado com ênfase às exigências do cargo, objetivando a conclusão sobre a aptidão ou não do candidato" (f. 140), do que, se pode concluir que referida situação ou patologia deverá ser incompatível com as atribuições do cargo ao qual estiver concorrendo ou ser considerada incapacitante para a função.

Em sua contestação, a ECT consignou que o autor foi considerado inapto para o exercício das atribuições do cargo de Agente de Correios diante da constatação de pés planos, geno valgus/varo, hállux valgus/varo (f. 118). Sustentou, ainda, que as patologias das quais o Autor é portador estão previstas no PCMSO 2012, o que motiva sua inabilitação e que a razão pela qual foi ele considerado inapto pelo exame médico de admissibilidade decorre do fato de as atividades inerentes ao cargo de Agente de Correios □ Carteiro contribuírem diretamente para o agravamento dessas enfermidades.

Vê-se, portanto, que o ato administrativo praticado pela ECT, que considerou o autor inapto para o exercício do cargo de Carteiro, foi além da regra prevista no Edital e no PCMSO 2012, que não apenas exigiam a presença de determinada situação ou patologia, mas também que esta fosse incompatível com exercício das atribuições do cargo ao qual estivesse concor-

rendo ou que tornasse o Autor incapaz para a função.

O ato administrativo que considerou o Autor inapto, de acordo com a própria defesa da ECT, fundamentou-se no fato de as atividades inerentes ao cargo concorrido contribuírem diretamente para o agravamento das suas enfermidades e não em razão de as patologias apresentadas pelo Autor serem incompatíveis com o exercício das atribuições do referido cargo, ou, ainda, que as patologias tenham incapacitado o Autor para a função.

Cito as palavras da Ré, às f. 104: "visou-se [com o exame pré-admissional] à preservação da integridade física do autor, ou seja, evitar o agravamento com as atividades inerentes ao Cargo de Carteiro, muito embora a patologia detectada nos exames não esteja apresentando sintomas no momento". (grifamos)

E baseado nisto, não há como se impedir a contratação do Autor por mera possibilidade incerta de agravamento e incapacidade futura para o exercício da função. Neste sentido, destaco o seguinte aresto:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). CARTEIRO. EXAME PRÉ-ADMISSIONAL. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO. LAUDO PERICIAL. CONCLUSÃO PELA APTIDÃO PARA O CARGO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O edital do concurso público para o cargo de Agente de Correios Distribuição e Coleta (Carteiro) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT não veda a admissão de candidatos portadores de determinadas patologias, mas tão-somente daqueles em que seja constatado "que o comprometimento seja incompatível com as atribuições do cargo o qual estiver concorrendo" e que sejam consideradas incapacitantes para a função. 2. O fato de o edital do concurso fazer lei entre as partes e de ser editado de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa não o torna imune à apreciação do Judiciário, sob pena de a discricionariedade administrativa transmudar-se em arbitrariedade da Administração. 3. Tendo presente que o escopo essencial do concurso é a seleção de candidatos mais bem qualificados para o cargo, a perícia médica judicial constatou que alteração ortopédica que o autor apresenta (geno varo em grau leve) não o impede de exercer a função de Carteiro. 4. Ilegal a pretensão da Administração de impedir a posse de candidato no cargo para o qual logrou aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença. 5. O evento futuro e incerto não pode ser invocado como obstáculo ao legítimo exercício do cargo público almejado pelo demandante. O que deve ser considerado no exame pré-admissional é a aptidão atual, a qual restou comprovada pela prova pericial médica produzida nos autos. 6. O arbitramento da verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (R$ 50.000,00) revela-se excessivo e contraria a regra prevista no § 4º do art. 20 do CPC, razão pela qual deve ser reduzida para a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando o baixo grau de complexidade da matéria. 7. Remessa oficial e apelação da ECT parcialmente providas. (TRF1 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 00043170720094013801 - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES - QUINTA TURMA - e-DJF1 DATA:14/10/2014 PAGINA:410)

A primeira perícia médica realizada neste processo - laudo de f. 237/242 e de f. 254/255 atestou o estado de capacidade do autor para o exercício do cargo de Agente de Correios carteiro (f. 240, quesito 2 e f. 254). O Perito expressamente afirma que não foi constatada, durante o exame clínico, a existência de halux valgus (f. 239 último parágrafo e f. 240).

A segunda perícia (f. 276/282), já de início, firmou que o "autor de 30 anos tem halux valgo e osteoartrose incipiente. Não incapacitantes". E enfatizou, em sequência, que "acredita este perito que não existe doença incapacitante para a função habitual e todas as outras já

desempenhadas pelo autor". Classificou ainda o halux valgo bilateral que o autor possui como "leve" (f. 277 e 280).

Resta, portanto, caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela ECT, tendo em vista que violou as regras do Edital 11/2011 e das normas do PCMSO 2012 ao considerar o autor inapto para o exercício das funções do cargo de Agente de Correios - Carteiro com base apenas na presença de determinadas patologias que, de acordo com o laudo pericial, não são consideradas incapacitantes.

Quanto ao pleito de recebimento das remunerações que teria direito se houvesse sua posse em momento anterior, evoco o entendimento declinado pelo E. STF no RE 724.347, cuja recentíssima decisão com repercussão geral colaciono abaixo:

> O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, apreciando a tese 671 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando-se a tese de que, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando do Congresso Internacional "Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos", realizado em Barcelona, Espanha. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 26.02.2015.

Com base nestas premissas, não vislumbro no caso em mesa qualquer "situação de arbitrariedade flagrante", viso que, em que pese discordar da decisão médica administrativa proferida em face do Autor, observo que a Perita signatária do ASO de f. 30, ateve-se às determinações do PCMSO de 2012 (f. 134 e ss), que, a princípio não pode ser declarado arbitrário, pois, consonante com as políticas de contratação de mercado.

O que ocorre, porém, neste específico evento, é a falta de proporcionalidade e razoabilidade da aplicação das normas da ECT, o que por si só não caracteriza o PCMSO como arbitrário.

Não bastasse este argumento, na mesma decisão, o Supremo Tribunal Federal, pontua ainda que "o pagamento de remuneração a servidor público e o reconhecimento de efeitos funcionais pressuporia efetivo exercício do cargo, o que não ocorrera, sob pena de enriquecimento sem causa" (Informativo nº 775).

Nesta esteira, tenho por bem julgar improcedente o pedido de recebimento da "remuneração do autor desde o período em que poderia estar investido no emprego público no cargo de Agente de Correios" (f. 23).

Quanto ao dano moral pleiteado, impõe reconhecer que, ao eliminar o Autor do certame, a Autoridade Administrativa se louvou no parecer do servidor médico, o qual, como visto, constatou que o Autor possuía patologia ortopédica, e que, conforme orientação interna (PCMSO 2012), ela o tornaria INAPTO para o cargo a que se candidatara (Carteiro).

A presença da enfermidade do Autor, foi, inclusive, atestada também pelo perito judicial, tal qual se vê no laudo de f. 276/282.

Não se olvide de que a circunstância de o médico da ECT errar o diagnóstico não leva, necessariamente, ao dever de indenizar, visto que o diagnóstico está inserido num campo vasto do conhecimento e é, portanto, valorativo e carregado de um elevado nível de aprecia-

ção subjetiva, só existindo a responsabilidade, à minha ótica, se provada a culpa grave (por negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo do profissional médico.

Isso porque um equívoco de diagnóstico não se constitui em uma ação, mas, sim, em uma omissão ou deficiência na prestação de serviço público. O médico não pratica uma ação indevida, mas, em realidade, deixa de realizar uma apreciação acertada: ele omite-se de prestar serviço com uma determinada qualidade, isto é, de diagnosticar corretamente uma determinada doença.

Não ignoro que a responsabilidade estatal é objetiva (CF, art. 37, § 6º). De fato, a responsabilidade civil do Estado – aí se incluindo, obviamente, suas autarquias e empresas públicas – prevista na Constituição Federal de 1988, é objetiva, dês que se trate de ações de seus agentes, quando tais ações causem danos a terceiros, conforme estatui o § 6º, do art. 37, *verbis*:

> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na responsabilidade objetiva, não se cogita da constatação de dolo ou culpa – pelos atos comissivos de seus servidores, bastando provar-se a ação do agente público, o dano e o nexo de causalidade.

Entretanto, quando nos referimos à omissão estatal já estamos perante uma outra espécie de responsabilidade, a subjetiva, que, sabe-se, reclama a prova da culpa (em sentido amplo). Esse posicionamento jurídico tem amparo em nossa doutrina nacional, conforme se extrai da lição de RUI STOCO (Responsabilidade Civil, RT, 1997, 3ª ed, pág. 373):

> Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é quantum satis para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em favor dos administrados. Em verdade, cumpre reiterar, *a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quanto o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou de modo insuficiente*. (...) Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da faute du service).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO tem idêntico entendimento (*apud in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

> *Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou deficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, *a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver)*

> *que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo).* Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

No mesmo sentido, ainda, é o escorio de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, Rio, Vol. II, p. 482-483, APUD *in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

> não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, *diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima*, em certas circunstâncias, quando não é possível indivuduá-la e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. *Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se o obrigatório ou na sua má prestação, ou então na sua prestação retardada*. Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei que deixou de ser obedecida na conformidade de seu comando. Em desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha de sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica e, portanto, do Estado, que, então deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço.

Em síntese, quanto à responsabilidade do Estado prevalecem no direito pátrio tanto a responsabilidade objetiva (nos casos de ações danosas) quanto a subjetiva (na hipótese de omissão ao dever legal de evitar o dano ou na *faute de service*). E como considero que a avaliação médica equivocada é uma espécie de omissão administrativa na prestação de serviço (em termos qualitativos), haveria a parte ativa, então, de provar a culpa grave ou o dolo do agente (médico) da Administração, e, como isso não foi realizado, o pedido de indenização por danos morais é improcedente.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para anular o ato administrativo emitido pela ECT que considerou o autor inapto para o exercício do cargo Agente de Correios - Carteiro, devendo a ECT nomear e dar posse ao autor, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos pelo Edital.

Presentes os seus pressupostos - assim a verossimilhança das alegações, consoante os fundamentos exarados nesta sentença, e também o risco de dano irreparável, na medida em que a parte autora está privada do exercício de um cargo público e, por consequência, também privada da correspondente remuneração - , *defiro a antecipação dos efeitos da tutela* para determinar a contratação do Autor, no prazo de dez dias a contar da intimação desta sentença, sob pena de multa no valor de R$1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso, em favor do Demandante.

Condeno a ré em honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa. Custas “ex legis”.

Comunique-se ao I. Relator do Agravo de Instrumento noticiado à f. 194.

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

Bauru, 16 de novembro de 2015.

Juiz Federal JOAQUIM E. ALVES PINTO

AÇÃO ORDINÁRIA
0009058-88.2013.4.03.6131

Autores: ANA CAROLINA FREITAS PALOMBARINI E OUTROS
Rés: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e SUL AMÉRICA - CIA. NACIONAL DE SEGUROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2015

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de indenização, em que se pretende a reparação civil por danos materiais e morais, decorrente da existência de vícios construtivos no imóvel adquirido pelos autores mediante mútuo financeiro concedido pela primeira ré. Sustentam os requerentes que tiveram de contratar seguro, com a segunda, como condição para efetivar a contratação. Descrevem a ocorrência de inúmeros vícios nos imóveis objetos da pactuação, e pedem a condenação das rés em quantia mínima necessária à reparação de todos os danos suportados para a reforma ou reconstrução do imóvel, bem assim danos morais correspondentes. Juntam documentos às fls. 30/628.

Inicialmente distribuída a ação perante a Justiça Estadual – Comarca de Botucatu, o feito foi remetido a esta 31ª Subseção Judiciária Federal por meio da decisão de 704/706. O feito foi aqui recebido por meio da decisão de fls. 715.

Contestações às fls. 719/743 e 815/880 (com documentos às fls. 744/802, por parte da CEF e fls. 919, por parte da SUL AMÉRICA), em que se articulam, em preliminares, as ilegitimidades ativas dos autores, as suas respectivas ilegitimidades passivas e ausência de interesse processual. Deduzem requerimento de litisconsórcio passivo com a União Federal, denunciação da lide à EMGEA/ Caixa-Bauru, Cohab/ Bauru e empresa construtora do imóvel, e, quanto ao mérito, objeção preliminar de prescrição, e quanto ao mais, batem-se pela inexistência de provas dos danos materiais e/ ou morais.

Feito saneado por meio da decisão de fls. 935/943. Esta decisão foi arrostada por recurso de agravo, manejado sob a forma retida, conforme fls. 949/959. O recurso foi regularmente processado, com apresentação de contra-minuta pelos agravados às fls. 973/976.

Realizada prova de natureza técnica de engenharia para avaliação dos imóveis objeto da lide, sobreveio laudo técnico, subscrito por profissional da área, acostado às fls. 984/1062. Manifestações das partes sobre o laudo às fls. 1068/1073 (autores) e fls. 1074/1156 e 1157/1164 (rés).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Naquilo que diz com as matérias preliminares e objeções processuais suscitadas pelas rés, insta observar que o feito se encontra devidamente saneado, havendo as matérias relativas sido devidamente abordadas por ocasião da prolação daquela decisão, a cuja leitura se remetem os

interessados (fls. 935/943). Insta observar, outrossim, que a decisão aí em causa foi arrostada por recurso de agravo, sob a modalidade retido, movimentado pela co-ré SULAMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS (fls. 945/ 959), recurso esse que foi devidamente processado com a oferta de contra-minuta pelos agravados às fls. 973/976.

Com tais considerações, cumpre, a partir de agora, passar ao julgamento do tema de fundo da demanda aqui em apreço.

A ação se mostra, de fato, *procedente*.

Análise das conclusões do minudente e substancioso laudo pericial colacionado aos autos dá conta de que o imóvel aqui em testilha apresenta danos físicos decorrentes de vícios de construção. Verbis (fls. 1058-vº):

> (...) ressalta-se que os imóveis de propriedade dos referidos autores, encontram-se em visual processo de deterioração, provenientes de uma série de anomalias, que promovem uma profusão de danos generalizados à edificação.
>
> A celeridade do processo degenerativo pode ser o produto de uma combinação de anomalias congênitas, principalmente, provenientes da fundação, da alvenaria e da cobertura das unidades isoladas. (g.n.).

Mais especificamente no que diz respeito à etiologia dos vícios apresentados pelas construções vistoriadas pelo expert judicial, conclui o laudo que, *verbis:*

> As falhas verificadas e analisadas não são oriundas da omissão de manutenção e/ ou conservação; reformas e/ ou ampliações e pequenas intervenções, e sim, provenientes de vícios e defeitos construtivos, inobservância de memorial descritivo, falha e ausência de projetos, a margem das Normas Técnicas, materiais inadequados e má execução dos serviços, adicionados à negligência da fiscalização de responsabilidade do empreendedor.
>
> Ressalva-se que, se mantido este cenário, dos imóveis em tela, há riscos iminentes à integridade física e de vida aos moradores e usuários a qualquer tempo, mesmo com a intervenção por "Auto Gestão" por parte dos mutuários. (g.n.).

Mais do que isso, foi capaz o laudo pericial de especificar, com a acuidade necessária a subsidiar um decreto condenatório, a precisa extensão dos danos experimentados pelos mutuários específicos, conforme se colhe da tabela de individualização dos valores totais para reparos nos imóveis aqui em apreço (fls. 1058vº). Com efeito, colhe-se que os valores individualizados, por autor, dos danos experimentados pelas respectivas edificações, neles já incluídos os custos relativos aos benefícios de despesas indiretas (BDI) são os seguintes:

TABELA A – VALORES TOTAIS/ MUTUÁRIO

	Mutuário	Valores Totais (em R$)
	ANA CAROLINA DE FREITAS PALOMBARINI	14.094,51
	CARLOS ROBERTO SERAFIM GEA	16.282,15
	CLARO ZAMBONI	14.049,09
	CALUDINEI PEREIRA DA CONCEIÇÃO	16.645,82
	FLÁVIO JOSÉ LUCIANO	17.536,11
	GENIVAL MARQUES	13.162,62
	IDVALDO VICENTE SARTORELLI	13.162,62
	IVONE APARECIDA RAFAEL	15.371,09
	JOÃO CARLOS DE JESUS FREITAS	16.464,30
	JOÃO SÉRGIO SBRUNHERA	17.536,11
	JOSÉ CARLOS MARTINS	12.071,50
	JOSÉ MANOEL RODRIGUES	17.373,61
	JOSÉ MARIA JANA	14.125,47
	JOSÉ RAIMUNDO VIEIRA	14.032,58
	JOSUÉ RODRIGUES	16.047,48
	LUIZ HENRIQUE SBRUGNARA	17.952,93
	MARIA DE JESUS FELIX	14.282,50
	NILSON APARECIDO DOS SANTOS	16.340,19
	OSWALDO MENDES	17.315,73
	RENATO DANIEL DA COSTA	17.357,48

Neste particular, observe-se que a realização do laudo pericial aqui sub exame deu-se em ambiente de contraditório pleno, franqueando-se às partes não somente o direito ao acompanhamento da perícia técnica aqui realizada, bem como a ampla análise da prova, tanto que as rés juntaram aos autos pareceres de assistentes técnicos. Nada obstante, as críticas constantes dos laudos parciais não foram capazes de infirmar as conclusões do exame pericial aqui realizado, ou apontar qualquer inconsistência ou contradição que indicasse a necessidade de repetição da prova. Veja-se, nesse particular, que a imprecação dirigida ao laudo oficial pela peça que está acostada às fls. 1075/1156, procura, v.g., denunciar a existência, nalguns dos imóveis vistoriados, de expansões, melhorias ou alterações em relação ao projeto original da unidade habitacional, mas não faz qualquer correlação entre os danos apontados no laudo oficial e as supostas obras de adequação/ alteração levadas a cabo pelos titulares das unidades autônomas. Aliás, a acurada análise das conclusões do laudo técnico dá conta de que eventuais obras ou as alterações de pequeno porte efetivadas por alguns dos co-autores aqui em questão não tem absolutamente nenhuma relação com a natureza dos danos constatados nos imóveis vistoriados em causa.

O mesmo se diga, com relação às críticas que foram tecidas à atribuição, pelo Sr. Perito Judicial, dos valores necessários à reparação ou recuperação dos imóveis objeto da lide em que, a despeito de instilar dúvidas acerca do orçamento apresentado pelo expert judicial, não indica porque ou em quê se verificaria o excesso praticado na operação atributiva de valor, e qual seria – então – o valor mais consentâneo com a realidade do mercado (confrontar, nesse sentido, impugnação aos valores apresentados em relação ao imóvel nº 4 – CLAUDINEI PEREIRA DA CONCEIÇÃO, fls. 1099/1101).

Daí porque, de se concluir que as divergências apresentadas pelas rés ao laudo aqui em destaque não se baseiam em nenhum elemento objetivo, e suas conclusões refletem muito mais o inconformismo pessoal dos respectivos profissionais que as subscrevem com o resultado contrário às suas expectativas, do que convencem de qualquer inconsistência ou incoerência das conclusões apresentadas pelo MD vistor judicial.

Daí, presentes tais considerações, advém a irrefutável conclusão de que está, a partir das conclusões do expert judicial, peremptoriamente *afirmado o nexo de causalidade* entre *os danos experimentados pelos imóveis objeto de estudo e a edificação original* (incluído o projeto) de responsabilidade das rés, a disparar o dever de indenizar.

É *procedente*, portanto, a pretensão reparatória deduzida na inicial.

DA MULTA DECENDIAL. PRECEDENTES.

A multa decendial, é devida, não resta dúvida, uma vez que plenamente caracterizada a mora no pagamento da indenização correspondente. No caso, mais do que mora, houve a negativa total de cobertura da obrigação segurada, razão pela qual não se questiona da incidência da estereotipada cláusula contratual securitária. Observe-se, quanto ao ponto, que a cláusula decendial é típica dos contratos de seguro de dano, nada havendo que a possa caracterizar por excessivamente onerosa ou leonina em desfavor do segurador, até porque prevista em contrato securitário pactuado, como se sabe, na forma de adesão, de forma que a sua interpretação deve, em qualquer caso, ser mais benéfica à parte aderente. Observe-se, outrossim, que esta multa, estipulada ao patamar de *2%* por vencimento do decêndio (Cláusula 17.3 do contrato-padrão), fica limitada ao máximo do valor da indenização concedida em favor de cada um dos segurados favorecidos com a indenização, conforme dispõe o *art. 412 do CC*. O cômputo desta multa terá fluência a contar do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da empresa seguradora para os termos da presente ação (art. 219, *caput*, do CPC), nos termos de iterativa e indissonante jurisprudência. Nesse sentido, posição do C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO E SEGURO HABITACIONAL. DANOS CAUSADOS POR VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. LITISCONSÓRCIO COM A CEF. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REVISÃO DAS PROVAS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. MULTA DECENDIAL. CABIMENTO. LIMITAÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. INOVAÇÃO. NÃO CABIMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. CESSÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO.
> (...)
> 3. É devida a multa decendial prevista em contrato quando houver atraso no pagamento da indenização securitária, ficando limitada ao valor da obrigação principal. Incidência da Súmula nº 83 do STJ
> (...) (g.n.).
> (AGARESP 201103130521, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 25/02/2014)

No mesmo sentido, precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÚTUO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. PRÉDIO COM RISCO DE DESMORONAMENTO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO EVIDENCIADOS EM LAUDO JUDICIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. AGENTE FINANCEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

COM A CAIXA SEGURADORA S/A, PELA SOLIDEZ DO IMÓVEL. COBERTURA SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECUPERAÇÃO DO PRÉDIO SINISTRADO. MULTA DECENDIAL. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.
(...)
24. Para o cumprimento da obrigação de fazer, em havendo solidariedade entre as Rés, decidida nestes autos pelo STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE), não há que se distinguir as responsabilidades pelo ramo das apólices, em virtude da multiplicidade das situações jurídicas dos Autores no tocante à forma de aquisição das unidades habitacionais, merecendo reforma a sentença neste aspecto.
25. Quanto à multa decendial, é devida ao mutuário, em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916) (AgRg no AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 4/11/13).
26. A referida multa, expressamente prevista na Cláusula 17.3 das Condições Especiais da apólice securitária (RD nº 18/77), tem caráter coercitivo, de sorte a compelir as seguradoras a cumprirem, em tempo razoável, as suas obrigações contratuais, do contrário sujeitam-se ao pagamento da multa decendial de 2% - para cada dez dias de atraso no cumprimento da obrigação - não podendo, contudo, seu valor ultrapassar o da indenização propriamente dita, atualizada monetariamente e acrescida dos juros legais, nos termos do art. 412 do CC, e desde que inadimplente a partir do 60º dia, contados do recebimento do aviso de sinistro.
27. No tocante ao argumento de que a multa decendial deixou de ser prevista nas apólices do SH/SFH sucessivamente aprovadas a partir de 1995, razão pela qual ela deveria ser afastada no caso concreto, não merece prosperar, tendo em vista que a apólice habitacional que rege os contratos dos Autores é a RD nº 18/77, acostada à inicial, que vigia nas datas dos financiamentos dos imóveis (que remontam a 1988); portanto, é a aplicável ao caso, e que prevê a multa decendial, não podendo as apólices posteriores retroagirem para prejudicar os Autores. Multa decendial devida a todos os Autores, e não apenas aos que comunicaram efetivamente a existência do sinistro e solicitado o pagamento do seguro. Reforma da sentença neste ponto.
(...)
32. Apelação dos Autores provida, em parte, para declarar a responsabilidade solidária das Rés para o cumprimento da obrigação de fazer, sem distinção pelo ramo das apólices, para reconhecer ser a multa decendial devida a todos os Autores, e para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da reforma/obra aprovada na liquidação de sentença; Apelação da Caixa Seguradora S/A provida, em parte, para determinar que o montante apurado a título de multa decendial não ultrapasse o valor da obrigação principal; Apelação da CEF improvida. Manutenção da sentença nos demais pontos. (g.n.).
(AC 00022819320114058300, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 14/05/2014 - Página: 105.)

Idem:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SFH. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. RISCO DE DESABAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF E DA SEGURADORA. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 194 DO STJ. QUITAÇÃO. MULTA DECENDIAL.
(...)
"Quanto à multa decendial, é devida ao mutuário, em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916)" (AgRg no

AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 4/11/13) (g.n.).
(AC 00108764720124058300, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 31/07/2014 - Página: 299.)

Com tais considerações, reputa-se devido o pagamento da multa decendial, prevista em apólice contratual, limitada ao máximo do valor da indenização concedida em favor de cada um dos segurados. O cômputo desta multa terá fluência a contar do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da empresa seguradora para os termos da presente ação (art. 219, *caput*, do CPC).

Incidirão juros de mora sobre os montantes totais das indenizações aqui deferidas em favor dos autores, ao patamar de 1% ao mês (arts. 405 e 406, ambos do CC), a contar da data da citação da segunda ré (SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS S/A.) para os termos da presente demanda. A solidariedade na condenação desses juros moratórios decorre do ilícito civil que se reconhece perpetrado em face da ora autora (art. 927 e § único do CC). A penalidade pela mora anterior ao ingresso da CEF em lide, se o caso, deverá ser objeto de liquidação, em ação própria de regresso, em face da outra contestante morosa. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, desde 10/2014 (data de referência de valor do laudo pericial, cf. *fls. 1003/1022-vº*) até a data da efetiva liquidação do débito.

Por fim, insta salientar, nessa oportunidade, ser necessário majorar os honorários fixados em favor do expert que se desincumbiu da complexa avaliação técnica aqui determinada. De efeito, trata-se de uma ação com multiplicidade de partes assistidas pela Assistência Judiciária, e com diversos imóveis (em número de 20) que foram vistoriados para fins de atendimento do pleito deduzido na demanda, cada um deles requerendo apuração individualizada de problemas construtivos e montantes indenizatórios envolvidos, de sorte que o valor concedido inicialmente por força do despacho saneador (fls. 942-vº/943) mostrou-se, *in casu*, expressivamente subestimado. Daí porque, de forma a não banalizar o primoroso trabalho técnico prestado pelo auxiliar do Juízo, delibero no sentido de acrescer, aos honorários inicialmente fixados em favor do perito aqui em causa, a importância de *R$ 6.337,60*[1], a serem custeados diretamente pelas rés, partes vencidas na demanda, sem prejuízo da responsabilidade, que a elas já se carreia em razão da sucumbência, de reembolso ao erário (AJG) daquilo que já foi adiantado ao profissional técnico em engenharia.

É procedente, na íntegra, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 269, I do CPC. Condeno as rés (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS) a pagar, a título de danos emergentes, aos autores, os *valores indenizatórios relativos aos imóveis de suas respectivas titularidades*, aqui descritos na TABELA A, disposta no corpo da fundamentação desta sentença, e mais, para cada um dos imóveis em questão, multa decendial, ao patamar de 2%, sobre o montante integral da indenização devida, a fluir do 30º (trigésimo) dia a partir da data da citação da seguradora (SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE

1 De molde a estabelecer um patamar remuneratório ao perito de *R$ 372,80/ imóvel*, valor máximo para perícias nesta área de especialidade aprovada pela Resolução do CJF, quantia a que, de qualquer forma, o *expert* teria direito, acaso as ações fossem intentadas separadamente. Considerando, assim, que o técnico já recebeu, em adiantamento, 3 vezes o máximo da tabela de honorários (*R$ 1.118,40*), o valor ora consignado (*R$ 6.337,60*) perfaz a complementação dos honorários considerado o número total de imóveis periciados (20).

SEGUROS), limitada ao valor máximo da indenização, *por imóvel*, aqui deferida em favor dos autores/ segurados. Incidirão juros de mora sobre o montante total da indenização, ao patamar de 1% ao mês, a contar da data da citação da segunda ré (: seguradora SUL AMÉRICA – CIA. NACIONAL DE SEGUROS) para os termos da presente demanda. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, desde 10/2014 até a data da efetiva liquidação do débito.

Arcarão as rés, vencidas, com o pagamento/ reembolso das custas e despesas processuais – nestas incluídas a majoração dos honorários do perito judicial – e mais honorários de advogado que, com espeque no que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da condenação, à data da efetiva liquidação do débito.

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0000149-68.2014.4.03.6116

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA. LTDA. - EPP; GABRIEL VIEIRA ROSA E MARIA CECÍLIA VIEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Juiz Federal: LUCIANO TERTULIANO DA SILVA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/06/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor de GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA - EPP, GABRIEL VIEIRA ROSA e MÁRCIA CECÍLIA VIEIRA, por meio da qual aponta uma série de irregularidades promovidas pelos requeridos junto ao Programa Federal "Farmácia Popular", política pública instituída pela Lei nº 10.858/2003 e regulamentada pelo Decreto 5.090/2003 e voltada a promover o acesso a medicamentos essenciais para tratamento de doenças de maior incidência na população, mediante a subvenção de até 90% (noventa por cento) de seu valor pela União.

Ao atingimento dos objetivos, aludido programa prevê a instalação de "farmácias populares" próprias em parcerias com Estados e Municípios, como também junção de esforços com a rede privada de farmácias e drogarias.

A concretização das operações vinculadas ao programa em tablado era feita mediante acesso personalizado ao sistema informatizado do Ministério da Saúde, após a obtenção da respectiva autorização de adesão.

Já o controle quanto à veracidade e legalidade das vendas registradas no sistema eletrônico de autorização era feito, inicialmente, apenas mediante arquivo em ordem cronológica do respectivo cupom assinado pelo paciente. O sistema de controle, no entanto, foi melhorado pela Portaria nº 749/2009, que passou a exigir dos estabelecimentos credenciados o armazenamento dos cupons fiscais e de cópias das respectivas receitas médicas pelo prazo de 5 (cinco) anos, consoante previsão nos respectivos artigos 16 e 17.

Aludida Portaria exemplifica, como práticas consideradas ilegais no âmbito do programa, a comercialização e dispensação de medicamentos fora da estrita observância das regras de execução ou deixar de exigir a prescrição médica, a apresentação do CPF e a assinatura do titular do CPF no cupom vinculado (artigo 29, I e II).

A despeito do esquema de prevenção à fraude, totalmente debilitado em virtude da escassez de recursos humanos e ausência absoluta de controles sobre os repasses efetuados, investigação deflagrada em Inquérito Civil detectou inúmeras fraudes nos receituários médicos para burlar o programa.

Com relação à requerida GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA – EPP, tira-se que recebeu, no período compreendido entre dezembro de 2009 a novembro de 2010, R$ 80.812,18 (oitenta mil, oitocentos e doze reais e dezoito centavos) em repasses do programa "Farmácia Popular".

Somados os recebimentos da empresa GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA com os recebidos pela sociedade empresária MARICA CECÍLIA VIEIRA ROSA, integrante do mesmo grupo econômico "Farmácias Brasil", a soma de repasses, no ano de 2010, remonta R$ 249.955,76 (duzentos e quarenta e nove mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e

seis centavos), valor que representou quase a metade do total repassado às 8 (oito) empresas credenciadas no Município de Paraguaçu Paulista/SP.

Inquérito civil apurou ausência de estoque suficiente na empresa requerida para as dispensações realizadas no Programa Federal "Farmácia Popular" no período de janeiro a julho de 2012, no total de R$ 77.935,55 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) de venda a descoberto.

A par disso, constatou-se dispensação de medicamentos incluídos no Programa a pessoas falecidas; fraude em receituários médicos através de adulteração ideológica (alteração na posologia ou datas) e material (receitas emitidas por médicos que não estariam de plantão nas respectivas datas de emissão); vendas lastreadas em receitas médicas com prazo de validade vencido, sem data, emitidas posteriormente ou, ainda, emitidas em nome de terceiros)

Descobriram-se irregularidades, portanto, em 231 (duzentos e trinta e uma) das 576 (quinhentos e setenta e seis) vendas analisadas nos meses 07 e 08 de 2010.

Alusivo aos danos causados e valores a serem restituídos, a inicial narra que os réus tiveram repassados pela União, indevidamente, o montante de R$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) do Programa Federal "Farmácia Popular", sendo R$ 1.106,79 (um mil, cento e seis reais e setenta e nove centavos) alusivos às vendas não comprovadas e R$ 34.353,02 (trinta e quatro mil, trezentos e cinquenta e três reais e dois centavos) referentes às vendas irregulares, os quais devem ser ressarcidos.

Buscou, ainda, a indenização pelos danos morais coletivos causados com os atos ilícitos.

Também almejou, mediante antecipação dos efeitos da tutela: a) a imediata suspensão do credenciamento junto ao Programa "Farmácia Popular"; b) o imediato bloqueio das contas utilizadas para recebimento de verbas referentes ao Programa e suspensão de qualquer pagamento eventualmente devido ao estabelecimento; c) a imediata indisponibilidade dos bens da empresa individual, em montante suficiente para a reparação dos danos aqui pleiteada, por aplicação analógica do art. 7º da Lei nº 8.429/92.

Ao final, requereu a condenação dos requeridos a reparar os danos ocasionados aos cofres públicos, com a devolução de todos os valores recebidos indevidamente nos meses de dezembro de 2009, agosto e novembro de 2010, estimados em R$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos), mais juros e correção monetária. Buscou, ainda, a condenação dos demandados à indenização por danos morais coletivos, em valor sugerível não inferior ao montante do dano ocasionado ao erário.

À inicial juntou os documentos de fls. 29/156.

A decisão de fls. 160/163 antecipou os efeitos da tutela na forma postulada, no que foi desafiada por agravo de instrumento (fls. 219 e seguintes), ao qual se negou efeito suspensivo ativo (f. 314) e, posteriormente, seguimento (fl. 370).

Em contestação (f. 254 e seguintes), os réus sustentaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva pela impossibilidade de imediata responsabilização dos sócios da pessoa jurídica, notadamente por inexistir prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial. No mérito, esgrimaram a tese de que somente 7 (sete) documentos, do rol solicitado, não fora apresentado por extravio decorrente da mudança de prédio. Disseram que as vendas supostamente irregulares não foram comprovadas nos autos, tendo a alegação de fraude se amparada em apenas 19 (dezenove) casos irregulares, quantidade ínfima a ensejar comportamento fraudulento. Aduziram não ter alterado qualquer receituário médico e que todos os medicamentos vendidos foram entregues. Refutaram a acusação de estoque a descoberto alegando tratar-se de uma

rede de farmácia na qual havia socorro mútuo em caso de falta de medicamento e, mesmo que houvesse estoque a descoberto, seria mero ilícito fiscal que não pode ser aproveitado como fraude ao Programa em referência. Alegaram que eventuais alterações dos receituários médicos tiveram por gênese comportamento dos pacientes, não tendo os contestantes condições técnicas de aferi-las por se cingirem a extrair mera fotocópia da original, inexistindo provas de os réus ou algum funcionário tenha adulterado. Contestam a credibilidade das alegações de não reconhecimentos dos receituários pelos respectivos médicos subscreventes pelo fato de que a documentação a eles enviada estava ilegível. Notaram não terem auferido qualquer lucro ou causado dano ao erário. Sustentaram ter o Ministério Público Federal tentado induzir o juiz em erro quanto ao montante do dano a ser reparado, pois, a própria DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) reduziu de R$ 77.935,35 para R$ 3.493,80 o montante a ser ressarcido à União.

Manifestação do Ministério Público Federal (f. 320/327) refutando as alegações apresentadas na contestação e postulando pelo julgamento antecipado da lide.

A União manifestou não ter interesse de atuar no feito.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O processo tramitou regularmente, sendo garantido às partes a observância irrestrita dos postulados da ampla defesa e do contraditório, de modo a inexistir nulidade a maculá-lo.

2.1 DO JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA

A despeito de os réus terem manifestado interesse probatório genérico, é de se ver que não o fizeram objetivamente e nem mesmo demonstraram o objeto probatório.

Ainda que assim não fosse, o caso é de direito e de fato, no entanto, os fatos já estão suficientemente comprovados.

Cumpre ressaltar, ademais, que houve irregularidades especificamente esmiuçadas (dispensação de medicamentos com receituários médicos sem data ou à pessoa falecida) que não foram objeto específico de contestação.

A inobservância do ônus da impugnação específica submete os fatos ao manto da incontrovérsia, conforme estabelecido pela interpretação sistemática do contido nos artigos 300 e 334, III, do Código de Processo Civil.

Quanto aos demais documentos, as aventadas irregularidades não foram negadas pelos réus diante da respectiva carga pesuasiva, que se limitaram a negar a autoria.

Mostrando-se, portanto, incontroversos os fatos, eventual prova pericial vem acompanhada da pecha de inútil ou meramente protelatória, sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 130 do mesmo Diploma Instrumental.

Assim, o feito reúne todas as condições ao julgamento no estado em que se encontra, como permite o artigo 330 do Código de Processo Civil.

2.2 DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ao revés do alegado na peça contestatória, a inicial narra a possível simulação de vendas de medicamentos listados no Programa Federal “Farmácia Popular”, cujos valores foram, em grande parte, ressarcidos aos réus pela União.

Portanto, há fortes evidências de dano ao erário na medida em que referido ente político teria repassado dinheiro público aos réus para ressarcir despesas de vendas inexistentes, estando presente, por si só, a causa prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, ou seja, a

defesa de direitos difusos, motivo pelo qual rechaço a preliminar aventada.

A constatação da autoria imprescinde do revolvimento de matéria probatória, motivo pelo qual a preliminar perde-se na questão fática e, portanto, com ela será examinada.

2.3 Do mérito

2.3.1 Da existência de direito difuso a ser protegido

O Programa Federal "Farmácia Popular", instituído pela Lei 10.858/2004 e regulamentado pelo Decreto 5.090/2004, tem por finalidade promover o acesso aos medicamentos essenciais para tratamento de doenças de maior incidência na população, mediante a disponibilização de medicamentos a ser efetivada por intermédio de convênio com órgãos públicos ou com a rede privada de farmácias e drogarias.

No caso de materialização com a participação da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do remédio é subsidiado pelo Programa Federal, sendo que a adesão ao Programa deve ser feita com base nas disposições da Portaria 749/2009 do Ministério da Saúde, editada com estribo no artigo 5º do Decreto 5.090/2004.

Assim, a farmácia ou drogaria adere por livre e espontânea vontade ao Programa "Farmácia Popular", sujeitando-se, então, as respectivas regras de controle, inclusive porque se torna operadora da destinação final de subsídios públicos.

Como a adesão torna a pessoa jurídica interessada e, consequentemente, operadora de destinação final de recursos públicos, é evidente, aqui, o interesse difuso a justificar o ajuizamento da presente ação porquanto patente a natureza indivisível da saúde e erário, bens esses aviltados pela fraude em apreço, conforme oportuna e especificamente esmiuçado.

É evidente que toda a sociedade, sendo impossível determiná-la em grupos ou segmentos, está ligada ao ato ilícito apreciado por circunstância fática consubstanciada na fraude ao programa de governo "Farmácia Popular".

As provas produzidas no Inquérito Civil, oportunamente apontadas, demonstram indene de dúvida ofensa aos interesses gerais da coletividade como um todo por atentar, também, contra o patrimônio público e social na medida em que implicou prejuízo à saúde público e lesão ao erário.

Como o patrimônio público e social foi expressamente reconhecido em lei e na Constituição como direito transindividual e de titularidade de pessoas indeterminadas, aplicável ao caso a hipótese prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85.

2.2 Do ato ofensivo ao patrimônio público e social

A constatação de prejuízo ao erário e ao sistema de saúde requer, necessariamente, breve digressão acerca das normas regulamentadoras do Programa Federal "Farmácia Popular".

São condições para participar do Programa, previstas na Portaria 749/2009, entre outras: requerimento e termo de adesão assinados pelo representante legal da empresa (art. 5, I); *farmacêutico responsável*, inscrito no Conselho Regional de Farmácia - CRF, com o encargo de, além de suas atribuições legais, *administrar, ali, as transações do Programa* e estabelecer a interlocução com o Ministério da Saúde (art. 5, VI).

Por conseguinte, não pode a empresa ignorar as regras previstas na citada Portaria 749/2009 para controle do Programa, especialmente as de que: a) "o usuário, obrigatoriamente, deve assinar o cupom vinculado, o qual deve conter o seu nome completo, por extenso, e o número do CPF, sendo que uma via deve ser mantida pelo estabelecimento e a outra entregue ao usuário. (art. 15)"; b) "o estabelecimento deve manter por 5 (cinco) anos as vias assinadas dos cupons vinculados e cupons fiscais arquivadas em ordem cronológica de emissão, *que*

deverão ser disponibilizados sempre que necessário (art. 16)".

Igualmente especial, por isso não deslembrado, o disposto no artigo 17:

> Para a comercialização e a dispensação dos medicamentos no âmbito do Programa, os estabelecimentos devem obrigatoriamente observar as seguintes condições:
> I - apresentação pelo usuário de Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;
> a) compete ao estabelecimento atestar a titularidade do CPF por meio da apresentação de documento com a foto do usuário;
> II - apresentação de prescrição médica com as seguintes informações:
> a) número de inscrição do médico no Conselho Regional de Medicina – CRM, assinatura e endereço do consultório;
> b) data da expedição da prescrição médica; e
> c) nome e endereço residencial do usuário.
> § 1º O estabelecimento deverá providenciar uma cópia da prescrição médica apresentada pelo usuário no ato da compra e mantê-la por 5 (cinco) anos e apresentá-la sempre que for solicitada.
> § 2º Caberá ao estabelecimento manter por um prazo de 5 (cinco) anos e apresentar, sempre que necessário, as notas fiscais de aquisição dos medicamentos do Programa junto aos fornecedores.

Resta claro que a farmácia ou drogaria aderente ao Programa "Farmácia Popular" deve bem identificar o usuário, colher sua assinatura, conferir a prescrição médica retendo respectiva cópia e guardar os comprovantes das operações por cinco anos, para prestação de contas ou fiscalização.

O artigo 18 da citada Portaria também é importante à solução da crise de direito em apreço, pois, deixa expresso que "as prescrições terão validade de 120 (cento e vinte) dias a partir de sua emissão, exceto para os contraceptivos, cuja validade é de 12 (doze) meses" e que "as vendas posteriores aos períodos fixados no *caput* deste artigo, devem, *necessariamente, ser realizadas mediante a apresentação de nova prescrição*" (parágrafo único).

Ademais, "o quantitativo do medicamento solicitado deve corresponder à posologia mensal compatível com os consensos de tratamento da doença para a qual é indicado e a dispensação deve obedecer aos limites definidos pelo Programa" (art.19).

Nessa linha normativa, a farmácia deve observar estrito cumprimento dos regulamentos sem desatentar para o fato de que as receitas médicas possuem validade de 120 dias, exceto os contraceptivos, razão pela qual a data nela aposta é elemento importante para evitar a reutilização do receituário médico ou a utilização depois de decorrido aquele prazo de emissão.

No caso em apreço, a sociedade empresarial GABRIEL VIEIRA ROSA & CIA LTDA - EPP, de titularidade de GABRIEL VIEIRA ROSA e MARIA CECÍLIA VIEIRA, praticou diversas irregularidades na qualidade de participante adesiva do Programa Federal em comento.

No que alude à *dispensação de medicamento listado no Programa Federal "Farmácia Popular" à pessoa falecida*, é de se ver a ausência de impugnação específica por parte dos réus, atraindo a aplicação do contido no artigo 334, III, porque incontroversos.

Mais, ainda que incontroverso não fosse o comportamento ilícito referido, a auditoria realizada pelo SINASUS (Sistema Nacional de Auditoria do SUS) comprovou que, nos meses de janeiro a julho de 2012, a sociedade empresária ré efetivamente "vendeu" medicamentos listados no Programa em referência a pessoas falecidas, consoante documentos de fls. 278 e 279 do Volume I do Anexo XIV.

Ademais, os acusados não alegaram qualquer vício na documentação referente à audito-

ria, o que só reforça a presunção de legitimidade e de veracidade caracterizadoras do aludido ato administrativo.

A propósito, as mesmas provas documentais mencionadas também estribam a alegação de que os réus *deixaram de comprovar a regularidade na dispensação de medicamentos da aludida política pública* no mesmo período (janeiro a julho de 2012), tanto que à sociedade empresária requerida foi imposta a sansão de descredenciamento definitivo do Programa "Farmácia Popular", como faz prova o documento de fl. 339.

De igual modo, aludida auditoria revelou que a empresa requerida *efetivamente registrou relações de vendas de medicamentos listados no Programa Federal "Farmácia Popular" sem, contudo, possuir estoque suficiente a lastreá-las*, conforme as constatações números 243473, 243474, 243475, 243476 e 243477, totalizando o montante de R$ 77.935,55 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) de vendas a descoberto.

Essas provas levantam, contra os réus, veementes indícios de irregularidade comportamental institucionalizada, porquanto revelaram não se tratar de atos isolados, mas sim opção definitiva de comercialização irregular mediante a utilização de política pública voltada a anteder a saúde dos menos favorecidos.

No que atine à *fraude e adulteração de receituários médicos*, bem se vê que o documento de fls. 196 do II volume do Anexo XIV revela, por afirmações da própria médica alegadamente subscrevente, Dra. Katiucha Pioch Carlos, um rol de receitas médicas específicas e nominadas, expedidas no ano de 20010, inquinadas por grafia não pertencente à médica referida, falsificação integral, alteração de posologia com caligrafia não pertencente à mencionada profissional, sendo que apenas a minoria dos receituários teve sua autenticidade reconhecida.

O médico Paulo Kato igualmente arrola um expressivo número de receituários médicos, também datados de 2010, com diversas adulterações ou falsificações, indo de cópia fiel de matriz original, porém, com datas diferentes, caligrafia divergente, ausência da posologia, alteração de datas como se denota a partir do documento de fls. 139 do II volume do Anexo XIV, assim como em relação ao médico Adriana Henrique Henschel, conforme documento de fls. 06/10 do III volume do Anexo XIV, acrescendo, com relação a esse último, receituários médicos sem datas.

Trilhando a mesma linha probatória, o médico Djalma Farias de Novaes Neto também identificou irregularidades em receituários médicos mediante a falsificação da data de emissão, conforme se denota do documento de fls. 263 do II volume do Anexo XIV.

Com relação à médica Naemi Toda Hojo, conforme documento de fls. 30 do III volume do Anexo XIV, foram constatadas, por ela mesma, receituários médicos emitidos em datas nas quais não prestou atendimento na unidade de saúde mencionada (fl. 31), grafia discursa e numérica divergentes da dela e emissão de receitas sem lastro em prontuário médico.

Já concernente ao médico Cássio Renato Valério Gouveia foram encontradas irregularidades consubstanciadas em não reconhecimento de caligrafia discursiva e numérica, cópia fiel de matriz com alteração da data, inserção de palavras nos receituários, CRM não reconhecido, carimbo e assinatura divergentes dos utilizados pelo profissional, utilização de caracteres estranhos à sua escrita, expedição de receitas com datas apostas posteriormente e assinaturas de outros médicos em receituários em tese por ele emitidos, tudo conforme declaração do próprio profissional em documento de fls. 53 e seguintes do III volume do Anexo XIV.

O médico Anderson Ishiki Benicasa também não identificou como seus receituários em tese por ele expedidos nos anos de 2009 e 2010, conforme declaração de fls. 66 e seguintes do III volume do Anexo XIV.

Todas essas constatações subjetivas estão expressas de modo específico e individualizado no documento de fls. 74/114 do III volume do Anexo XIV, além das seguintes irregularidades de índole objetiva: a) emissão de receitas em datas nas quais o respectivo médico apontado como subscrevente não prestou atendimento; b) oposição de datas nas receitas posteriormente às vendas; c) alteração de data para estender o prazo de vigência do receituário; d) aumento da posologia; e) situações em que houve efetivamente adulteração sem, contudo, motivo aparente, já que as receitas mantinham o prazo de vigência; e f) nome do paciente divergente do nome do cliente.

Descobriram-se irregularidades, portanto, em 231 (duzentos e trinta e uma) das 576 (quinhentos e setenta e seis) vendas analisadas.

Diante desse imenso mar de irregularidades, inquinando a validade de receitas médicas emitas nos anos de 2009 e 2010, soa até displicente a forma com a qual os réus se defendem, pois, todas as irregularidades, em exceção, foram especificamente esmiuçadas, o que permitiu a mais ampla defesa. No entanto, preferiram apresentar alegações vãs e genéricas, deixando de enfrentar objetivamente cada uma das acusações.

Atinente ao argumento de que os requeridos não tinham interesse em adulterar ou falsificar qualquer receituário, vê-se que a alegação fica vazia porque natureza das adulterações visavam precipuamente o aumento no número de vendas dos medicamentos listados no mencionado Programa Federal, tudo fitando aumentar, também e consequentemente, o montante a ser ressarcido pela União, prática essa da qual os pacientes não teriam qualquer interesse em realizar porque era mais benéfico a ele manter a receita médica sem qualquer data.

A conclusão de que a colocação de datas diferentes viria em benefício da própria sociedade empresária ré, que, assim agindo, reutilizaria o mesmo receituário médico para lastrear outras vendas, é evidente que recai sobre ela a autoria das adulterações.

Todas essas irregularidades tinham como único propósito, reitere-se, aproveitar a fiscalização ineficiente da União para inflar ficticiamente as vendas e, dessa forma, obter maior valor quando do respectivo repasse.

Para entender o engenho ilícito é necessário, inicialmente, ter em mente que a União, de acordo com as normas do Programa Federal "Farmácia Popular", custeava até 90% (noventa por cento) do valor dos medicamentos vendidos integrantes na política pública comentada.

Na forma aventada, se a drogaria ré pagasse R$ 2,00 (dois reais) pelo medicamento listado no programa e revendesse ao consumidor por R$ 10,00 (dez reais), desse montante até R$ 9,00 (nove reais) seriam reembolsados pela União.

Numa lógica matemática simples, a drogaria pagava R$ 2,00 (dois reais) num medicamente listado no programa e o revendia por R$ 10,00 (dez reais) para o paciente. No entanto, como pelo menos 10% (dez por cento) do valor da venda deveria ser custeado pelo paciente (R$ 1,00), a União reembolsava à sociedade empresária o valor de R$ 9,00 (nove reais – 90%). Assim, o lucro líquido da drogaria envolvidas seria R$ 7,00 (sete reais) por medicamento vendido (R$ 9,00 repassados pela União – R$ 2,00 do valor de custo), sendo até mesmo desnecessária, porque ínfima, a participação financeira do paciente, estando aí o motivo pelo qual tais medicamentos eram fornecidos "de graça".

Desnecessário frisar que o lucro seria proporcionalmente maior ao número de vendas dos medicamentos arrolados no programa federal analisado, daí porque se aumentavam as vendas mediante simulação, através da obtenção de diversos receituários médicos falsificados, adulterados ou vencidos para lastrear vendas simuladas para pessoas inexistentes ou que nem mesmo sabiam figurar como compradoras de tais medicamentos.

Em casos similares ao ora analisado, medicamentos foram abandonados em terreno baldio, o que foi denunciado por pessoas de boa índole, algumas das quais, inclusive, passaram a noticiar às autoridades policiais a entrega, em suas casas, de medicamentos de graça que não tinham solicitado ou que não utilizavam.

Como a drogaria precisavam registrar as vendas mediante cupons fiscais para poderem obter o reembolso pela União, era preciso dar entrada e saída de mercadorias em quantidade proporcional às vendas fictícias, daí porque os medicamentos eram regularmente comprados e, consequentemente, tinham que ter a respectiva vazão, ou seja, saída, estando aí a causa do referido abandono de imensa quantidade de medicamentos em terreno baldio em processo por fatos similares.

No específico caso dos réus, essa prática de desfazer-se dos medicamentos ficticiamente vendidos nem mesmo foi necessária, pois, conforme a já mencionada auditoria, não se preocuparam em lastrear as vendas em estoque, fazendo-as a descoberto.

Ressalte-se, ademais, que a alta carga persuasiva das provas torna desnecessária a inversão do ônus da prova requerida na inicial.

Inexiste margem à dúvida de que os comportamentos praticados pelos réus implicaram na dilapidação do patrimônio público em função da multiplicação de vendas simuladas e dano considerável ao sistema de saúde pública.

Esse cabedal de irregularidades nas vendas de medicamentos pelo Programa Federal "Farmácia Popular" demonstra que, ao contrário do quanto alegado pelos réus na peça contestatória, o destaque estatístico no repasse de valores pela União não se deu por competência comercial, mas sim por fraude ao programa de saúde pública, estando aí o motivo de a primeira requerida figurar como um dos estabelecimentos comerciais que mais receberam verba pública.

A saúde pública é direito fundamental da pessoa humana e "pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, par além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, *fornecimento de medicamentos*, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde".[1]

A fundamentalidade do direito à saúde é a razão pela qual a Constituição Federal o preconiza em seu artigo 198, direito esse concretizado pela Lei nº 8.080/90 (que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS), especialmente em seus artigos 2º, 4º e 7º.

Qualquer prática desonesta e imoral fitada ao desvio de recursos públicos é, por si só, violadora do dever de lisura encartado no artigo 37 da Constituição Federal. No entanto, se tais dilapidações ocorrem com recursos destinados ao sistema de saúde pública, a reprovabilidade do comportamento é demasiado maior por vilipendiar a estrutura financeira voltada a assegurar direito fundamental já disponibilizado de modo bastante ínfimo à população.

Comprovado eficazmente o dano ao direito difuso à saúde pública e à proteção do erário, a procedência do pedido é medida imperiosa nesta ação civil pública.

2.3 Do caráter subjetivo da responsabilidade pelos danos causados

Demonstrada a existência de uma estrutura ilícita voltada a vilipendiar o sistema público

1 Ingo Sarlet. *Temas Aprofundados do Ministério Público Federal.* Jus Podium, 2011.

de saúde mediante desvio de recursos destinados ao Programa Federal "Farmácia Popular", cumpre delimitar os responsáveis pela reparação dos danos causados.

Prova documental produzida nos autos revela que GABRIEL VIEIRA ROSA e MARIA CECÍLIA VIEIRA são proprietários da sociedade empresária de pequeno porte denominada GABRIEL VIEIRA ROSA E CIA LTDA - EPP, cuja administração era por aqueles exercida.

Dessa forma, todos os réus têm legitimidade passiva para responder pelos danos causados, mormente a pessoa física porque também detém nexo causal com a sociedade empresarial utilizada como instrumento para cometer as fraudes aqui esmiuçadas, quer praticando os atos apontados, quer desfrutando dos lucros e benefícios obtidos com tais práticas, estando aí razões mais do que justificadas à desconsideração da personalidade jurídica.

2.4 Da responsabilidade civil

Invocável à espécie a máxima do *neminem laeder* das *Institutas*, o princípio cujos preceitos são: viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu.

É a consagração do respeito aos direitos alheios como condição essencial para o equilíbrio e o desenvolvimento da vida social, visando, precipuamente, evitar dano injusto a terceiros ou à coletividade com implicação em instabilidade social.

No princípio em comento é que se pauta o dever de reparação integral dos danos gerados à esfera de bens e interesses alheios, ante a violação do dever jurídico originário de agir em conformidade com as regras e princípios do ordenamento.

Consagrou-se na doutrina o tripé da responsabilidade civil: a) conduta dolosa ou culposa; b) dano consubstanciado em lesão a bem jurídico; e c) nexo de causalidade.

Fazendo o acoplamento estrutural da teoria da responsabilidade civil ao caso em apreço, sem perder de vista o viés da reparação integral contido no artigo 944 do Código Civil, tem-se que a conduta dolosa foi amplamente demonstrada, a qual consubstanciou-se na simulação de venda de medicamentos integrantes do Programa Federal "Farmácia Popular" mediante falsificação ou adulteração de receituários médicos, cujos compradores eram pessoas inexistentes ou desconhecedoras dessa situação, tudo para aumentar o valor dos repasses feitos pela União.

Os danos são evidentes, quer de ordem material quer moral.

Por fim, o nexo causal, o liame, entre o comportamento doloso e os prejuízos causados é manifesto, pois, em função das fraudes constatadas houve desvio de recursos públicos e prejuízo ao sistema de saúde pública.

2.5 Da reparação pelos danos materiais causados

Conforme apontado na pela inicial, as práticas ilícitas realizadas pelos acusados culminaram no recebimento indevido de R$ 35.459,81 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) no período compreendido entre dezembro de 2009 a novembro de 2010.

Essa importância representa o total dos valores de medicamentos cuja comercialização fora praticada com alguma da várias irregularidades apontadas.

Reputo, ao caso, que os réus não observaram o ônus da impugnação específica, pois, lastrearam o eventual excesso no montante pretendido pelo Ministério Público Federal no argumento de que o próprio SINASUS – Sistema Nacional de Auditoria do SUS reduziu o valor da multa pelas irregularidades constatadas para R$ 3.590,35 (três mil, quinhentos e noventa reais e trinta e cinco centavos).

Tal argumento não merece prosperar por inúmeros fundamentos.

Primeiro porque a junta dos documentos de fls. 278/280, pelos réus, foi feita de modo incompleto, não sendo possível aferir se aludido documento diz respeito à integralidade das autuações e nem mesmo motivo plausível à redução do valor original da multa: R$ 77.935,15 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e quinze centavos). Logo, referido documento não traz qualquer fundamentação a amparar o argumento apresentado pelos réus.

A par disso, é de se perceber que referida auditoria, conforme se infere pelos documentos de fls. 278 e 279 do Volume I do Anexo XIV, levou em consideração somente irregularidades praticadas entre janeiro e julho de 2012, não atentando, em momento algum, às irregularidades ocorridas entre os anos de 2009 e 2010, de modo que não pode servir de parâmetro quantitativo.

Como os réus não observaram o ônus da impugnação específica, deixando de contestar o valor dos danos materiais apurados, aplicável ao caso o disposto no artigo 334, III, do Código de Processo Civil, cobertos que foram pelo manto da incontrovérsia.

2.6 Do dano moral coletivo

Inegável a vida numa sociedade na qual a condição humana do indivíduo teve sua dimensão dilatada para merecer proteção, também, em seu viés comunitário, de modo que a dignidade da pessoa humana passou a fazer sentido apenas no âmbito da intersubjetividade e pluralidade.

O desenvolvimento em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana permite vinculá-la a um compartilhamento de uma humanidade comum.

Espraiou-se a proteção individual para a coletiva ou social, passando a pessoa humana a ser considerada, também, em toda a extensão dos seus interesses fundamentais, dos seus legítimos valores e das suas variadas maneiras de ser em sociedade.

O fenômeno da coletivização do direito – do qual a própria ação civil pública é fruto -, com reconhecimento e tutela de direitos coletivos e difusos, consequências de uma sociedade de massas, é exemplo emblemático da proteção coletiva da dignidade humana.

De se ver, pois, que a teoria da responsabilidade civil, inicialmente voltada para a composição de danos no âmbito individual e privado, direcionou-se para a tutela dos bens e direitos próprios da coletividade com natureza caracteristicamente extrapatrimonial, aí incluindo o dano moral coletivo.

Por dano moral coletivo entende-se "a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico".[2]

O desvio de recursos públicos mediante as fraudes analisadas gerou, na coletividade daqueles que precisam do custeio do medicamente para assegurar o real acesso à saúde pública, a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, efeitos típicos da violação de direitos da personalidade humana vista em dimensão comunitária, logo, passível de indenização por danos morais coletivos.

Resta, portanto, definir o *quantum* indenizatório e, para tanto, imperioso considerar o grau de culpa do agente, a extensão dos danos, a capacidade financeira dos envolvidos e o comportamento dos culpados depois da descoberta das irregularidades.

2 *Idem.*

O grau de culpa é elevadíssimo porque se estruturou uma organização ramificada na região para fraudar sistema de política pública voltado a assegurar aos mais necessitados o acesso a medicamentos com valores subsidiados pela União e fitados a combater os problemas de saúde mais comuns e reiterados.

A justificar o grau da culpa está a forma orquestrada e harmoniosa com a qual agiam os réus, engenharia irregular essa que não seria descoberta se não fosse a sanha arrecadatória demonstrada na obtenção de importâncias cada vez maiores de lucro, destoando estatisticamente de outras drogarias de igual ou maior estrutura.

Densificando o nível comentado, tem-se que a prática irregular revela o vilipêndio de um direito fundamental já assegurado infimamente aos cidadãos brasileiros: saúde pública.

A extensão dos danos é tamanha que não foi possível delimitá-la com precisão, cingindo-se o Ministério Público Federal a eleger como paradigma o ano de 2010 por ser o de maior volume de repasses recebidos pelos réus.

A capacidade financeira dos agentes requeridos refoge do medianamente social, a julgar pelos inúmeros bens materiais objetos de decretação de indisponibilidade.

O comportamento dos culpados, igualmente, é digno de deploro, porquanto se limitaram a alegar genericamente que desconheciam as fraudes, não demonstrando, em momento algum, intenção de reparar os danos causados ou mesmo de admitir as irregularidades.

Afinado com o propósito pedagógico aos demais empresários que se aventuram ou pretendem aventurar-se em práticas similares, sem olvidar que o montante dos danos materiais aqui constatados está aquém da real dimensão dos prejuízos causados, estabeleço o valor da indenização pelos danos morais coletivos causados em R$ 106.379,43 (cento e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e quarenta e três centavos), correspondente a 3 (três) vezes o montante apurado no inquérito civil alusivo aos danos materiais perpetrados.

3. DISPOSITIVO

À luz do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais para CONDENAR GABRIEL VIEIRA ROSA, MARIA CECÍLIA VIEIRA e GABRIEL VIEIRA ROSA E CIA LTDA - EPP, *solidariamente*, a:

a) ressarcir a UNIÃO a importância de R$ 35.459,54 (trinta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) a título de reparação por danos materiais causados com fraudes ao Programa Federal "Farmácia Popular", acrescidos de juros e correção monetária desde 01/11/2009;

b) pagar o montante de R$ 106.379,43 (cento e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e quarenta e três centavos) a título de reparação pelos danos morais coletivos causados com o comportamento irregular, o qual será acrescido de juros e correção monetária a partir desta data;

c) à proibição de vincularem-se novamente, seja por intermédio de empresa individual ou qualquer outro tipo de sociedade empresária, ao Programa Federal "Farmácia Popular", pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do momento em que, eventualmente, a sanção de banimento administrativa imposta seja, de qualquer modo, revogada ou perdoada.

Por ser a sociedade a vítima do dano moral coletivo, a indenização pelos danos extrapatrimoniais deverá ser depositada em conta judicial à disposição do Juízo da 1ª Vara Federal de Assis para, posteriormente e nos termos da Resolução nº 295 do Conselho da Justiça Federal e do artigo 5º da Resolução nº 154 do Conselho da Justiça Federal, aplicadas analogicamente ao caso, ser destinado a projetos subscritos por entidade pública, de utilidade pública ou

privada com finalidade social e sem fins lucrativos atuantes na Subseção Judiciária de Assis, exclusivamente na área de saúde pública.

Os acréscimos de juros e correção monetária nos valores das indenizações observarão os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, ou por outra que vier a sucedê-la.

Oficie-se ao Ministério da Saúde, com cópia integral desta sentença, comunicando acerca da imposição de sanção aos réus proibindo-os de vincularem-se ao Programa Federal "Farmácia Popular".

Restam referendadas as medidas aplicadas na decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

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

Assis/SP, 15 de junho de 2015.

Juiz Federal Substituto LUCIANO TERTULIANO DA SILVA

AÇÃO PENAL
0000350-03.2014.403.6135

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: HENRIQUE SANTANA ROCHA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2015

Vistos etc.

HENRIQUE SANTANA ROCHA, SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incursos nas penas do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013 e artigo 157, § 2º, I, II e V do Código Penal.

Nos termos da denúncia (fls. 995/997), em 15 de março de 2014, vários indivíduos integrantes de organização criminosa armada procederam ao roubo no estabelecimento comercial denominado "Serramar Parque Shopping", empreendimento localizado às margens da rodovia que liga os municípios de Caraguatatuba e São Sebastião.

O grupo foi formado por meio de reunião prévia entre pessoas de diversas regiões do Estado de São Paulo em momento anterior ao delito, quando receberam armas pesadas, grande quantidade de munição e veículos furtados, o "que demonstra que a quadrilha realizava diversas ações criminosas em contextos diferentes". O grupo foi liderado por pessoa de nome "COE" que procedeu a divisão de tarefas para a prática delitiva e aliciou o corréu Silvio, que "conhecia o interior da Fazenda Serramar".

Nos termos da denúncia, na data dos fatos, o grupo, com cerca de quinze ou mais elementos, fortemente armados, encapuzados e utilizando explosivos, rendeu funcionários e seguranças em atividade no shopping, roubando armas e coletes. Em seguida, danificaram seis caixas eletrônicos instalados no local a fim de retirar o numerário existente e, ainda, roubaram lojas do centro de compras.

O grupo ingressou no Shopping pelos fundos, através da propriedade da Fazenda Pecuária Serramar, local onde também renderam funcionários e seguranças, subtraindo arma de fogo e colete balístico.

No interior do centro de compras, foram danificados com ajuda de explosivos dois caixas eletrônicos do Banco Santander, um da Caixa Econômica Federal, um do Banco do Brasil, um do Bradesco e um 24 horas, com subtração total de R$ 283.634,00. Também foram roubados outros cinco estabelecimentos comerciais do local (TIM, Relogoaria Gold Finger, Ótica e Relojoaria São Sebastião, Relojoaria Suiça e Lojas Americanas).

Em seguida, empreenderam fuga pelos fundos do estabelecimento no sentido Estrada do Rio Claro e Poço das Antas, buscando acesso à Rodovia dos Tamoios, utilizando três veículos com placas adulteradas (Corolla, Honda Civic e Space Fox), que haviam sido furtados cerca de um mês antes da data dos fatos em locais diversos.

Durante a fuga, após avistarem três viaturas da Polícia Militar, abandonaram os veículos e empreenderam fuga à pé pela mata em meio à perseguição policial.

O acusado Sílvio foi detido por policiais militares e conduzido, na manhã do dia 16 de março de 2014, à Delegacia de Polícia de Caraguatatuba. Na tarde do mesmo dia, o acusado

Henrique foi detido com parte do dinheiro produto do roubo.

Em 18 de março de 2014, os acusados Phelipe, Anilson e Laércio, juntamente com outros três indivíduos, foram localizados pelas forças policiais com veículo roubado e, após, perseguição, troca de tiros, e utilização de reféns, restaram presos os referidos denunciados e mortos os demais.

Concluiu o Ministério Público Federal que "organização criminosa armada, com poder suficiente para apoderar-se de armamento de grosso calibre pertecente a polícia militar, roubou diversos veículos, adulterou as placas de identificação desses veículos, rendeu seguranças e funcionários, mantendo-os como reféns, subtraiu dinheiro mediante a explosão de caixas eletrônicos, bem como bens móveis de lojas do centro comercial, após disparar contra as vitrines e resistir à prisão em confronto armado com a polícia mediante a utilização do referido armamento".

Por fim requereu a condenação dos denunciados nos delitos indicados. Apresentou rol com 08 testemunhas.

Para a apuração do delito foi instaurado procedimento investigatório pela Delegacia de Policia de Caraguatatuba (fls. 02/07) registrado sob nº 117/14, que teve início com o boletim de ocorrência nº 1481/2014 de 15/03/2014 (fls. 08/14).

No boletim de ocorrência, foram relatadas as primeiras informações sobre o ocorrido no shopping, a saída dos autores do local do delito, as diligências policiais realizadas (operação de cerco), a apreensão de três veículos utilizados na ação e abandonados por seus ocupantes (fls. 16/17), que empreenderam fuga "adentrando na mata".

Em continuação às operações policiais desencadeadas para localizar e prender o agentes do delito, foram sendo lavrados boletins em cada ocorrência.

Às fls. 22/27 (boletim 1487/2014 – DP Caraguatatuba - de 15/03/14), foi relatado óbito de indivíduo em confronto com forças policiais e a apreensão de armas, coletes balísticos, objetos diversos e numerário (R$ 96.344,00), tendo sido tomado o depoimento de policiais militares (fls. 40/44). No mesmo ato, foi relatado que os veículos apreendidos tinham placas adulteradas, sendo um produto de furto em 16/02/2014 (VW/Space Fox – BO nº 5629/14), outro produto de roubo em 17/02/2014 (Honda/Civic – RDO nº 656/14 – DP de Bertioga), e o último com queixa de estelionato em 10/02/2014 (Toyota/Corolla – RDO nº 15/14 – 2º DP DIG/DEIC).

No dia seguinte ao delito (16/03/2014), novo boletim lavrado noticiando a localização e prisão de Henrique Santana Rocha (BO nº 1490/14 – DP Caraguatatuba), que, segundo consta, foi detido após perseguição a pé com a quantia de R$ 5.025,00, que foi apreendida (fls.45/48). Foram tomados depoimentos de policiais militares (fls. 49/50) e procedido ao interrogatório do detido (fls. 51/53), que reconheceu sua participação no delito e forneceu alguns detalhes da empreitada criminosa (fls. 51/53), sendo indiciado.

Na mesma ocorrência, houve identificação do indivíduo morto indicado no Boletim nº 1487/2014 (fls. 25/27) como sendo José Wellington Rodrigues Rocha (Boletim nº 1493/2014 – fls. 60/65 e 94).

No mesmo dia (16/03/2014), outra ocorrência lavrada para fins de formalizar a prisão de Silvio Silvério de Souza Júnior, também em decorrência da perseguição levada a efeito pela polícia. Os policiais responsáveis pela diligência foram ouvidos (fls. 101/102), dentre eles Airton do Carmo arrolado como testemunha nos autos, e o preso interrogado e indiciado (fls. 103/110). Em interrogatório, Sílvio reconheceu participação no crime investigado, relatando aspectos de sua conduta e dos demais participantes.

Com base nos elementos coligidos e prisões efetuadas, a autoridade policial apresentou relatório do apurado e representou pela prisão temporária de Sílvio e Henrique (fls. 114/117).

O inquérito foi distribuído perante o d. Juízo de Direito desta Comarca, que, em plantão judiciário, decretou a prisão temporária dos indiciados (fls. 118 e verso).

Nova ocorrência foi lavrada no dia 16/03/2014, relatando a morte de dois indivíduos decorrente de intervenção policial (BO 1496/2014 – DP Caraguatatuba) e a apreensão de armas de fogo, coletes balísticos, pequena quantidade de dinheiro (R$ 482,00) e objetos diversos (fls. 119/137). No mesmo ato, foram tomados os depoimentos dos policiais militares presentes (fls. 138/143).

A busca e a perseguição dos demais autores do delito prosseguiram. Em 17/07/2014, outra ocorrência lavrada (BO nº 1499/2014 – DP Caraguatatuba) noticiando outra morte decorrente de intervenção policial, após troca de tiros e resistência. Foram localizados junto ao morto uma arma de fogo, dois carregadores de pistola, quatro relógios de pulso, seis suportes de relógio, numerário (R$ 26.219,00) e objetos comuns diversos (fls. 153/167). Os policiais militares envolvidos na ocorrência foram ouvidos às fls. 168/175.

Lavrado BO nº 1500/2014 (DP Caraguatatuba) para registrar reconhecimento do indivíduo morto referente ao BO nº 1481/2014 como sendo Roberto Urias Fernandes (fls. 176/186).

Lavrado BO 1504/2014 (DP Caraguatatuba) para registrar reconhecimento dos indivíduos mortos referente ao BO nº 1496/2014 como sendo Tompson Silva de Oliveira e Júlio Souza da Silva (fls. 187/195), que foi realizado por Ewerton Silva de Oliveira e Juliana Souza da Silva, arrolados como testemunhas.

Pela autoridade policial foram ouvidas algumas vítimas/testemunhas do delito, representante de pessoas jurídicas e pessoas físicas, sendo criado para registro o RDO nº 1507/2014 (DP Caraguatatuba). Foram inquiridos o representante da Ótica e Relojoaria São Sebastião (fl. 214) e funcionários do Shopping (fls. 215/225), dentre eles Washington Gonçalves da Silva (fl. 222) arrolado como testemunha nos autos.

Ouvida, também, a representante das Lojas Americanas (fls. 226/229 – RDO nº 1509/2014).

Novos objetos relacionados ao delito (colete balístico e munições) apreendidos às fls. 230/235.

Foram tomados os depoimentos de Marcelo Dias Vicente (fls. 250/251), funcionário da Fazenda Serramar e arrolado como testemunha em juízo, e de Cícero Luis Risa de Carvalho (fl. 252), gerente geral do shopping.

Laudos periciais das armas pertencentes à Polícia Militar (fls. 253/263), sendo devolvidas à Corporação (fl. 264/269).

Em 18/03/2014, foi lavrado o Boletim nº 1516/2014 (DP Caraguatatuba) para registro de três mortes decorrente de intervenção policial, apreensão de armamento, munições, coletes balísticos, onze relógios de pulso e quantia em dinheiro (R$ 1.500,00). Foram ouvidos os policiais militares envolvidos na diligência (fls. 272/295). Houve identificação de dois indivíduos mortos como Eduardo Rodrigues Rebouças e Gustavo do Rio Vilarrubia Belem, restando uma pessoa sem identificação (fls. 285/287).

No mesmo dia, foi lavrada nova ocorrência referente a roubo de veículo Fiat Palio Economy EL na estrada do Rio Pardo, em Caraguatatuba (BO nº 1525/2014 – DP Caraguatatuba), que estava sendo usado por funcionários da empresa "Ideal Terraplanagem Ltda.", sendo indicado que no veículo havia marcas de tiro e que os referidos funcionários foram amarrados,

havendo suspeita, pela descrição das vítimas, de se tratar dos autores do delito tratado nos autos (fls. 310/317).

Reconhecimento do indivíduo morto referido no BO nº 1516/2014 como sendo Leandro Rodrigues Costa (fls. 318/323).

Pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes, foi lavrado boletim de ocorrência nº 161/2014, em 18/03/2014, no qual é relatado que, em continuidade da perseguição policial, parte do grupo criminoso foi localizado na cidade de Biritiba Mirim. Após confronto com intensa troca de tiros e utilização de pessoa como refém, três indivíduos sem identificação foram mortos e outros três, Phelipe Santos Ribeiro, Anilson de Oliveira Santos e Laércio Antonio Siqueira Júnior foram presos (fls. 324/339).

Na referida ocorrência foram apreendidos veículo roubado, armas, carregadores, munições, coletes balísticos, numerário (R$ 43.439,00), dezenove relógios de pulso e diversos documentos e objetos.

Em prosseguimento do inquérito policial, foram ouvidos os representantes do Banco do Brasil (fls. 344/345), Bradesco (fls. 347/348), Santander (fls. 351/353) e CEF (fls. 354/357). Todos relataram os danos e a subtração de numerário de seus terminais de autoatendimento instalados no shopping.

Reconhecimento de um indivíduo morto referido no BO nº 161/2014 (Mogi das Cruzes), com identificação de Bruce dos Santos (fls. 358/360).

As vítimas descritas no BO nº 1525/2014 – DP Caraguatatuba, funcionários da empresa Ideal, foram ouvidas às fls. 364/369.

Também no dia 18/03/2014, foi lavrado novo BO (nº 215/2014 – 1º DP Caraguatatuba), pela qual foi noticiado roubo de veículo Kombi a serviço da empresa SEEL, sendo que seus ocupantes foram abordados, rendidos e deixados na estrada a pé por seis pessoas possivelmente envolvidas no roubo (fls. 370/373).

Após as novas diligências, depoimentos e prisões realizadas pelas equipes policiais, foi apresentado relatório parcial das investigações e foi requerida a decretação da prisão preventiva (fls. 374/383) de Henrique, Silvio, Phelipe, Anilson e Laércio, que foi deferida pelo Juízo estadual (fls. 389/392).

Boletim de ocorrência da Polícia Militar referente ao delito tratado nos autos às fls. 395/398.

Reconhecimento de um indivíduo morto referido no RDO nº 1516/2014 , com identificação de Wellinton de Almeida Santos dos Ramos, e não "Eduardo Rodrigues Rebouças", como havia sido anteriormente identificado, possivelmente por portar documento falso (fls. 403/411).

Apreensão e apresentação de materiais (cinturão com coldre e porta munição, telha de fuzil, duas chaves de veículos, cartuchos e celular) recolhidos na localidade Poço das Antas, Caraguatatuba, pela Polícia Militar Ambiental (fls. 417/421).

Comparecimento da representante da empresa Goldfinger, que indicou os itens subtraídos da loja no evento delituoso, indicando prejuízo de R$ 28.053,59 (fls. 422/423).

Reconhecimento dos demais indivíduos mortos referidos no BO nº 161/2014 (Mogi das Cruzes), com identificação de Flávio dos Santos e Rodolfo Suffredini de Morais (fls. 428/430).

Depoimento de funcionário do shopping às fls. 467/468.

Às fls. 470/477, foram juntadas cópias de dois boletins de ocorrência lavrados em 07/02/2014 (2º DP São Sebastião) e 15/12/2013 (DP de Mongaguá), pelos quais são relatados

furtos de interior de veículo e de residência, respectivamente, em que foram subtraídas armas de fogo que restaram apreendidas no inquérito policial do presente delito.

Foi realizada a oitiva da representante da empresa Gold Finger, apresentação de notas fiscais, reconhecimento de relógios e auto de entrega de treze relógios (fls. 525/537).

Auto de entrega de armamento e projéteis á Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 538/539).

Boletim de ocorrência da Polícia Militar referente ao delito tratado nos autos às fls. 541/544-verso.

Comprovante de depósito em conta judicial vinculada à 1ª Vara da Comarca de Caraguatatuba no valor de R$ 130.489,00 (fls. 545/546).

Novo auto de entrega de 01 relógio em favor da empresa Gold Finger, mediante apresentação de nota fiscal (fls. 554/557).

Laudos periciais apresentados às fls. 563/568, 570/601 e 606/652.

Auto de entrega de armamento de propriedade da empresa Serramar Parque Shopping Ltda. a seu representante (fls. 655/659).

Às fls. 660/793 foi juntada cópia dos cadernos apuratórios instaurados pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes, referente as ações delituosas praticadas por indivíduos supostamente envolvidos no delito tratado nos presentes autos. Nas referidas peças constam depoimentos de Ivanir Carlos de Almeida (fl. 672) e de Dirceu de Oliveira (fl. 676), arrolados como testemunha.

No relatório final daquele inquérito (fls. 789/792), consta a localização de R$ 43.439,00 com os supostos envolvidos, bem como que os presos e indiciados Phelipe, Anilson e Laércio permaneceram calados durante seus interrogatórios policiais.

Foram juntadas imagens fotográficas reproduzidas do circuito de gravação do shopping na data dos fatos (fls. 794/814).

Relatório final de inquérito policial apresentado às fls. 816/828.

Decisão declinatória de competência proferida às fls. 832/833 em razão de constar entre as vítimas a CEF, empresa pública federal, sendo recebido neste Juízo em redistribuição em 07 de maio de 2014.

Neste Juízo, foram ratificados os atos praticados perante a Justiça Estadual, inclusive em relação às prisões preventivas decretadas, e deferidos requerimentos apresentados pelo Ministério Público Federal (fls. 848/851).

Foi juntada cópia da denúncia e decisões proferidas pelo d. Juízo da 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes (fls. 869/876) pelos supostos delitos praticados pelos acusados Phelipe, Anilson e Laércio no município de Biritiba Mirim/SP. A referida denúncia foi recebida pelo juiz estadual competente.

Laudos de exames necroscópicos juntados (fls. 880/895) e exame de corpo de delito de Henrique e Sílvio (fls. 896/897).

Laudos periciais do local dos fatos (fls. 898/917 e 978/980), dos veículos utilizados no momento do delito (fls. 918/928), dos indivíduos falecidos (fls. 929/947) e demais peças, objetos e veículo (fls. 949/977).

Termo de recebimento de objetos apreendidos neste Juízo (fls. 984/986).

Cumpridas grande parte das diligências requeridas, foi proferida decisão de fls. 987/988 pelo Juízo, com determinação de destruição das armas de fogo e munições já periciadas.

O Ministério Público Federal, que apresentou manifestação e ofereceu denúncia (fls. 992 e verso e 995/997)

Em 05 de junho de 2014, foi recebida a denúncia (fls. 998/1001), mantidas as prisões preventivas decretadas e determinada a citação e intimação dos réus. No mesmo ato, foi determinado o encaminhamento dos armamentos e munições apreendidos já periciadas para acautelamento e destruição.

Citados pessoalmente (fls. 1029/1032, 1071/1074, 1075/1077 e 1144/1146), os acusados Laércio, Phelipe, Henrique e Sílvio apresentaram respostas à acusação (fls. 1078/1080, 1081/1096, 1097/1112). A defesa do acusado Silvio requereu a concessão de liberdade provisória. Nas defesas apresentadas foram arroladas 08 testemunhas (réu Laércio – 04, réu Phelipe – 03 e réu Henrique -01), e o acusado Sílvio não arrolou testemunhas.

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD e INI/DPF juntadas às fls. 1035/1037 e 1060 (Henrique), fls. 1040/1040-verso e 1062 (Sílvio), fls. 1042/1045 e 1064 (Phelipe), fls. 1047/1050 e 1066 (Laércio), e fls. 1052/1057 e 1068/1069 (Anilson).

Foi nomeado advogado dativo em favor do réu Anilson (fl. 1113), que declarou não ter condições de constituir um defensor de sua confiança.

Antes da intimação do defensor dativo da nomeação, o réu Anilson constituiu defensora de sua confiança (fls. 1119/1120), que retirou os autos em carga (fl. 1121).

Foi indeferido o pedido de liberdade provisória do réu Sílvio e analisadas as defesas preliminares apresentadas, sendo determinado o prosseguimento do processo penal em relação aos réus Laércio, Phelipe, Henrique e Sílvio (fls. 1122/1126). Em relação ao réu Anilson foi considerada prejudicada a nomeação de advogado dativo.

Sobreveio decisão em Habeas Corpus impetrado em favor do réu Henrique perante o E. TRF da 3ª Região, na qual foi indeferido o pedido liminar (fls. 1148/1150). Informações prestadas pelo Juízo (fls. 1151/1157).

Apesar de devidamente constituída e intimada, a defesa do réu Anilson não apresentou defesa preliminar no prazo legal, sendo novamente nomeado defensor dativo para fazê-lo, nos termos do § 2º do artigo 396-A do CPP (fls. 1158/1159). Foi apresentada peça defensiva (fls. 1162), onde foram arroladas as mesmas testemunhas indicadas na denúncia.

Não sendo verificada hipótese de absolvição sumária, foi determinado o prosseguimento do feito (fls. 1163/1166), com a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas residentes na cidade do Guarujá e designação de data para a realização de audiência neste Juízo, nos termos do artigo 400 do CPP, para a oitiva de testemunhas e interrogatório dos acusados.

Na referida decisão também foi considerada prejudicada a oitiva das testemunhas Marcos de Oliveira Almeida (arrolada pela acusação e pela defesa do réu Anilson) e Caio Vinícius Romão da Silva (arrolada pela defesa do réu Laércio), visto que, no momento processual próprio (artigos 41 e 396-A do CPP), não foram fornecidos dados e informações mínimas para realizar suas intimações pelo Juízo.

Expedida carta precatória para a Comarca do Guarujá (fls. 1173).

Por meio de petição de fls. 1237/1239 (original às fls. 1240/1242), a advogada constituída pelo réu Anilson apresentou justificativa pela não apresentação da defesa preliminar e requereu o retorno aos autos. Pelo Juízo (fls. 1244 e verso) foi deferido o retorno aos autos, ainda sem destituição do advogado dativo, porém foi indeferida abertura de prazo para a apresentação de defesa preliminar, visto que o período constante da justificativa médica apresentada (atestado médico) é anterior à sua constituição nos autos e abertura de prazo para defesa preliminar.

O d. Juízo da Comarca do Guarujá informou a designação do dia 07 de novembro de 2014, às 14:15 horas, para a realização do ato deprecado (fl. 1275).

Termo de entrega e recebimento das armas e munições no depósito da Justiça Federal em São Paulo/SP, e termo de recebimento e destruição lavrado pelo 22º Depósito de Suprimento do Exército (fls. 1277/1282).

Em atendimento às solicitações do Juízo foram apresentadas certidões dos feitos indicados nas folhas de antecedentes dos acusados (fls. 1324, 1325, 1327, 1331, 1333 e verso, 1334, 1336, 1338, 1339, 1340, 1341/1342, 1343, 1344/1347, 1350, 1358 e verso, 1362/1365).

Em audiência realizada no dia 28 de outubro de 2014, neste Juízo, foram ouvidas as testemunhas Airton do Carmo (fls. 1375/1377), Washington Gonçalves da Silva (fls. 1378/1380), Marcelo Dias Vicente (fls. 1381/1383), Ivanir Carlos de Almeida (fls. 1384/1386) e Dirceu de Oliveira (fls. 1387/1389), arroladas pela acusação e pela defesa do réu Anilson, e procedido os interrogatórios de Silvio Silvéiro de Souza Junior (fls. 1390/1392), Henrique Santana Rocha (fls. 1393/1395), Phelipe Santos Ribeiro (fls. 1396/1398), Anilson de Oliveira Santos (fls. 1399/1400) e Laércio Antonio Siqueira Junior (fls. 1401/1403).

A audiência ocorreu sem percalços, com a presença de todos os réus e de seus advogados constituídos, permanecendo os réus algemados, visto que presente a exceção prevista nos termos da súmula vinculante nº 11 do STF, em razão dos atos de violência descritos na denúncia, o número de acusados presentes, as limitações espaciais da sala de audiência e a reduzida guarda presente.

A testemunha Airton do Carmo, 2º sargento da Polícia Miltar, declarou (fls. 1375/1377):

> ... no dia seguinte dos fatos narrados na denúncia, logo pela manhã, foi convocado à participar de operação conjunta de perseguição na mata dos autores do estouro dos caixas eletrônicos do Shopping Serramar. Que na mesma tarde, deparou com o ora acusado Silvio Silverio andando pela mata com várias escoriações. Que indagado das causas dos ferimentos, Silvio alegou que tinha se machucado na Cachoeira. Que o local do encontro é difícil acesso, no meio da mata. Que desconfiados da versão apresentada, os policiais conduziram Silvio até a autoridade policial, Delegado Marcelo. Que na delegacia Silvio acabou por confessar sua participação. Que o depoente não presenciou a confissão, pois feita perante a autoridade policial e tomada a termo. Que Silvio, quando encontrado, não portava arma nem estava com dinheiro.
> ... que na rotina policial Silvio não circulava informação de que Silvio tinha envolvimento com crime, mas apenas que era frequentador de casa noturna e eventual usuário de drogas. Que Silvio quando da prisão não esboçou qualquer reação.

A testemunha Washington Gonçalves da Silva, vigilante do Shopping e presente no dia dos fatos, declarou (fls. 1378/1380):

> ... no dia dos fatos, quando acompanhava um colega de trabalho até a saída do shopping, foram rendidos por um grupo armado com todos os membros encapuçados. Que o grupo era de cerca de 10 a 15 pessoas, tendo membros armados de fuzil. Que o depoente foi rendido sem qualquer ato de violência física, tendo de ficar deitado juntamente com outros rendidos. Que foi desarmado e retirado seu colete de proteção. Que um dos membros do grupo indagou onde era a loja Gold Finger. Que o vigilante João, também rendido, foi obrigado a acompanhar dois membros do grupo até a referida loja. Que o grupo era organizado e sabia o que queria, comunicando-se principalmente com gestos. Que ficou rendido no chão por cerca de 15 minutos ouvindo apenas a explosões no interior do shopping. Que o grupo foi se retirando um a um, cada um dando apoio para o outro membro. Que como todos estavam encapuçados,

impossível reconhecer qualquer um dos membros do grupo. Que havia um líder no grupo que dava ordem aos demais.

Marcelo Dias Vicente, vigilante da Fazenda Serramar no dia dos fatos, assim declarou (fls. 1381/1383):

...Que no dia dos fatos, quando fazia sua ronda no final da madrugada foi rendido pelo grupo de cerca de 15 indivíduos, todos encapuçados e armado de pistola e fuzil. Que não houve qualquer violência física contra o depoente, que, inclusive, deixaram claro que vieram ali para pegar o dinheiro e não para machucar alguém. Que retiraram a arma e o colete do depoente, mas um membro do grupo na saída lhe devolveu o celular. Que o depoente permaneceu na parte traseira de uma pick-up por cerca de 40 minutos. Que dois membros do grupo ficaram vigiando os rendidos. Que o grupo parecia calmo. Que o grupo parecia organizado, mas não percebeu se havia alguém no comando da ação. Que rendido no interior da pick-up, ouviu os disparos e as explosões no interior do shopping. Que como estavam encapuçados, é impossível o reconhecimento de qualquer um. Que o grupo fugiu de forma organizada para os fundos da fazenda.

Em seguida, foi ouvido o cabo da Polícia Militar Ivanir Carlos de Almeida, lotado no batalhão de Mogi das Cruzes, que declarou (fls. 1384/1386):

... Que no dia 18 de março participou do final da operação conjunta de perseguição dos autores do estouro dos caixas eletrônicos no Shopping Serramar. Que o comandante do batalhão foi informado que havia uma Kombi em fuga na região de Biritiba-Mirim. Que o depoente chegou ao local após o tiroteio entre os policiais militares e os fugitivos. Que dois dos fugitivos armados de fuzil mantinham uma mulher de refém e estavam cercados pelo polícia. Que havia informações de outros fugitivos escondidos nas residências próximas. Que o cerco durou cerca de duas horas. Que a mulher feita de refém não sofrer qualquer violência física, mas ficou bastante apavorada. Que os dois foragidos acabaram se entregando após serem convencidos por um policial civil. Que, depois, o depoente e seu grupo foram alertados por uma senhora de que um terceiro fugitivo mantinha pessoas como reféns em uma residência próxima. Que o depoente, juntamente com um policial civil, adentrou a residência e encontrou o fugitivo Phelipe, mantendo um casal como refém no interior de um quarto. Que Phelipe, ao ver os policiais, não esboçou qualquer resistência, sendo algemado e conduzido à viatura. Que o casal não sofreu qualquer violência física. Que Phelipe estava nervoso, machucado e perguntava sobre o que tinha acontecido com seus companheiros. Que Phelipe não estava armado.
...
... que junto com os três foragidos presos não foi encontrado qualquer produto do roubo do shopping, mas foi encontrado dinheiro no interior da Kombi utilizada na fase final da fuga.
...
... que Phelipe quando foi encontrado estava ferido á bala na perna. Que quando o depoente chegou ao cerco policial aos fugitivos em Biritiba-Mirim, um quarto fugitivo já estava em óbito.

A última testemunha ouvida neste Juízo, Dirceu de Oliveira, tenente da Polícia Militar, comandante da 3ª Companhia da Polícia Militar, com área de atuação nas cidades de Guararema, Salesópolis e Bitiba-Mirim, declarou (fls. 1387/1389):

... Que no dia 18 de março, logo pela manhã, foi informando de que um veículo com elementos em fuga do roubo do shopping Serramar estava na região. Que foi feito o cerco tendo havido

> um primeiro confronto em Salesópolis onde dois policiais militares foram feridos. Que os fugitivos conseguiram passar por um segundo bloqueio policial na divisa nos municípios da Salesópolis e Biritiba-Mirim. Que foi armado um terceiro bloqueio na cidade de Biritiba-Mirim em frente à base da Polícia Militar. Que nesse bloqueio houve a mais intensa troca de tiros, sendo mortos três dos seis fugitivos que estavam na Kombi. Que dos outros três fugitivos, o acusado Phelipe, ora reconhecido pelo depoente, foi preso por outros policiais quando mantinha um casal refém em uma residência. Que dois outros fugitivos, ora reconhecidos nesta audiência, como acusados Henrique e Laércio, mantiveram uma mulher como refém no SAMU ao lado da base da Polícia Militar. Que houve vários disparos até a dupla de fugitivos conseguir ter a refém, quando cessou a troca de tiros. Que o cerco durou cerca de uma hora, tendo a refém machucada com escoriações decorrentes da arma apontada. Que a dupla ao final se rendeu para um policial civil.
> ...
> ... a testemunha respondeu que reafirma que foi Henrique, ora reconhecido em audiência, que participou da fuga e do confronto.
> ...
> ... que não efetuou o reconhecimento na delegacia dos dois acusados que mantiveram a refém no SAMU, pois não foi o policial que efetuou oficialmente da prisão. Que na troca de tiros nos dois últimos dois cerco nos quais o depoente participou, era impossível identificar os fugitivos no interior da Kombi que a prisão efetuada após a rendição dos dois fugitivos no SAMU foi feita por investigador da Polícia Civil e foi bastante rápido.

Terminadas as oitivas das testemunhas neste Juízo, procedeu-se ao interrogatório dos acusados, observados os artigos 185 e seguintes do CPP.

O primeiro a ser interrogado foi Sílvio Silvério de Souza Júnior, que reconheceu sua participação no delito, declarando (fls. 1390/1392):

> ... Que participou da ação narrada na inicial, mas apenas foi o responsável pela condução do grupo e para fuga do grupo das dependências do shopping. Que foi uma espécie de guia local do grupo. Que imaginava que o grupo iria praticar roubo no interior do shopping, mas não exatamente estouro de caixa eletrônico. Que um conhecido seu de nome Rodolfo, conhecido como "boy", sempre lhe indagava sobre as rotas de entrada e saída do shopping Serramar. Que Rodolfo participou do estouro dos caixas e foi morto dias depois. Que imaginava que Rodolfo era envolvido com drogas, mas não com roubo. Que sabia que as informações fornecidas seriam utilizadas para prática de algum crime, mas não precisamente o estouro de caixas eletrônicos. Que em seu depoimento à polícia, Rodolfo é mencionado não como "boy", mas sim como "COE". Que levou Rodolfo para o Guarujá para que este conversasse com um grupo de amigos, mas o depoente não sabe quem são os amigos e o que tratado na reunião da qual não participou. Que dois dias do fato narrado na denúncia foi com Rodolfo e mostrou as rotas de entrada e fuga do shopping. Que na data dos fatos, Rodolfo se encontrou com o interrogando e o levou até o grupo armado e lhe comunicou que iriam assaltar o shopping, pois o interrogando já estava enrolado e não podia mais voltar atrás. Que do grupo somente conhecia Rodolfo. Que dirigiu um dos carros utilizados no assalto, mas não ficou encapuçado e nem estava armado, permanecendo apenas com uma camiseta preta enrolada na cabeça. Que no grupo não havia um líder, pois todos sabiam o que fazer. Que permaneceu no carro fora do shopping, mas adentrou para colocar o material roubado. Que na fuga o grupo encontrou na rota previamente planejada três viaturas da polícia e, para evitar o confronto, seguiram pela estrada até a mata. Que na mata o grupo se dispersou e o interrogando se perdeu dos demais, tendo sido encontrado e preso na cachoeira perto da ponte do Poço das Antas. Que na ação jamais portou arma, assim como não ficou qualquer dinheiro ou produto do roubo. Que está arrependido pelo que fez.

...
... que não houve qualquer promessa de participação no produto do roubo, mas crê que receberia algo por sua participação.
...
... que quando encontrou o grupo perto do local da ação todos já estavam encapuçados e armados, com exceção do interrogando que teve que improvisar uma camisa preta. Que na fuga, como a estrada originalmente planejada estava bloqueada por três viaturas policiais, o interrogando apresentou as duas opções viáveis, a saber: o retorno ou pegar a estrada que terminava na mata. Que diante das opções, o grupo optou por pegar a estrada em direção à mata. Que já sabiam que era uma estrada sem saída.
...
... que na fuga quando o grupo se deparou com as três viaturas policiais, os fugitivos que estavam no carro com o interrogando tiraram o capuz. Que não reconhece qualquer um dos réus presentes na audiência.

Após, foi interrogado o acusado Henrique Rocha Santana, que negou participação na ação criminosa, declarando (fls. 1393/1395):

... Que não participou da ação narrada na denúncia. Que nenhum dos réus presentes na audiência. Que no dia dos fatos estava em casa no Guarujá. Que do grupo que participou da ação conhece apenas Thompson que morreu na fuga. Que na noite do sábado para domingo recebeu uma ligação de Thompson, quando estava na Rua São Jorge no Guarujá. Que Thompson pediu, em nome da amizade de ambos, para que o interrogando fosse buscá-lo nas proximidades do CDP de Caraguatatuba, pois as coisas não estavam boas, e que não podia falar por telefone. Que um amigo de Thompson foi quem veio com um telefone já com Thompson na linha perguntando que era o Henrique. Que não sabe o nome do rapaz que estava com o telefone com Thompson na linha. Que conhecia Thompson desde a infância e não sabe de qualquer envolvimento deste com delito. Que, seguindo orientações de Thompson, pegou a estrada ao lado do CDP e depois de alguns metros encontrou uma barreira policial. Que os policiais, após terem a informação de que o interrogando era do Guarujá e já tinha uma condenação anterior, levaram para o mato e colocaram sacola na cabeça para confessar. Que não portava que a Polícia alega ter apreendido, mas apenas R$ 130,00. Que sua amiga Melissa foi quem o levou até a frente do CDP. Que não sabe o nome completo de Melissa. Que nunca trabalhou com explosivos e não sabe manejá-los. Que quando da prisão não portava armas.
...
... que somente assinou seu depoimento perante a polícia, que foi torturado e ameaçado de morte. Que não conhece qualquer pessoa de apelido de "véio" ou "cabeça". Que a polícia mostrou como forma de ameaça uma câmera digital com a foto de uma pessoa baleada na cabeça.
...
... que nunca foi ao município de Bititiba-Mirim e nem conhece onde é. Que não participou de qualquer ação em Biritiba-Mirim no dia 16 de março, pois já estava preso.
...
... que não sabe porque foi envolvido neste história. Que acha que a polícia o envolveu em virtude de seus antecedentes e de morar e ter nascido no Guarujá.

Passou-se ao interrogatório de Phelipe Santos Ribeiro, que negou participação no delito e declarou (fls. 1396/1398):

... Que não participou do estouro de caixas eletrônicos no shopping Serramar. Que na terça feira, dia 18 de março, Mariana, namorada do padrinho do filho do interrogando, lhe pediu ajuda para buscar, na estrada de Rio Claro, Julio, padrinho de seu filho. Que Mariana infor-

> mou que Julio estava ferido. Que o interrogando aceitou o pedido de ajuda, pois era próximo e devia favores ao casal. Que se dirigiu a estrada de Rio Claro acompanhado de Laércio, ora acusado, também conhecido como Júnior. Que a dupla se dirigiu a estrada Rio Claro e um Pálio com ajuda do GPS. Que quatro fugitivos no interior da Kombi reconheceram a placa do município do Guarujá do Palio. Que o pessoal da Kombi fortemente armado parrou o Palio e ordenou que o interrogando e o corréu Laércio entrassem na Kombi. Que em seguida houve forte troca de tiros e a Kombi bateu. Que foi baleado na perna e conseguiu fugir sozinho. Que se escondeu na casa onde foi preso. Que não fez o casal de refém e não fez nenhum a ameaça, apenas pediu ajuda. Que pediu para o casal que se encontrava no quarto que trancasse a porta da dependência, sendo atendido espontaneamente pelo casal. Que não estava armado quando foi preso e sem dinheiro no bolso, pois tinha deixado a carteira com pouco dinheiro no Palio. Que acredita que foi envolvido nesta história apenas por tentado ajudar um amigo. Que nunca soube que Julio, padrinho de seu filho, estivesse envolvido com a prática de qualquer crime.
> ...
> ... que o Palio utilizado na viagem até a estrada Rio Claro é de sua propriedade, sendo registrado no DETRAN em seu nome.

Em seguida foi realizado o interrogatório de Anilson de Oliveira Santos, que, após relatar sua condição pessoal, vida familiar e antecedentes, manifestou o desejo de permanecer calado, respondendo apenas uma pergunta de sua defesa técnica no sentido de que "que possui um barco de pesca e se considera preso injustamente" (fls. 1399/1400).

Por fim, foi realizado o interrogatório de Laércio Antonio Siqueira Júnior, que negou participação no delito declarando (fls. 1401/1403):

> ... Que não participou do estouro dos caixas eletrônicos no shopping. Que apenas, no dia 18 de março, acompanhou Phelipe, padrinho de seu filho, até a estrada Rio Claro. Que Phelipe passou desesperado em sua casa pedindo para acompanha-lo, pois um amigo de Phelipe tinha sido ferido e pedia ajuda. Que o nome do amigo ferido era Julio, mas Phelipe não entrou em detalhes como Julio havia sido ferido. Que os dois foram até a estrada Rio Claro em um Palio com utilização de GPS. Que na estrada foram parados por uma Kombi. Que o pessoal do Kombi fizeram com que Phelipe e o interrogando entrasse no veículo. Que o pessoal da Kombi estava fortemente armado. Que os dois entraram na Kombi, pois pensavam que Julio estivesse no veículo. Que fizeram com que o interrogando dirigisse a Kombi. Que a Kombi passou por bloqueios policiais em meio a intensos tiroteios. Que o co-piloto armado ordenava para o interrogando acelerar. Que no último bloqueio teve que desviar a Kombi acabando por bater na saída da estrada. Que após a batida o tiroteio se intensificou. Que o interrogando em nenhum momento esteve armado. Que o interrogando ficou ferido e fugiu da Kombi batida por medo de morrer. Que além do interrogando e seu amigo Phelipe havia mais quatro elementos na Kombi. Que após a batida, o grupo da Kombi se dispersou. Que na fuga seguiu os dois fugitivos que pegaram uma senhora como refém no SAMU. Que em nenhum momento esteve armado, tendo abraçado a refém como forma de proteção, pois os outros dois eram alvo de intenso tiroteio. Que um dos fugitivos morreu e o interrogando pegou seu fuzil, apontou para a refém e pediu "pelo amor de Deus" para chamar a imprensa. Que agiu assim apenas em legítima defesa para assegurar a sua própria sobrevivência. Que conhece, entre os acusados, apenas Phelipe. Que o interrogando e o outro foragido resolveram se entregar para a Polícia Civil, pois a Polícia Militar tinha ordem de matá-los. Que a prisão em si foi bastante rápida e feita por um investigador da Polícia Civil. Que houve certa disputa entre a polícia civil e militar para ver quem faria a ocorrência. Que o interrogando foi para o hospital porque estava baleado. Que no hospital colocaram ao lado do interrogando dois cadáveres de elementos que estavam na Kombi. Que ao ver a cena o interrogando desmaiou. Que após o hospital fez exame de corpo de delito e foi encaminhado para prisão

...
... que dos acusados presentes nesta audiência somente Phelipe estava na Kombi na fase final da fuga.

Terminadas as oitivas das testemunhas e interrogatórios dos réus, foi determinado que se aguardasse a devolução da carta precatória expedida para a Comarca do Guarujá/SP para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, para fins de garantir a ampla defesa e o contraditório constitucionalmente assegurados (fls. 1372/1374).

Pela Polícia Militar do Estado de São Paulo foi encaminhado ofício solicitando a liberação do carregador da Pistola nº 57943. Modelo PT-24/7, Patrimônio nº 210185830 (fls. 1408/1411).

A Delegacia de Polícia Civil de Caraguatatuba/SP encaminhou ofício contendo laudo pericial realizado com "reproduções fotográficas das imagens" do local do crime (fls. 1414/1480); laudos de exames necroscópicos de Roberto Urias Fernandes (fls. 1481/1483), Tompson Silva de Oliveira (fls. 1484/1487) e Júlio Souza da Silva (fls. 1488/1490); laudo pericial realizado no documento CRLV e bilhete DPVAT nº 10.158.721.030 - veículo VW – Spacefox, 2006/2007, cor cinza, placa DQH5784, emitido em 06/05/2013 – (fls. 1491/1493); Laudo pericial realizado no documento CNH nº 374.990.663 (fls. 1494/1496); cópias dos laudos de lesão corporal realizados em Laércio Antonio de Siqueira Júnior (fl. 1497) e em Mário Carlos Martins Júnior (fl. 1498); e cópia de laudo de exame necroscópico realizado em Rodolfo Suffredini de Morais (fls. 1499/1500), acompanhado de cópia do boletim de ocorrência nº 161/2014 emitido pela Delegacia Seccional de Mogi das Cruzes (fls. 1501/1571) em 18/03/2014.

Acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 0017838-43.2014.4.03.0000/SP – TRF 3ª Região (fls. 1522/1530), que denegou a ordem pleiteada em favor do réu Henrique Santana Rocha.

A carta precatória expedida para a Comarca de Guarujá/SP para oitiva das demais testemunhas arroladas nos autos foi devolvida (fls. 1531/1637). Naquele d. Juízo, as testemunhas Ewerton Silva de Oliveira, Juliana Souza de Oliveira, Mirtes Alexandre da Silva, Maurizia da Silva Santos e Kely Fernanda Nogueira de Siqueira foram ouvidas. Houve desistência pela defesa da oitiva das testemunhas Melissa de Moura da Silva, Carlos César B. de Araújo, Adriano Vieira dos Santos e Maria Virgínia dos Santos Santana, que foram homologadas (fl. 1630).

As oitivas foram realizadas no sistema de gravação digital audiovisual, conforme CD anexado às fls. 1636. Da análise das oitivas, verifico que nenhuma das testemunhas tinha conhecimento dos fatos narrados na denúncia.

Ewerton Silva de Oliveira declarou ser irmão de Tompson, indivíduo que foi a óbito em decorrência de confronto com policiais após o cometimento do delito, e foi ouvido como informante. Declarou ter ouvido dizer que o irmão tinha se deslocado para Caraguatatuba para a prática de roubo e que havia mortos, porém não tinha conhecimento do envolvimento de seu irmão com a prática de crimes.

Juliana Souza de Oliveira, também foi ouvida como informante do Juízo por ser irmã de Júlio Souza da Silva, também falecido em decorrência de confronto com policiais após o cometimento do delito. Nada sabia sobre os fatos e foi quem reconheceu o corpo do irmão. Declarou que pessoas no bairro comentavam que Júlio estava envolvido em "coisas erradas" e que era para "ficar de olho", mas que o irmão sempre negava tal fato.

Mirtes Alexandre da Silva foi ouvida como testemunha e declarou conhecer o acusado Phelipe, pois trabalhou, com empregada, em um carrinho de praia de propriedade do acusado e de sua mãe, relatando que a relação era patrão-empregada. Não declarou e nem foi perguntada

quanto ao local de trabalho, a época em que trabalhou, periodicidade ou outros elementos da relação empregatícia.

A testemunha Maurizia da Silva Santos declarou ser conhecida de Phelipe há 04 anos, sendo "vizinha de porta" e que comprava de Laércio "roupa de marca" para seu filho, nada sabendo sobre os fatos narrados nos autos.

Kely Fernanda Nogueira de Siqueira também foi inquirida como informante por ser irmã do acusado Laércio. Declarou ser proprietária de estabelecimento comercial prestador de serviços de mercado e hortifruti e que seu irmão trabalha lá e sempre a ajudou, recebendo entre R$ 200,00/R$ 250,00 por semana.

O Ministério Público Federal, nos termos do artigo 402 do CPP, apresentou manifestação de fl. 1638 requerendo a juntada de mídia digital, contendo cópias de arquivos e downloads (fl. 1639), e a oitiva de nova testemunha, o Delegado de Polícia Civil, Dr. André Junji Okari.

Juntada certidão do processo nº 0016438-68.2010.8.26.0223, na qual consta com corréu Phelipe Sabntos Ribeiro (fl. 1642).

Novo ofício da Polícia Militar do Estado de São Paulo requerendo a liberação do carregador da Pistola marca Taurus nº SDW-57943, modelo PT-24/7 PRO TACTICAL, patrimônio 210185830 (fl. 1645).

Juntada cópia do acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 0019460-60.2014.4.03.0000/SP – TRF 3ª Região (fls. 1653/1659), que denegou a ordem impetrada em favor de Silvio Silveiro de Souza Junior.

A defesa técnica de Henrique Santa Rocha informou que nada tem a requer na fase do artigo 402 do CPP (fl. 1661). As outras defesas não se manifestaram nesta fase.

Com o fito de assegurar o contraditório e a ampla defesa, este Juízo, por meio da decisão de fl. 1663, determinou a vista à defesa dos acusados para ciência, e eventual manifestação, em relação à mídia apresentada pelo MPF (fl. 1639) e em relação aos documentos e imagens de fls. 1412/1517. Determinou, também, que eventual restituição de material para a Polícia Militar do Estado de São Paulo seria apreciada por ocasião da prolação da sentença.

As defesas técnicas foram devidamente intimadas, havendo manifestação apenas pela defesa do réu Henrique (fls. 1686 e 1687).

Em 03/02/2015, foi apresentado requerimento de restituição do veículo Toyota, modelo Corolla, ano/modelo 2010/2111, que foi autuado em apartado e distribuído por dependência ao presente feito, sendo registrado sob nº 0000085-64.2015.403.6135.

Foi indeferido o pedido de oitiva de testemunha, como informante do Juízo, apresentado pelo Ministério Público Federal, por ausência de necessidade de tal oitiva, visto que o feito já se encontrava devidamente instruído com realização de provas periciais, documentais, testemunhais e juntada de imagens em arquivos gravados em mídia digital, em todos observados o tempo e fase processuais próprios, permitindo a apreciação e aferição das condutas imputadas aos acusados, possibilitando o julgamento nos autos dos pedidos apresentados pelas partes referentes ao mérito (fls. 1688/1689).

Encerrada a instrução probatória, foi dada vista às partes para apresentação de memoriais nos termos do § 3º do artigo 403 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em alegações finais em forma de memoriais (fls. 1691/1699-verso), entendeu que o processo teve tramitação regular, com observância aos princípios e garantias constitucionais e legais. No mérito, alegou estar comprovada a materialidade delitiva, pela utilização de armas de fogo de grosso calibre, definindo como "arsenal", que foi

utilizado para reduzir a capacidade de resistência de vítimas durante o cometimento do delito e, após, durante a fuga, para confronto com forças policiais e roubo do veículo Kombi.

Sustentou também, para a comprovação da materialidade delitiva por meio do laudo pericial de fls. 1415/1480, apontando todo o itinerário criminoso dos denunciados e seus comparas com indicação do trajeto do crime, desde o ingresso do estabelecimento comercial, com rendição das pessoas encontradas no trajeto, até a explosão dos caixas eletrônicos e subtração de numerário em valor superior a R$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), com recuperação parcial do valor no total de R$ 173.937,00 (cento e setenta e três mil, novecentos e trinta e sete reais).

Indicou que do valor recuperado de R$ 96.344,00 (noventa e seis mil, trezentos e quarenta e quatro reais) foi apreendido com os denunciados, com exceção de Sílvio. Conclui que "avulta-se incontestável a existência do crime, tendo em vista a farta documentação juntada aos autos, laudos periciais e depoimentos testemunhais".

No que tange à autoria delitiva, entende também comprovada "a responsabilidade dos denunciados pela prática do crime em apuração".

Em relação a Silvio, ressaltou sua confissão de participação do delito nos interrogatórios realizados na fase policial e judicial, dando detalhes de sua participação, sustentando que exerceu participação ativa e auxiliou materialmente na prática do delito, servindo como guia local do grupo, dirigindo veículo e auxiliando na fuga do local.

Entendeu estar também comprovada a autoria do acusado Henrique, que confessou sua participação do delito na fase policial, indicando sua função na atividade criminosa ("lança" e "recolha"). Alegou que o depoimento do réu em sede judicial é "estória fantasiosa no intuito de se eximir da responsabilidade pela participação", concluindo que o acusado "mentiu ao D. Magistrado".

Quanto aos corréus Phelipe, Laércio e Anilson, entendeu ser:

> uniforme, uníssono e incontestável que esses três denunciados empreenderam fuga se utilizando do veículo Kombi, placas OQL 1356, Belo Horizonte/MG, de propriedade da empresa de locação de veículos LOCALIZADA RENT A CAR S.A. – que foi roubada pelos denunciados PHELIPE, ANILSON e LAÉRCIO no KM 47 da Estrada do Rio Pardo, após terem roubado outro automóvel, um Fiat Pailo, no KM 22 da mesma estrada, conforme a farta prova testemunhal dos policiais que foram no encalço dois denunciados e com eles trocaram tiros entre os Municípios de Caraguatatuba e Biritiba-Mirim, onde todos os três foram delitos.

Prosseguiu indicando que Anilson permaneceu calado em seus interrogatórios nas fases policial e judicial. Já Phelipe e Laércio "depuseram uníssonos em suas declarações, num relato uniforme de combinação de suas versões para falsear a verdade", indicando que o "ponto crucial da trama inventada foi a passagem de ambos no interior da Kombi utilizada pelos criminosos em fuga".

A seu ver, a versão de que teriam sido forçados a ingressar na Kombi por indivíduos fortemente armados apresenta contradições entre os próprios depoimentos dos acusados Phelipe e Laércio com o testemunho do policial militar Dirceu Oliveira, as imagens contidas na mídia eletrônica de fls. 1638/1639 e o depoimento de Marina de Souza Rosa (fl. 680), que inclusive reconheceu Laércio e Anilson.

Prosseguiu analisando os depoimentos dos policiais Airton Luiz dos Santos e Ivanir Carlos de Almeida, indicando que Phelipe foi encontrado e preso no interior de uma residência, onde

mantinha seus dois proprietários como reféns.

Fez esclarecimentos em relação a "equívoco extremamente irrelevante" no depoimento prestado pela testemunha Dirceu de Oliveira, que reconheceu Henrique em audiência, apesar de Henrique, um dia antes, ter sido preso em Caraguatatuba, local no qual a testemunha não havia atuado na perseguição policial, entendendo que a contradição da testemunha "deve ser relevada, pois em nada contribui para macular a prova produzida nos autos".

Concluiu que os réus, "de forma livre, voluntária, consciente, perpetraram conduta tipificada no art. 2º, § 2º, Lei 12.850/2013 e no art. 157, § 2º, I, II e V, c/c art. 29, do Código Penal", que infringiram a ordem jurídica, sem qualquer causa justificadora e com consciência plena da ilicitude dos seus atos.

Em relação à fixação da pena, alegou que todos os denunciados, com exceção de Sílvio, possuem maus antecedentes penais, fazendo considerações sobre a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime, que sustentou ser desfavoráveis, indicando quantum da pena base dos delitos que entende correta.

Requereu, também, a aplicação das circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, incisos I e II, "d", do Código Penal, pela existência de reincidência e pelo fato do crime ter sido praticado com emprego de explosivos.

Por fim, requereu a aplicação de causa de aumento de pena prevista no § 2º, do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, na graduação máxima visto que os denunciados fizeram uso de arma de fogo de grosso calibre e de inúmeras outras armas distribuídas, como pistolas e revólveres, entre os integrantes e a aplicação da causa de aumento prevista no § 2º, incisos I, II e V, do artigo 157 do CP.

A defesa do réu Sílvio Silvério de Souza Júnior, representada por defensor regularmente constituído, apresentou memoriais (fls. 1719/1733), fazendo considerações sobre como os fatos ocorreram na sua visão, indicando, em síntese, a responsabilidade pelo crime de indivíduo de nome "COE", que organizou o delito e "mandou" o acusado "puxar o bonde" e que, durante a fuga, obrigou-o a ficar com os demais na mata. Que nada foi encontrado com o acusado no momento da abordagem, que se entregou espontaneamente.

Em relação ao mérito, alegou que "não possuía qualquer dolo nos fatos praticados pelos demais acusados, pois sequer sabia das intenções destes", requerendo, em caso de eventual reconhecimento de sua participação, que seja reconhecida que foi de menor importância, sob alegação de que não tinha o domínio do fato, aplicando causa de diminuição de pena nos termos do artigo 29 e § 1º do CP, citando doutrina e jurisprudência que entendeu pertinentes.

Fez considerações sobra à fixação do regime prisional, que não pode ser mais severo em razão da gravidade abstrata do crime, segundo jurisprudência do STJ, indicando que a grave ameaça é elemento do tipo e "o emprego de arma é circunstância elementar da qualificadora".

Finalizou, requerendo seja considerado a primariedade, a colaboração com a Justiça, a participação de menor importância para a "aplicação da Pena no mínimo legal, com a diminuição da pena em grau Máximo".

Por certidão de fl. 1736 verifica-se que, com exceção do réu Sílvio, as defesas dos demais réus não apresentaram memoriais no prazo legal, sendo determinada nova intimação para tanto (fl. 1737).

Foram apresentados memoriais de defesa em favor de Laércio Antonio de Siqueira Júnior e Phelipe Santos Ribeiro (fls. 1738/1745). Alegaram que "não há prova robusta que aponte com a certeza absoluta que se exige o Direito, a real autoria dos delitos descritos na denúncia".

Fizeram considerações sobre as alegações da acusação em relação aos depoimentos prestados de forma uníssona, considerando-os verdadeiros. Afirmaram categoricamente que não cometeram os delitos descritos na denúncia e que só se deslocaram a pedido de uma pessoa chamada Julio, que "havia ligado solicitando ajuda para ir embora da cidade, não informando o motivo".

Reafirmaram a ausência de provas concretas da participação no delito e que as filmagens existentes e as testemunhas não indicam quem são os agentes do delito, sendo ônus da acusação "a obrigação de provar o que alega", o que não foi feito, sendo que a autoria alegada "não passa de mera especulação sem qualquer comprovação durante o contraditório", e que a acusação está se valendo de "meros indícios". Citaram doutrina e jurisprudência que entenderam pertinentes.

Em relação à acusação de participação em organização criminosa, sustentaram que a denúncia não descreveu, e não houve comprovação nos autos durante a instrução criminal da existência de "vínculo consistente entre os denunciados" para tal comprovação.

Ao final, requereram a absolvição dos acusados "pela total ausência de provas".

Em 16/03/2015, foi apresentado requerimento de restituição do veículo Fiat - Palio Fire Economy - ano/modelo 2013, cor prata, placa FIZ 2673, que foi autuado em apartado e distribuído por dependência ao presente feito, sendo registrado sob nº 0000336-82.2015.403.6135.

A defesa constituída de Henrique Santana Rocha apresentou seu memorial defensivo (fls. 1746/1778), no qual fez breve relato dos fatos, consignando que o acusado Henrique "jamais deveria ter sido processado e, por conseguinte, não deverá ser condenado, uma vez que não praticou as nefastas condutas descritas".

Em preliminar, alegou a existência de nulidade, consistente da inépcia formal de denúncia, sustentando que não cumpriu os requisitos do artigo 41 do CPP, visto que "tão somente traz à baila informações genéricas sobre a empreitada criminosa, não consignando o papel de cada denunciado nos fatos em debate". Citou doutrina e jurisprudência que entendeu aplicável, sustentando que tais falhas impediram o acusado de exercer o direito de defesa. A seu ver, a denúncia sequer poderia ter sido recebida, devendo ser reconhecida a "inépcia da exordial acusatória".

Em relação ao mérito, alegou que a acusação "não merece lograr êxito". Entendeu não comprovados todos os requisitos constitutivos para reconhecimento da existência de organização criminosa, citando doutrina a respeito da matéria. Fez menção e esclarecimentos sobre a necessidade de haver prova inequívoca da reunião de pessoas, estável e permanentemente, estruturada, com clara divisão de tarefas, o que, entende, não restou comprovado nos autos, nem que os acusados "se reuniam para a prática de outros crimes", e que "no máximo, pode existir um concurso eventual de pessoas".

No que se refere ao delito do roubo triplamente qualificado, também negou a participação do acusado em seu cometimento. Alegou, conforme teor do interrogatório judicial, que estava no Guarujá no dia dos fatos e somente se deslocou para Caraguatatuba em razão de ligação recebida de Thompson, que solicitou "que em nome da amizade de ambos fosse buscá-lo nas proximidades do Centro de Detenção Provisória de Caraguatatuba/SP". Prosseguiu, sustentando que "um rapaz lhe trouxe o telefone já com o THOMPSON na linha, mas não sabe o nome dele" e que "segundo a orientação de seu amigo de infância, o defendido se embrenhou na estrada ao lado do CDP de Caraguatatuba/SP e depois de alguns metros encontrou uma barreira policial".

Alegou que não portava a quantia de R$ 5.025,00, que foi torturado num matagal pelos militares que efetuaram sua prisão e que foi uma amiga de nome Melissa quem o levou até as

imediações do CPD.

Indicou a contradição entre o testemunho do Tenente da Polícia Militar, Dirceu de Oliveira, que o reconheceu como ter sido preso em Biritiba-Mirim, quando já estava detido em Caraguatatuba, concluindo que "o defendido está sendo sincero com esse Douto Juízo ao asseverar que não tem qualquer envolvimento com o roubo", e "que tudo não passa de uma trama dos policiais", que, inclusive, fizeram perguntas sobre fuga ocorrida no ano de 2007 com vítima policial que "sequer existia pertinência para a consignação dessa pergunta".

Pugnou pela aplicação do artigo 155 do CPP, sustentando a ausência de provas produzidas em contraditório judicial que indiquem sua participação no delito, apontando jurisprudência e citações doutrinárias indicadoras da impossibilidade de uma condenação baseada exclusivamente em provas orais obtidas no inquérito policial, bem como a parcialidade dos depoimentos prestados por agentes policiais sem confirmação de terceira pessoa.

Concluiu que não há comprovação inequívoca da autoria e culpabilidade, não havendo possibilidade de se condenar "baseado em provas parcas e frágeis".

Manifestou-se também sobre a causa de aumento de pena referente à restrição da liberdade da vítima, em caso de eventual condenação pela prática do roubo, entendendo que tal circunstância deve ser aplicada ao autor do roubo que "além do mínimo indispensável para assegurar o produto da subtração, detém a vítima em seu poder". Sustenta que, no caso dos autos, a liberdade foi restringida "tão somente para a realização do intento pretendido", que foi a subtração dos bens almejados, não devendo ser aplicado a causa de aumento referida.

A defesa do acusado Anilson encaminhou suas alegações finais por meio de fac-símile (fls. 1781/1784), em 25/03/2015, e não apresentou os originais no prazo legal (fl. 1785), sendo necessária a determinação de intimação da i. patrona a apresentá-los (fl. 1786), que só veio a ser cumprido em 15 de abril de 2015 (fls. 1788/1791).

Na referida manifestação, alegou, em síntese, não existir "provas sobra a participação do acusado na empreitada descrita na denúncia, tanto é que a acusação preferiu tecer comentários sobre os fatos apurados na cidade de Mogi das Cruzes/SP, ao invés de explorar o que há no processo, demonstrando assim a fragilidade probatória".

Sustentou que o acusado, usufruindo de seu direito constitucional, preferiu permanecer calado em seu interrogatório e que não foi reconhecido pelos Policiais Militares ouvidos em Juízo. Alegou que as filmagens juntadas e os depoimentos das testemunhas não apontam os autores do delito e que a questão relativa ao roubo da Kombi não está sendo tratada no presente feito.

Asseverou que é ônus da acusação produzir provas para sustentar a condenação, nos termos do artigo 156 do CPP, o que, a seu ver, não foram produzidas, requerendo a improcedência da ação penal, com a absolvição do acusado. Trouxe à colação jurisprudência que entendeu aplicável.

Com a apresentação dos memoriais das partes, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

O Ministério Público Federal requer a condenação dos réus por incursos nas seguintes condutas delituosas:

> Organização Criminosa - Lei nº 12.850/13:
> Art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.
> ...
> § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

A organização criminosa é definida no § 1º do artigo 1º da referida lei que dispõe:

> Art. 1º - Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.
> § 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.
>
> Roubo
> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
> ...
> § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:
> I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;
> II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
> ...
> V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Em primeiro lugar, passo à apreciação da preliminar de inépcia formal de denúncia levantada pela defesa do acusado Henrique, que alegou desrespeito aos requisitos do artigo 41 do CPP, pois, ao inicial acusatória "tão somente traz à baila informações genéricas sobre a empreitada criminosa, não consignando o papel de cada denunciado nos fatos em debate".

Não há inépcia da denúncia. Houve descrição suficiente das condutas e circunstâncias fáticas atribuídas aos acusados, incluindo Henrique, permitindo e possibilitando ao mesmo ter conhecimento das razões pelas quais está respondendo em juízo pela prática de condutas típicas que lhes são atribuídas. Tanto é assim que se defendeu tecnicamente até o atual estágio processual, sendo rigorosamente observados os primados da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos crimes de autoria coletiva, multitudinário ou praticados em concurso de pessoas, nos quais se revelem de difícil individualização a conduta de cada participante, é admissível a inicial acusatória de forma genérica, sendo prescindível a descrição pormenorizada da atuação de cada um dos agentes.

Não houve qualquer prejuízo processual face à apresentação de diversas teses defensivas pelo acusado, inclusive em seu interrogatório, dando sua versão quanto à prisão efetuada e o motivo de seu deslocamento da cidade do Guarujá até Caraguatatuba, pois a denúncia deixou claro o porquê o acusado está sendo processado criminalmente.

Afastada a preliminar de inépcia da inicial, verifico a presença dos regulares os pressupostos processuais e das condições da ação.

Tendo o processo tramitando observando-se o devido processo legal e a ampla defesa, passo a análise do mérito.

Em relação ao delito de roubo, descrito no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP, a materialidade delitiva está devidamente comprovada.

No entanto, não verifico comprovada a materialidade do crime de organização criminosa, descrito no artigo 2º, § 2º, c/c artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, nem a ocorrência da hipótese descrita no inciso V, do § 2º, do artigo 157 do CP.

- Da Organização Criminosa

A comprovação de participação de indivíduo em promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, requer, em primeiro lugar, a comprovação da existência da própria organização criminosa caracterizada, nos termos da lei, pela associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Contudo, da análise das provas produzidas nos autos, não ficou demonstrada a associação dos denunciados "de forma organizada, estruturada, estável e com distinção de tarefas".

O tipo penal indica ser indispensável o caráter estável e permanente para a prática de infrações penais graves, visto com penas máximas superiores a quatro anos.

No caso concreto, apesar do modo de agir se similar a diversos delitos cometidos recentemente, inclusive da região de competência territorial deste Juízo. Tal fato não demonstra a existência, por si só, a participação dos acusados em organização criminosa.

Há indícios de preparação prévia para o delito como a subtração de veículos, a cooptação de morador do local com conhecimento das vias de acesso e saída, a "arregimentação" de pessoas para a prática do delito, a separação e preparação de armamento e explosivos e a forma organizada que o grupo se portou.

No entanto, é natural neste tipo de delito que haja preparação prévia dos agentes para sua prática, dada sua complexidade e forma de atuação, o que já é tratado pelo legislador ordinário, ao incluir como circunstância agravante ou causa de aumento de pena no próprio Código Penal.

Para a comprovação da organização criminosa, delito autônomo, se exige mais, ou seja, a comprovação, sem sombra de dúvidas, da existência de uma "sociedade do crime", em que seus participantes têm funções, atribuições, de modo que "sejam parte de um todo", mediante a prática de infrações penais.

Não há indicação pelo órgão acusatório, dentre as provas produzidas, de qual estruturação e organização se verificou, ou as atribuições de cada um dos denunciados ou de outrem na referida organização e quais infrações penais foram ou estão sendo cometidas.

Há dúvida razoável, que permanece mesmo depois da análise detida dos elementos probatórios colhidos, sobre a existência de associação criminosa, como descrita na Lei nº 12.850/13.

Assim, com base nos elementos colhidos durante a instrução processual, não é possível conduzir à certeza de que praticaram tal delito, restando evidente a inexistência da materialidade do delito, e, de conseguinte, a autoria e responsabilidade penal dos corréus pela prática do delito descrito no artigo 2º, § 2º, c/c artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, sendo a absolvição medida que se impõe nos termos do artigo 386, do Código de Processo Penal.

- Do Crime de Roubo com utilização de explosivos e das causas especiais de aumento de pena

As provas colhidas convergem para a certeza da materialidade do delito de roubo com utilização de explosivos, bem como da existência das circunstâncias indicadas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157. Em relação ao inciso V não verifico a existência de elemento nos autos a considerá-la.

Restou comprovado, que na madrugada em 15 de março de 2014, vários indivíduos organizados e armados, adentraram no Shopping Serramar, renderam funcionários mediante de grave ameaça e procederam a roubo de caixas eletrônicos e diversos estabelecimentos comerciais, nos termos do Boletim de Ocorrência nº 1481/2014 (fls. 08/14).

Os veículos utilizados tinham placas adulteradas, sendo um produto de furto em 16/02/2014 (VW/Space Fox – BO nº 5629/14), outro produto de roubo em 17/02/2014 (Honda/Civic – RDO nº 656/14 – DP de Bertioga), e o último com queixa de estelionato em 10/02/2014 (Toyota/Corolla – RDO nº 15/14 – 2º DP DIG/DEIC).

Para chegar ao Shopping, utilizaram estrada vicinal, passando por dentro de propriedade denominada "Fazenda Serramar", onde renderam funcionários e seguranças, subtraindo arma de fogo e colete balístico. Dentro do grupo havia elemento com conhecimento das vias existentes na região. No seu depoimento, a testemunha Marcelo Dias Vicente (fls. 1381/1383) relatou com clareza que foi rendido por grupo, com cerca de quinze indivíduos, armados com pistola e fuzil, permanecendo assim até o final da ação criminosa. Relatou também que não houve violência física e que se ouviram disparos e explosões vindos do shopping.

Foram rendidos os funcionários e vigilantes em serviço. Conforme depoimento, Washington Gonçalves da Silva, vigilante do Shopping (fls. 1378/1380), informou ter sido rendido sem qualquer ato de violência física e ter ficado juntamente com os outros rendidos. Prosseguiu relatando que o grupo era organizado, com membros empunhando fuzil e que foi indagado sobre a localização da loja GoldFinger.

Com a situação sob controle, o grupo procedeu a subtração, com ajuda de explosivos, de numerário dos caixas eletrônicos do Banco Santander, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil e do Bradesco, com subtração de R$ 283.634,00, conforme declarações dos representantes do Banco do Brasil (fls. 344/345), Bradesco (fls. 347/348), Santander (fls. 351/353) e CEF (fls. 354/357).

Na mesma ação, foram invadidas as lojas TIM, Relojoaria Gold Finger, Ótica e Relojoaria São Sebastião, Relojoaria Suiça e Lojas Americanas, que tiveram objetos subtraídos. Fatos comprovados pelo gerente geral do Shopping (fl. 252), e pelos representantes da Ótica e Relojoaria São Sebastião (fl. 214), das Lojas Americanas (fls. 226/229 – RDO nº 1509/2014) e da empresa Goldfinger (fls. 422/423 e fls. 525/537).

A ação criminosa também foi bem relatada por outros funcionários do Shopping (fls. 215/225) e gravada pelo circuito de gravação do shopping, com algumas imagens reproduzidas às fls. 794/814 e com laudo pericial de imagens de fls. 1415/1479. Tais provas atestam cometimento do delito por mais de duas pessoas e como foram realizadas as abordagens, a condução e guarda de reféns com arma longa em punho, a invasão e movimentos dentro estabelecimento comercial com disparos de arma de fogo e a utilização de explosivos.

Os laudos periciais realizados (fls. 898/917 e 978/980) indicam o local de ingresso do grupo, as munições deflagradas, os caixas eletrônicos danificados pelas explosões, os danos causados nas vitrines e dependências das lojas e do estabelecimento comercial, em decorrência dos arrombamentos, das explosões e dos disparos de arma de fogo.

Os relatos das vítimas e testemunhas, os resultados de perícias, as munições deflagradas apreendidas e as fotos do local dos crimes com "furos" de projéteis de arma de fogo fazem

prova inequívoca da potencialidade lesiva dos armamentos utilizados pelos criminosos.

Tendo o delito sido praticado em concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize arma de fogo, para tal causa de aumento que se estenda aos demais, o que ocorreu no presente caso. O mesmo ocorre com a utilização de explosivos pelo grupo criminoso.

Restou, portanto, plenamente comprovado que o roubo foi praticado em concurso de duas ou mais pessoas (inciso II) e que houve utilização de armas de fogo, inclusive de uso restrito, com potencialidade lesiva (inciso I). Também plenamente comprovado que houve utilização de explosivos na ação criminosa, causando danos nos caixas eletrônicos, a fim de subtrair seu numerário, e, também, nas instalações do shopping e nas lojas localizadas ao redor.

Terminada a ação, saíram do local organizadamente e empreenderam fuga utilizando vias secundárias "pelos fundos da fazenda" (fls. 1381/1383).

Neste momento, forças policiais, alertas pelo ocorrido, já estavam de prontidão e deram início à perseguição pela estrada nos fundos da fazenda. Os veículos utilizados na ação foram abandonados (fls. 16/17) e os fugitivos adentraram na mata a pé.

Com a localização do grupo criminoso, a ação policial se intensificou, mas, mesmo com o cerco policial, o grupo não se entregou e evadiu-se pela mata.

Nos dias seguintes, com o incremento de novas equipes na perseguição, o cerco se aproximou dos criminosos. Houve prisão de alguns que se entregaram e confrontos armados com outros, que se recusaram peremptoriamente a se entregar. Os óbitos e prisões foram objeto da lavratura de diversos boletins de ocorrência.

A perseguição policial teve início em Caraguatatuba e estendeu-se até o município de Biritiba-Mirim no dia 18 de março de 2014. Ao término, tinham sido detidos dois indivíduos em Caraguatatuba e três em Biritiba-Mirim. Houve dez óbitos de pessoas envolvidas no delito, a saber: José Wellington Rodrigues Rocha, Julio Souza da Silva, Tompson Silva de Oliveira, Roberto Urias Fernandes, Eduardo Rodrigues Rebouças, Gustavo do Rio Vilarrubia Belem, Leandro Rodrigues Costa, Wellinton de Almeida Santos dos Ramos, Bruce dos Santos Dias, Rodolfo Sufredini de Morais e Flávio dos Santos.

Durante a fuga, outros delitos foram praticados, ficando a respectiva apuração, processamento e julgamento sob a competência do d. Juízo estadual do local dos fatos.

Também foram apreendidos diversos objetos relacionados ao crime e recuperado parte do produto do roubo, conforme fls. 25/27 (BO nº 1487/2014 – DP Caraguatatuba), fls. 45/48 (BO nº 1490/14 – DP Caraguatatuba), fls. 119/137 (BO nº 1496/2014 – DP Caraguatatuba), fls. 153/167 (BO nº 1499/2014 – DP Caraguatatuba) e fls. 230/235, fls. 324/339 (BO nº 161/2014), fls. 324/339 e fls. 417/421.

Assim, comprovado, a ocorrência de roubo majorado nos termos do artigo 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, que grupo de indivíduos, com cerca de quinze componentes, empunhando armas (pistolas e armas longas), mediante grave ameça, renderam funcionários da Fazenda e Shopping Serramar, e, adentrando no shopping, subtraíram numerário de quatro caixas eletrônicos, com utilização de explosivos, e objetos de cinco lojas, disparando projéteis durante a ação.

Configurada e plenamente provada a utilização de explosivos no cometimento do delito, havendo pelo menos três explosões (fls. 219, 902/906 e 1415/1479) que causaram violenta deslocação e destruição de matérias ao redor, é de se aplicar a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, *sendo cabível a aplicação do aumento da pena correspondente, na segunda fase da aplicação da pena*.

Conforme entendimento exposado na Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, há

necessidade de fundamentação própria para a incidência das majorantes do crime de roubo.

Em ação "cinematrográfica", os agentes, em número bem superior a dois indivíduos, com cerca de quinze devidamente identificados, se mostraram devidamente organizados, coordenados e preparados para empreender atos criminosos, com prévio planejamento, ousadia e "profissionalismo" durante a prática, com conhecimento e clara intenção dos objetivos do delito, subtração de numerário de caixa eletrônico e de objetos de lojas específicas. Caracterizada, então, o concurso de duas ou mais pessoas previamente organizadas, com objetivos claros e específicos, conforme descrição do inciso II do art. 157 do Código Penal.

Configurada a situação descrita no inciso I do art. 157. Os autores do crime portavam armas, algumas de uso restrito (armas longas), mediante grave ameaça, com exteriorização de intenção de uso, apontando-as para render diversos funcionários, subjulgando-os, para "controlar o local e situação" e obter êxito na ação.

Além da demonstração e exteriorização para subjugar entual resistência, o armamento também foi utilizado com efetivação de disparos dentro do shopping, conforme relatos dos rendidos, cápsulas encontradas no local e laudos técnicos, demonstrando eficiência e potencialidade lesiva.

Em relação ao previsto no inciso V, do § 2º do art. 157, não está configurada a causa de aumento de pena. Apesar de comprovada que os autores renderam e subjugaram funcionários da Fazenda Serramar e do Shopping, tal ação transcorreu dentro do mínimo necessário para a prática do verbo do tipo, não havendo restrição de liberdade em momento superior ao mínimo necessário para a prática criminosa.

Os rendidos foram liberados ao término da ação criminosa e, apesar do "impacto" causado, foram tratados com respeito, conforme depoimentos prestados pelos funcionários e vigias. Não foram feitos como reféns, assediados ou maculados, assim não caracterizada a restrição à liberdade por tempo juridicamente relevante, visto que a grave ameaça foi aplicada nos limites para a prática do roubo cometido, sem extrapolação dos limites do verbo descrito no tipo penal. Entendimento diverso levaria à aplicação de tal qualificadora em todos os roubos, configurando responsabilização objetiva vedada no nosso sistema penal.

Comprovada, portanto, a existência de duas causas especiais de aumento concorrentes (o concurso de pessoas e o emprego de arma), mostra-se *cabível a fixação do aumento em percentual acima de 1/3*, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, as circunstâncias fáticas apuradas conforme acima indicado, *que ficará no percentual de 3/8*.

Veja-se a jurisrpudência:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE MAJORANTES. FIXAÇÃO DO QUANTUM DO AUMENTO DA PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME INICIAL.
> — *Não há ilegalidade, por falta de fundamentação, se o acórdão increpado fixa o aumento da pena base em três oitavos, considerando a incidência de duas majorantes (as dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP) e também a conduta do réu na execução do delito.*
> — Na determinação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter com consideração, além da quantidade de pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP).
> — Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado
> se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o semiaberto, e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena base, foram tidas como favoráveis ao réu.
> — Precedentes.

— Writ parcialmente concedido. (HC 10042 – SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/09/1999, D.J.U. de 18/10/1999, p. 00246).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (RESP 218143 – SP) RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. QUALIFICADORAS. DUPLICIDADE. AUMENTO. REGIME PRISIONAL.
1. *No caso de roubo praticado com uso de armas e concurso de agentes, não há obstáculo legal e o entendimento pretoriano admite o aumento da pena-base até metade, dada a duplicidade de qualificadoras. Precedentes do STJ e STF.*
2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 218143 - SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 26/03/2001, D.J.U. de 16/04/2001, p. 118, JBC 41/343).
- Grifei -.

Comprovada a materialidade delitiva do delito previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, com a utilização de explosivos no cometimento, bem como das causas especiais de aumento de pena previstos nos incisos I e II do § 2º

Passo à análise da autoria delitiva.

Os fatos narrados na denúncia em relação ao crime de roubo circunstanciado foram comprovados, nos termos e limites acima delineados, assim como a autoria pelos denunciados.

Terminada a ação criminosa no shopping, o grupo saiu do local do delito sem quaisquer obstáculos ou impedimentos. Porém, quando transitavam por vias acessórias, "pelos fundos da fazenda", foram descobertos por forças policiais. Foi realizado cerco e perseguição policial intensos, com participação de inúmeros agentes, viaturas e apoio aéreo.

Em razão da perseguição policial, o grupo abandonou os veículos utilizados na ação e adentaram em mata fechada, buscando evadir-se e garantir a impunidade pela prática criminosa, ali permanecendo por uma noite (do dia 15 ao dia 16 de março).

Houve dispersão dos autores, individualmente ou em pequenos grupos, que continuaram a serem perseguidos e, um a um, localizados e encontrados.

No dia 16 de março foram localizados e presos os denunciados *Henrique Santana Rocha e Silvio Silveira de Souza Júnior*. Na fase policial os dois confessaram participação no delito, indicando, inclusive, quais seriam suas atribuições no grupo. Com Henrique foi apreendido o valor de R$ 5.025,00.

Na fase judicial, *Silvio* também confirmou sua participação no delito, porém omitiu detalhes e informações sobre a participação dos outros coautores.

Já *Henrique*, mudou totalmente o declarando em seu interrogatório policial, alegando ter sido torturado e ameaçado de morte, e obrigado a confessar sua participação no delito, mas em Juízo deu uma versão absolutamente inverossímil em diversos aspectos.*Henrique* não nega ter sido preso em Caraguatatuba e não possuir qualquer vínculo (pessoal ou profissional) com a região. Na tentativa de justificar sua presença no local de sua prisão, alegou que coautor do delito e morto na ação (Thompson), havia lhe telefonado e pedido ajuda. O pedido de ajuda veio por intermédio de telefone de pessoa que não o conhece. Atendendo o pedido de ajuda, se dirigiu a Caraguatatuba com veículo de sua amiga de nome Melissa, mas não sabe nenhum detalhe da mesma, apesar de ser íntimo a ponto de se prontificar a "dar carona" do Guarujá para Caraguatatuba.

Quando foi detido, em local no qual havia cerco policial, estava sozinho, nada havia sobre "Melissa" naquele momento e não qualquer elemento nos autos que demonstrem a existência dessa pessoa, que sequer foi arrolada como testemunha pelo réu.

Henrique, pessoa moradora do Guarujá, desempregado, sem qualquer vínculo ou justificativa legítima de estar em Caraguatatuba, apresentou uma frágil e inverossímil justificativa para estar em plena mata em meio do cerco e perseguição policial. Sua versão não é corroborada por qualquer outro meio de prova, evidenciando que estava em fuga no momento da prisão.

Em síntese, o acusado *Henrique* participou do delito, tentou fuga juntamente com os demais autores, que só não foi possível em razão de intervenção e cerco de forças policiais. Ao tentar sair do local, furtivamente, foi preso com quantia incompatível com sua situação de desemprego (R$ 5.025,00). No interrogatório policial, forneceu detalhes sobre o crime cometido, e sobre a função que desempenhou (fls. 51/53). Inclusive fez reconhecimento por fotografia de José Wellington Rodrigues Rocha, também levado a óbito na fuga, como sendo seu amigo conhecido por "Véio".

Equipes policiais, com auxílio de helicóptero, em perseguição e rastreamento, localizaram outros participantes do delito, que resistiram à prisão. Os autores do crime não se entregaram e enfrentaram as forças policiais que estavam aos seus encalços (fls. 40/44, 138/143 e 153/156 e 168/175). Durante os enfretamentos com os políciais, outros participantes do delito foram a óbito (Julio de Souza da Silva, Tompson Silva de oliveira, Roberto Urias Fernandes, José Wellington Rodrigues, Wellington de Almeida Santos, Gustavo do Rio Vilarrubia e Leandro Rodrigues Costa), em razão de confronto, conforme já assinalado.

Iniciada a perseguição policial nos limites da cidade de Caraguatatuba, e com parte dos autores em fuga sem se entregarem, buscando de qualquer forma se evadirem. Na manhã de 18/03/2015, houve roubo do veículo Fiat Pálio Fire Economy (cor prata, 2013, placa FIZ 2673), por cinco ou seis indivíduos armados (fls. 364/369), e, após, do veículo VW Kombi (cor branca, 2013/2014, placa OQL 1356), por cerca de seis indivíduos (fls. 370/373), na localidade denominada Estrada do Rio Pardo, fugindo em direção à cidade de Salesópolis/SP.

Os enfrentamentos e trocas de tiros entre forças policiais e os autores do delito duraram até 18/03/2015, com a prisão dos demais denunciados *Phelipe Santos Ribeiro, Anilson de Oliveira Santos e Laércio Antonio Siqueira Junior,* na cidade de Biritiba-Mirim, sendo mortos Flávio dos Santos, Rodolfo Suffredini de Morais e Bruce dos Santos Dias.

Os denunciados *Phelipe, Anilson e Laércio* acabaram presos em Biritiba-Mirim, sendo que Anilson e Laércio foram presos dentro do SAMU local, onde haviam feito como refém Marina de Souza Rosa, e Phelipe foi preso no interior da residência do morador Antonio da Silva Alves (fls. 662/680, 736/737 e 789/792).

Os crimes cometidos durante a fuga, principalmente os ocorridos nos municípios de Salesópolis e Biritiba-Mirim, são de competência dos Juízos competentes pelos locais dos fatos (Mogi das Cruzes), visto haver secção de liame entre o roubo consumado tratado nos autos e os outros delitos cometidos.

A tentativa desenfreada de fuga e a chegada em Biritiba-Mirim foi de tal ponto "espetacular" que teve cobertura televisiva ao vivo, inclusive havendo imagens claras dos denunciados *Phelipe, Anilson e Laércio,* conforme mídia digital de fl. 1639.

Phelipe, Anilson e Laércio nada declararam perante a Autoridade Policial, exercendo direito constitucional ao silêncio (fls. 681, 691 e 789/792).

Em Juízo, *Anilson* manifestou seu desejo de permanecer calado em interrogatório (fls. 1399/1400), não apresentando sua versão dos fatos.

Phelipe (fls. 1396/1398) negou participação no delito, mas apresentou frágil justificativa para sua presença na região. Alegou que, em 18 de março, Mariana, namorada de Julio de Souza

da Silva, morto na ação e padrinho de seu filho, pediu ajuda para buscar Júlio na estrada de Rio Claro. Aceitou o pedido de ajuda, pois era próximo e devia favores ao casal.

Na sua versão, quando se dirigia para a estrada de Rio Claro acompanhado do corréu *Laércio*, em um Pálio de sua propriedade, com ajuda do GPS, foram abordados por quatro fugitivos fortemente armados no interior da Kombi. Os fugitivos teriam reconhecido a placa do município do Guarujá e pararam o Palio, ordenado que Phelipe e Laércio entrassem na Kombi. Após entrarem na Kombi, houve forte troca de tiros e colisão, Phelipe levou tiro na perna e fugiu sozinho, escondendo-se na casa onde foi preso.

Laércio, também negou qualquer participação no delito, limitando-se a dizer que, no dia 18 de março, acompanhou *Phelipe*, que passou desesperado em sua casa pedindo para acompanhá-lo, para ajudar um amigo ferido de nome Júlio, sem dar maiores detalhes. Na sua versão, os dois foram até a estrada Rio Claro em um Palio com utilização de GPS e foram parados por pessoal que estava em uma Kombi e obrigados a ingressar em tal veículo. Entraram na Kombi, pois pensavam que Júlio estivesse no veículo. Laércio foi obrigado pelo grupo a dirigir a Kombi. O veículo passou por bloqueios policiais em meio a intensos tiroteios. Teve de acelerar o veículo até colidir. Não estava armado, ficou ferido e fugiu da Kombi por medo de morrer, seguindo dois fugitivos que pegaram uma senhora como refém no SAMU, tendo abraçado a refém como forma de proteção.

As versões apresentadas por *Phelipe* e *Laércio* mostram-se absolutamente inverossímeis. Para tentar justificar suas prisões e afastar o vínculo ao roubo cometido e posterior perseguição, sustentam que se deslocaram da cidade do Guarujá até a estrada do Rio Claro, para ajudar Júlio, utilizando veículo Palio e GPS de propriedade de *Phelipe*. Prosseguem sustentando que pessoas dentro da Kombi os abordaram, pois a placa do seu veículo é do Guarujá, e os obrigaram a ingressar na Kombi, inclusive obrigando Laércio a dirigi-la até a colisão. Relatam intensa troca de tiros com força policiais.

Foge do razoável e beira o absurdo as versões apresentadas. Não há qualquer prova produzida nos autos que forneçam mínimo suporte ao declarado.

Não foi apresentado sequer documento de propriedade do veículo Palio, que alega ser de sua propriedade, ou o "GPS utilizado" para perícia, sendo certo que o único veículo Pálio localizado e apreendidos nos autos por forças policiais, foi objeto de roubo por meliantes (fls. 364/369), na estrada das Antas. Tal veículo foi recuperado com marcas de tiros e é objeto de pedido de restituição em autos apartados.

Pelo contrário, as provas coligidas indicam e fornecem certeza que *Phelipe, Anilson e Laércio* participaram do delito, tentaram fuga juntamente com seus comparsas, resistiram à prisão com violência ao cerco de forças policiais. Nas imagens contidas na mídia digital de fl. 1639 do final do cerco policial, quando ainda mantinham refém, é possível identificar, sem sombra de dúvidas, as mesmas pessoas também submetidas ao interrogatório judicial.

Importante ressaltar o evidente equívoco do depoimento da testemunha e policial Dirceu de Oliveira (fls. 1387), que confundiu os acusados *Anilson de Oliveira Santos e Henrique Santana Rocha*. Os acusados presos em Biritiba-Mirim foram *Laércio e Anilson*, pois Henrique já havia sido preso anteriormente.

Esclareço o equívoco do depoimento. Primeiro, foram presos os ora acusados *Silvio Silveiro de Souza Junior e Henrique Santana Rocha*. Posteriormente, os outros três ora acusados foram presos na cidade de Biritiba-Mirim. Após fuga em uma Kombi e intensa troca de tiros com polícias, *Anilson e Laércio* foram presos em frente ao SAMU de Biritiba-Mirim, onde se renderam após terem mantido com refém Marina de Souza Rosa (depoimento fls. 680) e um

intenso tiroteio. Na mídia juntada por CD (fls. 1639), consta o vídeo e fotos da rendição de *Anilson e Laércio* em frente do Samu. A refém Marina reconheceu os dois em seu depoimento. A testemunha Dirceu de Oliveira confundiu a identidade de *Anilson* com a de *Henrique*, razão pela qual deve, neste ponto, ser desconsiderada por estar em desacordo com toda a prova colhida.

Assim, resta claro neste crime de autoria múltipla, que os denunciados participaram da empreitada criminosa.

Apesar do silêncio de *Anilson*, a retração da confissão extrajudicial de *Henrique* e as versões apresentadas por *Phelipe e Laércio*, as provas testemunhais colhidas em juízo, os depoimentos coletados durante a investigação policial, os laudos periciais e as provas indiretas colhidas formam um conjunto probatório sério, robusto e coerente para comprovar a efetiva participação dos denunciados na ação delituosa descrita nos autos.

Estabelecidas tais premissas e comprovadas as autorias e materialidade, *passo a fixar a pena restritiva de liberdade e pecuniária dos réus* nos termos do artigo 68 do Código Penal, em vista da necessidade e da suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Em relação ao acusado Silvio Silveiro de Souza Junior

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais não constam apontamentos (fls. 1040, 1040-verso e 1062).

Em relação ao *grau de culpabilidade*, ressalto que Silvio foi recrutado especificamente para a ação devido aos seus conhecimentos do local do crime, pois os outros autores não eram de Caraguatatuba. Sua participação foi vital para a consumação do delito. Sem suas informações, a ação não teria ocorrido. Contudo, conforme o seu interrogatório, participou da ação, conduzindo um dos carros. Não foi o líder do grupo, mas teve um papel importante na conduta criminosa.

Quanto à *conduta social*, Silvio já foi professor no ensino médio e, quando dos fatos narrados na denúncia, trabalhava no restaurante da família. Foi o elemento local recrutado para a ação criminosa do grupo, basicamente formado por pessoas com vínculos no município do Guarujá. Tudo evidencia que a participação no crime teve caráter excepcional considerando a sua conduta e hábito sociais.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoopingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não há provas nos autos de que Silvio tenha uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa ou se foi uma participação isolada ou "um ponto fora da curva" na sua trajetória de vida. Não há dados concretos sobre sua personalidade que possam considerar tal circunstância em seu desfavor.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shopping center que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vitimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também á desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circustâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), *fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa*.

Tendo em vista que o réu denomina-se professor, atualmente ajudando no restaurante da família, arbitro cada dia-multa em *2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo* vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante ao crime previsto.

Aplica-se a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida, dada a utlização de explosivos por pelo menso 03 vezes.

Reconheço a atenuante da confissão ao acusado SILVIO, pois confessou o delito em interrogatório policial e judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal, apesar de suas limitações, pois se limitou a sua participação, não se abrangendo a participação de qualquer outro dos vários coautores vivos.

Em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, aplica-se a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

> Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, *a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes*, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Grifei.

Assim, no caso em apreço, considerando a existência de concurso de circunstâncias agravante e atenuante, e não havendo preponderância entre as mesmas, a pena permanece sem alteração nesta segunda fase da aplicação da pena.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando definitivamente a pena em:

- 7 (sete) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão e 119 (cento e dezenove) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que havendo condenação à pena superior à quatro e inferior a oito anos, o condenado não reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto. Em situações excepcionais, considerando especialmente as

circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial diverso.

Não vislumbro a excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, *fixo o regime semiaberto*, nos termos do artigo 33, § 1º, "b", e § 3º do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, I, do Código Penal.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

Em relação ao acusado Henrique Santana Rocha

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam alguns apontamentos (fls. 1035/1037, 1060 e 1327). As certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1324, 1325, 1358 e 1358-verso).

Apesar de indicar a existência de inquérito policial em curso sobre crime de latrocínio (nº 0008851-04.2007.8.26.0157 – 2ª Vara de Cubatão/SP – fl. 1358-verso), não se pode considerá-lo na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fls. 1324/1325. Porém há condenação com trânsito em julgado em 14/01/2013, indicando reincidência, que será analisada em momento próprio, visto que não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detém tal informação. A participação confessada por Henrique quando do seu interrogatório, detalhando sua atuação, não foi confirmada em Juízo.

Henrique, atualmente com 27 anos, vive com a mãe e os irmãos e faz bicos. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoopingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Henrique. Sua condenação pela prática de utros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outras circunstâncias legais (reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vitimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também á desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circustâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

Tendo em vista que o réu não tem emprego formal, sobrevivendo de "bicos", arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1324/1325. Verifico que Henrique foi condenado à 07 anos de reclusão e 10 dias –multa, pela pratica dos delitos descritos no artigo 121, § 2º, IV c.c. artigo 14, II do Código penal e no artigo 344 do Código Penal, com data do fato em 22/09/2006 e trânsito em julgado em 14/01/2013 (Processo nº 0007002-29.2006.8.26.0093 - Ordem nº 2006/000313 – 1ª Vara Judicial do Foro Distrital de Vicente de Carvalho).

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será acrescida de 3/8, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão e 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a oito anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias

judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, "a", § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação ao acusado Phelipe Santos Ribeiro

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1042/1045 e 1064), nas quais constam apontamentos. Certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1331, 1350 e 1642).

Apesar de indicar a existência de processos penais em curso sobre crime de furto (nº 0002320-84.2012.8.26.0266 – 2ª Vara de Itanhaém/SP – fl. 1331) e sobre o crime de homicídio tentado (nº 0003875-74.2014.8.26.0361- 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP), não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fl. 1642, sobre o delito de posse de drogas para consumo penal, que também não deve ser considerado, pelo tipo de delito cometido, e pela extinção da punibilidade nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detém tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Phelipe, atualmente com 24 anos, é casado com dois filhos, não tendo atualmente ocupação formalmente remunerada. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

O *motivo* do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoopingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgadas pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Phelipe. Os processos penais pelos quais responde não podem configurar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, considerando a presunção de inocência assegurada constitucionalmente. No entanto, a própria participação em ação criminosa tão sofisticada indica que Phelipe não é um iniciante.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao

roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vitimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também á desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circustâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

Tendo em vista que o réu não tem ocupação remunerada, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

Aplica-se a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a utilização de explosivos, circunstância agravante da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 1/6 (um sexto), passando a pena para 06 (seis) anos e 05 (meses) meses de reclusão e 101 (cento e um) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já exposta, fixando a pena em:

- 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 138 (cento e trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a 08 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, "a" e § 2º, "a", do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, I, do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

Em relação ao acusado Anilson de Oliveira Santos

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1052/1057 e 1068/1069), nas quais constam apontamentos. Certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1338, 1339, 1340, 1341/1342, 1343/1345, 1350 e 1362/1365).

Os apontamentos e certidões anexadas aos autos indicam a existência relevante de 03 condenações com trânsito em julgado:

- Processo nº 295/2001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida a sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, § 2º, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 19/09/2002 e data dos fatos em março de 2001. Consta que houve extinção da pena pelo cumprimento, com trânsito em julgado em 21/10/2011. (fls. 1338 e 1362/1365);

- Processo nº 671/2002 (5ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, *caput*, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 01/08/2003 e data dos fatos em outubro de 2002. Consta que houve extinção da pena pelo cumprimento, com trânsito em julgado em 21/10/2011. (fls. 1339 e 1362/1365); e

- Processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562 (6ª Vara Criminal da Comarca de Santos/SP) em que foi proferida sentença condenatória como incurso no crime descrito no artigo 10, *caput*, Lei nº 9.743/97, com trânsito em julgado em 24/09/2004 e data dos fatos em março de 2003. Consta que foi beneficiado por indulto, com trânsito em julgado em 15/07/2013. (fls. 1340 e 1362/1365).

Os demais apontamentos indicados não têm o condão de influir nos antecedentes do denunciado, não se podendo considerá-los na fixação da pena base, nos termos da Súmula 444 do STJ.

Cumpre asseverar que os processos descritos, pela data do cumprimento da pena (21/10/2011) ou pela data do indulto da pena (TJ em 15/07/2013) indicam a existência da reincidência.

No entanto, não se pode considerar os mesmos fatos (processos) para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente.

Assim, a sentença condenatória proferida no processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562, com trânsito em julgado em 24/09/2004, que tramitou perante a 6ª Vara Criminal de Santos/SP, e indulto presidencial concedido (Decreto nº 7873/12) com trânsito em 15/07/2013, será considerada apenas como reincidência.

As outras duas condenações acima descritas, serão consideradas neste momento como antecedentes desfavoráveis do denunciado.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detém tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Anilson, atualmente com 33 anos, vive com a companheira e filha e não tem atividade remunerada formalizada, informando ser pescador. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a circunstância judicial.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do

próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoopingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Anilson . Sua condenação pela prática de outros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outras circunstâncias judiciais e legais (antecedentes e reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vitimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também á desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circustâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 10 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 106 (cento e seis) dias-multa.

Tendo em vista que o réu denomina-se pescador, sem atividade remunerada, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1340 e 1362/1365 . Verifico que Anílson foi condenado a 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção e 14 dias–multa, pela pratica dos delitos descritos no artigo 10, "caput", da Lei nº 9.473/97, com data do fato em 01/03/2003 e trânsito em julgado em 20/09/2004 (Processo nº 0002560-73.2003.8.26.0562 - 6ª Vara Criminal da Comarca de Santos). Em execução, a referida condenação foi objeto de indulto presidencial, havendo trânsito em julgado da extinção da pena em 15/07/2013, não transcorrendo prazo superior a cinco anos até a prática do delito tratado nestes autos.

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos, 09 (noves) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 141 (cento e quarenta e um) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a 08 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, "a", § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação ao acusado Laércio Antonio Siqueira Junior

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigos 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas (fls. 1047/1050 e 1066), nas quais constam apontamentos. As certidões dos feitos foram juntadas (fls. 1333 e verso, 1334, 1336 e 1350).

Apesar de indicar a existência de processos penais em curso nos quais consta como réu (nº 0004602-68.2013.8.26.0587 e nº 0004603-53.2013.8.26.0587– Vara Criminal de São Sebastião/SP – fls. 1333 e verso e 1334; e nº 0003875-74.2014.8.26.0361- 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP), não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Resta o apontamento de fl. 1336, sobre o delito de tráfico de drogas, que será adiante considerado para fins de reincidência.

Em relação ao *grau de culpabilidade*, em uma ação coletiva de minucioso planejamento e com todos os autores encapuzados, fica impossível precisar a participação de cada um. Somente os próprios autores do crime detém tal informação. A conduta dos autores do crime é de reprovabilidade singular, pois as consequências e circunstâncias do delito vão muito além de um simples roubo.

Laércio, atualmente com 23 anos, vive com a companheira e dois filhos e não tem atividade remunerada formalizada, informando trabalhar no supermercado da irmã. Quanto à *conduta social*, não foi produzida prova adicional que possa avaliar em seu desfavor a cir-

cunstância judicial.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

O crime praticado tem *circunstâncias* muito singulares. Em uma ação cinematográfica, em plena madrugada, o grupo de cerca de quinze elementos mascarados e fortemente armados explodiu caixas eletrônicos, subtraindo o numerário, assim como várias lojas de um shoopingcenter. A ousadia e profissionalismo do grupo foram divulgados pelos meios de comunicação do país, o que fez aumentar ainda mais o sentimento de insegurança no município de Caraguatatuba. Não foi qualquer roubo o praticado pelo acusado e demais coautores. A sua execução requereu planejamento prévio, divisão de tarefas e coragem na prática.

Em relação à *personalidade do agente*, não foi produzida prova da singularidade da pessoa de Laércio. Sua condenação pela prática de outros crimes pode denotar uma personalidade voltada à reiterada prática criminosa, mas tal fato foi considerado em outra circunstância legal (reincidência), não podendo ser aqui também sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta mercedora de destaque.

Em relação às *consequências do crime*, extrapolaram aos normalmente atribuídos ao roubo. As explosões danificaram as dependências do shoppingcenter que teve de ficar fechado para a apuração do delito e os reparos mais imediatos. A rigor, as consequências não se limitaram ao patrimônio das vitimas, pois todos os estabelecimentos do maior centro comercial do litoral norte paulista foram afetados. Esta circunstância também á desfavorável ao réu.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, em especial as circustâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 05 anos e 06 meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 87 (oitenta e sete) dias-multa.

Tendo em vista que o réu declarou trabalhar no supermercado da irmão, obtendo renda sem vínculo formal, arbitro cada dia-multa em 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

O acusado é *reincidente*, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação ao processo indicado às fls. 1336. Verifico que Laércio foi condenado à 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias–multa, pela pratica do delito descrito no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 44, *caput*, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, com data do fato em 01/11/2012 e trânsito em julgado em 20/08/2013 (Processo nº 0019510-92.2012.8.26.0223 - 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá).

Aplica-se, também, a agravante de utilização de explosivos, como acima assinalado, previsto no artigo 61, inciso II, alínea "d", 3ª figura, do Código Penal, devendo a pena ser acrescida em 1/6 (um sexto), dada a utilização de explosivos por pelo menos três vezes.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a valorar.

Caracteriza a reincidência em crime doloso e a utilização de explosivos, circunstâncias agravantes da pena, e não havendo atenuantes a valorar, a pena base fixada deverá ser acrescida em 2/6 (dois sextos), passando a pena para 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, há causa especial, nos termos do § 2º, incisos I e II, do artigo 157 CP, que será *acrescida de 3/8*, conforme fundamentação já acima exposta, fixando a pena em:

- 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão e 159 (cento e cinquenta e nove dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado condenado a pena superior a oito anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro qualquer excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, "a", § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

- Da manutenção da prisão cautelar dos condenados

No que tange à prisão preventiva decretada em desfavor dos acusados deve ser mantida. Não houve qualquer alteração no conjunto fático-probatório que indique que tal medida não se mostre necessária.

Nos termos das decisões de fls. 848/851 e 998/1001, a condenação ora proferida, que reconheceu a extrema gravidade do delito praticado, a autoria por parte dos denunciados, a ousadia e desenvoltura na prática, bem como ausência de alteração do conjunto fático-probatório nos autos, mantenho as prisões preventivas dos acusados.

Assim, a manutenção da decretação da prisão preventiva, é absolutamente necessária para garantia da aplicação da lei penal.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para:

ABSOLVER os denunciados SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, HENRIQUE SANTANA ROCHA, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, já qualificados, da imputação penal feita na denúncia em relação às condutas descritas no *artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013*, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

CONDENAR os denunciados SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR, HENRIQUE SANTANA ROCHA, PHELIPE SANTOS RIBEIRO, ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS e LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR, já qualificados, como incursos nas sanções do *artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.*

Fixo a pena privativa de liberdade cada um dos réus, que passa a ser definitiva nos se-

guintes montantes:

SILVIO SILVEIRO DE SOUZA JUNIOR: 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e 119 (cento e dezenove) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II do Código Penal.

HENRIQUE SANTANA ROCHA: 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

PHELIPE SANTOS RIBEIRO: 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 138 (cento e trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

ANILSON DE OLIVEIRA SANTOS: 10 (dez) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

LAÉRCIO ANTONIO SIQUEIRA JUNIOR: 10 (dez) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 159 (cento e cinquenta e nove dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 157, caput e § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Após o trânsito em julgado, decreto a perda dos bens e valores apreendidos na persecução penal em favor da União (art. 91, II, "a" e "b", do CP), salvo decisão em sentido contrário em procedimento autônomo de restituição de coisas apreendidas.

Por fim, condeno os réus na obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP) e ao pagamento das custas processuais.

Com o trânsito em julgado, deverão ser tomadas as seguintes providências:

- Lançamento do nome do condenado no rol dos culpados;

- Recolhimento do valor fixado a título de multa pecuniária (art. 50 do Código Penal c/c art. 686 Código de Processo Penal);

- Oficie-se, com cópia da sentença, ao Tribunal Regional do Eleitoral.

P.R.I. e C.

Caraguatatuba, 27 de maio de 2015.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0002023-07.2014.4.03.6143

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: ESTADO DE SÃO PAULO, CETESB E IBAMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE LIMEIRA - SP
Juiz Federal: MARCELO JUCÁ LISBOA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2015

Trata-se de *ação civil pública* movida pelo Ministério Público Federal em face de *Estado de São Paulo, CETESB e IBAMA*. Defende o autor, nos autos, interesses difusos, de relevante interesse social, que têm por objetivo a obtenção de tutela que cancele as *autorizações de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações situadas na área de abrangência desta Subseção Judiciária de Limeira* e o impedimento de emissão de novas autorizações de queima sem as providencias necessárias.

Aduz o MPF, como *causa de pedir*, a existência de autorizações de *queima controlada* da palha de cana-de-açúcar, emitidas pelos dois primeiros réus, sem observância do licenciamento ambiental exigido pela Constituição Federal de 1988, além da ausência de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – EIA/RIMA.

Requer o autor: *(1)* que sejam *declaradas nulas todas as licenças e autorizações já expedidas* pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção, paralisando-se, de forma imediata, as atividades de queima, seja em razão da ausência de estudo de impacto ambiental prévio, seja devido à ausência de licenciamento com base nas normas válidas; *(2)* que seja *determinado à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO, através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se abstenham de conceder novas autorizações* para a queima controlada de palha de cana-de-açúcar compreendida por esta Subseção sem o precedente EIA/RIMA; *(3)* que *seja determinado ao IBAMA a obrigação de exercer, de forma direta e efetiva, a fiscalização* no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima nas áreas compreendidas por esta Subseção; *(4)* que seja *determinado à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO que realize o cadastramento de todas as propriedades rurais*; e *(5)* Imposição de *multa diária* em caso de descumprimento da medida judicial.

Liminarmente, pleiteia a concessão da *tutela antecipada*, para que:

> *1.* sejam *suspensas* todas as licenças e autorizações já expedidas pela *CETESB* e pelo *ESTADO DE SÃO PAULO* tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção Judiciária de Limeira - SP, paralisando-se, de forma imediata, as atividades de queima, seja em razão da ausência de estudo de impacto ambiental prévio, seja devido à ausência de licenciamento com base nas normas válidas;
> *2.* seja *determinado* à *CETESB* e ao *ESTADO DE SÃO PAULO*, através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se *abstenham* de conceder novas licenças ambientais e autorizações, tendo como objeto autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar da área compreendida por esta Subseção sem o cumprimento das normas jurídicas relativas à exigência de licenciamento específico e de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e elaboração de relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA), nos termos da Constituição Federal (art. 225), Lei 6.938/81 e da Resolução 237/97 do CONAMA. *Caso haja pedido de licenciamento da referida atividade*, que sempre se exija EIA/RIMA como condição para o licenciamento. Esse EIA/RIMA deverá ser abrangente, levando-se em consideração as con-

sequências para a saúde humana, para a saúde do trabalhador, para áreas de preservação permanente, para os remanescentes florestais, para a flora e fauna, bem como as mudanças na atmosfera relacionadas ao efeito estufa e ao consequente aquecimento global. *No tocante à fauna*, requer-se sejam observadas, no que couber, as providências indicadas na Instrução Normativa 146/2007 do IBAMA, especialmente os procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação da fauna;
3. seja *determinado* ao *IBAMA* a obrigação de exercer, de forma direta e efetiva, a fiscalização no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima na área compreendida por esta Subseção, seguindo-se os trâmites da legislação nacional pertinente, mormente a Lei 5.197/67 e a Instrução Normativa IBAMA nº 146/2007, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes;
4. *Em caso de descumprimento da medida judicial* em qualquer de suas circunstâncias, requer desde já a imposição de *multa diária* em valores a serem fixados segundo o prudente arbítrio judicial, mas não inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais);
5. *Para dar suporte à medida judicial de antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, que o *IBAMA* e a *Polícia Ambiental do Estado de São Paulo* realizem uma campanha para a divulgação, entre os proprietários rurais da região – inclusive usinas -, das novas normas envolvendo autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção;
6. a *expedição de ofício* ao *Corpo de Bombeiros*, bem como à *Polícia Ambiental* da área de abrangência da Subseção de Limeira, comunicando-os o teor de eventual decisão de antecipação dos efeitos da tutela, para que, em tomando o conhecimento de queima vedada, seja, de forma imediata, comunicado o Juízo.

Acompanham a inicial os documentos digitalizados no CD-ROM encartado à fl. 103.

A *antecipação dos efeitos da tutela* foi concedida às fls. 109/113.

Contestação do Estado de São Paulo à fl. 135 e ss., aduzindo a legalidade de sua conduta administrativa, aos argumentos de que a interrupção abrupta das queimadas de cana de açúcar podem gerar risco de morte aos cortadores, além da lesão grave e irreversível à economia pública, na medida em que a proibição em causa eleva os custos da colheita com a perda da competitividade por parte dos produtores. Sustenta a legalidade do ato alvejado esteando-se na legislação federal e estadual que menciona, bem como na desnecessidade de EIA/RIMA e os danos que serão causados em razão de sua exigência. Frisa que não é possível cassar repentinamente as autorizações já concedidas, sendo necessário um tempo para a adaptação dos produtores. Argui, por fim, a inaplicabilidade da multa cominatória ao ente público. *No bojo de sua defesa*, sustenta sua ilegitimidade passiva.

O Estado de São Paulo *agravou* da decisão concessiva da tutela antecipada (fl. 186), sendo convertido em agravo retido pelo C. TRF3 (fl. 309).

O *IBAMA apresentou contestação* à fl. 226 e ss., deduzindo, *preliminarmente*, a impossibilidade jurídica do pedido e carência de ação, uma vez que o autor requer a adoção de medidas administrativas pelo Judiciário, ao obrigar o réu a fiscalizar outro ente e realizar campanha de divulgação de normas envolvendo a autorização versada na lide. Sustenta, ainda em preliminar, sua ilegitimidade passiva, eis que as licenças concedidas não tiveram a sua participação. *No mérito*, aduz ser impossível ao Judiciário proceder ao controle dos atos administrativos, bem como a supressão da competência de ente administrativo que possui, por lei, a atribuição para conceder tais licenças. Sustenta, ainda, violação ao princípio federativo, na medida em que a pretensão do MPF faz do IBAMA "corregedora" dos atos de outro ente federativo, inexistindo fundamento jurídico para obrigar ao contestante nos termos propostos na inicial. Averba a incidência de discricionariedade técnica dos atos da administração federal, não sindicável pelo

Juidiciário. Argumenta ser prescindível o EIA/RIMA para as atividades alvejadas na exordial, inserindo-se sua realização no campo da discricionariedade administrativa, havendo outros estudos além daquele, sendo certo que o EIA/RIMA só tem cabimento quando presente atividade potencialmente causadora de significativa degradação ou impacto ambiental, sendo do órgão administrativo a competência para aferir tais aspectos. Por fim, insurge-se contra a realização de campanha para divulgação das normas pertinentes à matéria, tendo em vista o disposto no art. 3º da LICC.

Juntou cópia do agravo de instrumento por ele interposto (fl. 264), no qual foi indeferido o efeito suspensivo (fl. 402-v).

A *CETESB contestou* à f. 310 e ss., aduzindo a legalidade de sua conduta administrativa, a constitucionalidade da legislação federal e estadual de regência e a necessária eliminação gradativa – e não abrupta – da queima, sob pena de abalar o desenvolvimento econômico e ausência de impacto ambiental significativo a ensejar o EIA/RIMA.

À fl. 360, deu-se vista ao autor sobre as contestações, bem como determinou-se às partes manifestarem-se *em provas*.

Réplica do autor à fl. 362e ss.

As partes não protestaram pela produção de *provas*.

Os autos vieram-se à conclusão.

É o relatório. DECIDO.

II. Fundamentação

Julgo antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

I.1. Das preliminares

Embora heterotópica a alegação, *ex vi* do art. 301 do CPC, aduz o *Estado de São Paulo* sua *ilegitimidade passiva*, haja vista que a competência para licenciar a atividade combatida na inicial é da CETESB, não mais se constituindo em atribuição de órgão encartado em sua estrutura administrativa, como outrora.

Razão não lhe assiste, pois, *conforme melhor se analisará abaixo*, a *competência ambiental* é comum aos três entes da Federação, de modo que a omissão de uns aciona a responsabilização conjunta de todos quantos estejam vinculados a curar pelo *interesse público* consistente no meio ambiente saudável.

O *IBAMA*, por seu turno, argui a *impossibilidade jurídica do pedido*, uma vez que o autor requer sejam adotadas medidas administrativas *pelo Judiciário*, ao obrigar o réu a fiscalizar outro ente e realizar campanha de divulgação de normas envolvendo a autorização versada na lide.

O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, inclusive a implementação de políticas públicas, não resulta ofensivo à separação dos Poderes, sendo possível quando não se refira ao mérito do ato administrativo, mas à sua legalidade. Neste sentido:

> [...] O Judiciário não pode, sob o argumento que está protegendo direito coletivos, determinar a expedição de atos administrativos. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência* aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. *As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.* - Remessa oficial e apelações desprovidas. (TRF3, APELREEX 09005986420054036100, Relª Desª Fed. Mônica Nobre,

e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2014. Grifei).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. *EXAME DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITES*. 1. O processo administrativo não tem os rigores rituais dos procedimentos judiciais, bastando que, dentro do princípio do informalismo, atenda às normas pertinentes ao processo e à defesa do acusado (Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., RT, 1989, p. 587). Pertinente, ao caso, o magistério de PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, em sua obra clássica, verbis: "Toujours dans le même esprit le Conseil d'Etat a décidé que la communication doit avoir un effet utile pour l'agent, c'est-à-dire lui permettre de se défendre. (...) Cette interprétation libérale n'est pas sans limites. La communication ne doit pas permettre au fonctionnaire de gêner, de retarder ou d'empêcher la marche de la procédure disciplinaire ou des services publics. (...) Il ne doit pas aboutir à mettre l'Administration à la discrétion de l'agent; il suffit que le fonctionnaire ait été averti qu'une action disciplinaire est engagée contre lui pour qu'il ait à consulter son dossier; s'il néglige ou s'il refuse de le faire, on pourra passer outre et poursuivre la procédure." (*in* Traité de Droit Administratif, Libraire Dalloz, Paris, 1952, p. 682, n. 937). Com efeito, *a jurisprudência da Suprema Corte, desde épocas mais remotas, sempre se manifestou de forma reservada sobre o exame pelo Judiciário das decisões proferidas pela Administração Pública* no âmbito do processo administrativo-disciplinar, *limitando-se o Judiciário a examinar a sua legalidade, apenas*, e não a revisar ou discutir as provas colhidas pela Comissão Disciplinar, bem como a justiça ou injustiça da punição aplicada ao servidor público. [...] Daí, a orientação jurisprudencial indicada pelo recorrente a fls. 62 a 63, bem expressa por Carvalho Mourão, *in verbis*: "*No exame dos atos administrativos o Judiciário se limita a considerá-los sobre o estrito ponto de vista de sua legalidade*, não de seu mérito intrínseco, ou seja, da sua justiça ou injustiça". (...) (*in* RDA 155/75). [...]. (TRF4, AC 00025622020074047006, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17/03/2010. Grifei).

Ora, no caso em tela, *não pretende o autor a incursão do Judiciário nos critérios de conveniência e oportunidade* em que radica a discricionariedade administrativa. *O que pretende, de fato, é a submissão da Administração à Constituição Federal*, o que significa dizer: cuidar-se-á aqui, apenas, da verificação da *legalidade* do ato, o que é perfeitamente possível ao Judiciário, sob pena de se transformar a discricionariedade – que se posiciona nos quadrantes da Lei – em arbitrariedade, que se afasta da Lei.

Sustenta o réu, ainda, sua *ilegitimidade passiva*, pois as licenças alvejadas não tiveram sua participação. Aqui também se insere a complexa questão atinente à divisão de competências em matéria ambiental, confundindo-se com o mérito, constituindo-se em matéria que será adiante examinada.

Assim sendo, rejeito as preliminares.

II. 2. Do mérito

Os argumentos defensivos aduzidos pelos réus – que, *em momento algum, negam os fatos* – não se mostram capazes de afastar as conclusões inicialmente colacionadas na decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Pois bem.

A *questão central* posta na lide lastreia-se, sinteticamente, no questionamento seguinte: é possível aos órgãos ambientais estaduais, competentes para autorizar a prática de queimadas de palha de cana de açúcar, liberarem referidas queimadas sem o *prévio estudo de impacto ambiental* e de *relatório de impacto ao meio ambiente* (EPIA/RIMA)?

A resposta, como passo a analisar, é desenganadamente negativa.

Senão vejamos.

A Constituição Federal, em seu art. 225, positiva o *direito fundamental* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Poder Público a *exigência de estudo prévio de impacto ambiental quando da autorização para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental*. Eis o texto legal:

> Art. 225. Todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo* para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, *incumbe ao Poder Público*:
> IV - *exigir*, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade; (Grifei).

O estudo prévio de impacto ambiental, assim como o relatório de impacto ao meio ambiente *(EPIA/RIMA)* constituem-se em instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, revelando-se indispensáveis às licenças concedidas às atividades potencialmente degradantes, como sói ser a poluição da atmosfera. Por seu turno, a Lei 6.938/81 especifica os elementos conceituais da *poluição*, *verbis*:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> III - *poluição*, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (Grifei).

Tal quadro normativo já se mostra suficientemente idôneo à corroboração das teses autorais.

De fato, de toda a documentação acostada aos autos, bem como do quanto deduzido pelos réus em suas defesas, depreende-se que *o Estado de São Paulo e a CETESB não vêm exigindo a apresentação de EPIA/RIMA para a autorização de queima de palha de cana de açúcar na região de Limeira*.

Ora, a atividade de queima de palha de cana subsume-se à categoria dos atos que, iniludivelmente, caracterizam-se como *potenciais degradadores do meio ambiente*, espraiando seus efeitos deletérios para o âmbito da atmosfera, da biota, dos recursos hídricos, da fauna e, até mesmo, junto ao Sistema Único de Saúde, com repercussões negativas sobre sua operacionalização.

A propósito, assim leciona *PAULO AFFONSO LEME MACHADO*:

> "Levantamentos epidemiológicos sistematizados, que estão sendo realizados em 21 cidades da região canavieira de Ribeirão Preto, mostram que *as Doenças do Aparelho Respiratório contribuem com percentual elevado de internações hospitalares dessas cidades*. Pelos dados disponíveis parece inquestionável que algumas cidades da região canavieira do Estado de São Paulo já mostram alguns *sinais de deterioração da qualidade do ar, pelo aumento da concentração de poluentes na época das queimadas dos extensos canaviais da região*"- como afirma o Prof. José Carlos Manço. (*in* Direito Ambiental, 16ª ed., p. 557. Grifei).

Em seguida, continua o emérito jurista:

> Não tenho nenhuma dúvida em afirmar que a poluição atmosférica (constituída por gases e material particulado) provocada pela queima dos canaviais que circundam as cidades da região canavieira de Ribeirão Preto, *põem em risco a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas e da coletividade* (ob. cit., p. 558. Grifei).

E assim arremata o autor:

> Aplica-se, na matéria atinente à poluição atmosférica, o *princípio da 'precaução'*, já esposado pelo Brasil nos acordos internacionais da Convenção de Viena e no Protocolo de Montreal. Se dúvida ponderável houver, da potencialidade dos danos das queimadas referidas, não se devem procrastinar as medidas de prevenção [...]
> *Não é preciso que um ato administrativo proíba a queimada da palha da cana-de-açucar, para que esse procedimento seja entendido como ilegal.* A ilegalidade decorre da própria conceituação de poluição contida na Lei 6.938/81, art. 3º, III, e alíneas. Destarte, acreditamos que nenhuma autoridade pública teve o despudor de outorgar autorização e/ou licença para essas queimadas. E *se tais autorizações tiverem sido emitidas*, nulas serão de pleno direito, *pela sua manifesta ilegalidade*. (ob. cit., p. 559. Grifei).

O escólio do insigne jurista ajusta-se à perfeição ao caso em tela, na medida em que as queimadas que estão sendo autorizadas pelos dois primeiros réus na região de Limeira não contam com o prévio EPIA/RIMA, considerada a *inconstitucional legislação estadual*.

Igualmente inconstitucional se afigura a disposição contida no Decreto 2.661/98, ao positivar a denominada "*queima controlada*" nos seguintes termos:

> Art 2º Observadas as normas e condições estabelecidas por este Decreto, é permitido o emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais, mediante *Queima Controlada*.
> Parágrafo único. Considera-se *Queima Controlada* o emprego do fogo como fator de produção e manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica, em áreas com limites físicos previamente definidos. (Grifei).

A Constituição Federal, ao exigir, para instalação de obra ou atividade *potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*, estudo prévio de impacto ambiental, consagrou *norma cogente* que, embora seja regulada em Lei, não pode ser por esta última suprimida ou amesquinhada. É dizer: *sempre que se faça presente o potencial risco de degradação ambiental, o estudo prévio do respectivo impacto revela-se condição indispensável e irrenunciável à autorização ou licença para a prática da respectiva atividade, sob pena de nulidade de pleno direito*, como averba o jurista acima citNesse diapasão, parece-me inquestionável que *a atividade de queima de palha de cana de açúcar*, porque indissociável de potencialíssimos e comprovados riscos ao meio ambiente em sua integralidade, *não pode, em nenhuma hipótese, prescindir do EIA/RIMA*, sob pena de nulidade de pleno direito por frontal violação à Lei Maior.

E nem se diga, como faz o IBAMA, *que, como a indigitada atividade não consta do rol plasmado no art. 2º da Resolução Conama nº 001/86, seria dispensável aquele estudo.* Nada mais equivocado, tendo em vista que o *caput* do artigo em comento termina com a expressão "*tais como*", de onde se lhe infere o caráter meramente exemplificativo.

Ora, *não lograram os réus qualquer êxito em provar nos autos a ausência do significa-*

tivo impacto ambiental gerado pela queima de palha de cana de açúcar, tendo plena incidência os *princípios da precaução e da prevenção*, mormente à luz da prova produzida pelo autor, que bem espelha a presença do adjetivo "significativa" à degradação ambiental decorrente da prática combatida. Tampouco demonstraram a adoção de providências substitutivas do EPIA/RIMA, *eficazes como este*. Consectariamente, em caso de dúvida, há de prevalecer a proteção do ambiente. Por outro lado, *as alegações do autor acabaram por assumir, no curso da lide, ainda maior concretude, tendo sido comunicado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, à fl. 306, a ocorrência de "incêndio em palha de cana de açúcar no SÍTIO PRIMAVERA", em Limeira; isto mesmo após a concessão, em caráter de urgência, da tutela antecipada por este Juízo*, o que só vem a confirmar os receios que conduziram este Magistrado a deferir, de plano, o pleito da parte autora.

No embate entre o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de exploração patrimonial, a relação de precedência repousa, inquestionavelmente, sobre aquele primeiro, na medida em que *a vida na Terra só é possível quando e enquanto existentes condições ambientais mínimas que lhe deem suporte*, sendo certo que sem vida não há patrimônio, nem empresa, nem lucro ou prejuízo, porquanto *a vida é condição de possibilidade à permanência da sociedade e tudo o que nela se encerra*. Neste diapasão, a proteção ao ambiente salutar e íntegro constitui-se em elemento indispensável à sobrevivência das presentes e futuras gerações, revelando-se em grave dever que repousa sobre todos e cada um.

É sob a inspiração de tal cenário que o Direito Ambiental exsurge como fator indispensável à sociedade hodierna, onde, mais que nunca, a atuação do homem sobre a natura vem implicando drásticas consequências, em seu próprio prejuízo e das vindouras gerações. *Daí a crucial importância dos instrumentos concretizados na legislação ambiental*, de onde ressai a salutar exigência, radicada na Constituição Federal, do necessário EPIA/RIMA como condição *sine qua non* à realização de atividades tendentes à degradação da natureza.

De fato, o EIA/RIMA constitui corolário natural dos *princípios da precaução e da prevenção*, os quais se erigem como autênticos dogmas do Direito Ambiental e expressam-se como faces da peculiar forma de manifestação da natureza quando confrontada com as nocivas – ou potencialmente nocivas – atividades empreendidas pelo homem em sua insaciável sede de lucro.

Por tais razões é que se extrai a fundamentalidade do direito ao meio ambiente, constituindo-se os instrumentos da política nacional do meio ambiente em elementos indispensáveis postos à sua concretização, sob pena da Constituição reduzir-se à mera "*folha de papel*", no dizer do velho Lassale.

Diante de tal quadro, exsurge inconstitucional a atuação dos 1º e 2º réus, na medida em que, *confessadamente*, estão procedendo a autorizações de queimadas de palha de cana de açúcar sem atendimento aos reclames constitucionais.

A propósito, importa consignar o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, plasmado no seguinte precedente:

> DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFOÚNICO, DA LEI Nº 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL.INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.
> 1. O *princípio da precaução*, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), *a ausência de*

> *certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.*
> 2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.
> 3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o *uso do fogo no processo produtivo agrícola*, quando prescreveu no art. 27, parágrafo único da Lei nº 4.771/65 *que o Poder Público poderia autoriza-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais.*
> 4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário *à sobrevivência dos pequenos produtores* que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo.
> 5. *A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente*, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).
> 6. Ademais, *ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento*, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EREsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010).
> Recurso especial provido. (STJ,REsp 1.285.463 – SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe: 06/03/2012. Grifei).

Quanto ao IBAMA, 3º réu nesta ação, segundo averba o autor sua legitimação passiva se justifica em razão da degradação que as queimadas acarretam ao *Rio Piracicaba*, provenientes, dentre outros, da *chuva ácida* que se espraia por *toda a região*, sendo certo que *referido rio, por percorrer mais de uma região, é federal.*

Ademais, em que pese a discriminação das *competências administrativas* disposta na Lei Complementar 140/11, de onde se infere que as licenças ou autorizações a que se referem os autos constituem atribuição dos Estados, *não me parece razoável entender que tal significa a exclusão da competência suplementar da União*, mediante seus órgãos ou autarquias – no caso, o IBAMA -, porquanto tal exegese se antagonizaria com o quanto positivado nos incisos VI e VII do art. 23 da Carta Magna. Isto porque, este dispositivo constitucional consagra a *competência (administrativa) comum* entre os três entes da Federação para curar pelas matérias ali enumeradas, de onde se dessume que, ainda que a LC 140, editada nos termos de seu parágrafo único, disponha sobre a partilha de competência, isto não significa – sob pena de se fazer tábula rasa do *federalismo de cooperação* estatuído na Lei Maior -, que a União não permaneça vinculada à proteção dos bens mencionados nos incisos do art. 23, *devendo curar por eles, ao menos supletivamente, quando ausente ou deficiente a atuação dos demais entes*. Esclarecedora, a respeito, é a lição de *JOSÉ AFONSO DA SILVA*, que assim pontifica:

> Quanto à extensão, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da *realização material*, [...], a *competência* se distingue em: [...] (c) *comum*,

> *cumulativa ou paralela*, reputadas expressões sinônimas, *que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra*, que pode assim ser *exercida cumulativamente* (*art. 23*) (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 28º ed., p. 481. Grifei).

Em sede pretoriana, assim já se decidiu:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POTENCIAL DANO AMBIENTAL. PORTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. A Lei nº6.938/81, com as alterações advindas pela Lei nº 7.804/89, afirmou a necessidade de prévio licenciamento ambiental para "construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores", bem como os capazes de "causar degradação ambiental", *por parte do IBAMA, "em caráter supletivo*" (art. 10). No caso, trata-se de intervenção física com efeitos sobre a Bacia da Babitonga, que pertence ao mar territorial, "pois é formada por uma reentrância na costa, enquadrando-se na delimitação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.617/93" (RSE 2003.72.01.001412-0, Rel. Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, DJU 03-03-2004). E a doutrina constitucional tem se orientado no sentido de que o interesse ambiental preponderante indicará o ente federativo competente (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, p. 276; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, p. 50) e não há dúvidas de que impactos sobre a zona costeira ou sobre o mar territorial configuram interesse que ultrapassa o meramente local ou regional. (TRF4, AC 5006246-20.2011.404.7201, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 10/08/2012).

Tenho que, embora tenha sido revogado o antigo Código Florestal (Lei 7.804/89), o qual previa, em seu art. 10, aduzido no sobredito aresto, a *competência suplementar do IBAMA* nos casos em que deficiente a atuação dos Estados ou Municípios, o mesmo não fazia mais que explicitar uma decorrência do sistema de competência, em matéria ambiental, já adrede disciplinada na Constituição Federal, plasmada, com ares de generalidade, no multicitado art. 23 (*competência comum, cumulativa* ou *paralela*, na lição de José Afonso da Silva).

Inobstante tal cenário, insistem os réus em argumentar que a *abrupta interrupção* do ato lesivo combatido nos autos gerará *efeitos econômicos negativos, inclusive com risco de desemprego*, porquanto os produtores necessitariam de um tempo maior para adaptarem sua estrutura produtiva e, não logrando êxito em fazê-lo diante dos custos da produção, teriam de proceder a demissões.

A mim me parece que argumentos de tal jaez já não mais são comportados na atual condição humana na Terra, revelando-se falaciosos, notadamente em face do *espírito do tempo (Zeitgeist)* que anima o mundo atual. Ora, *o progresso econômico, o emprego, o lucro, etc., não podem ser obtidos às custas do futuro do próprio planeta e da saúde de seus habitantes*. Afinal de contas, de nada adiantará uma economia avantajada e uma considerável massa de trabalhadores empregados, em um meio ambiente que não lhes propicie dignas condições de sobrevivência. A economia e o emprego não podem ser um fim em si mesmos, sob pena de consubstanciarem verdadeiro "*ouro de tolo*". *Ademais*, o meio ambiente equilibrado não interessa, *egoisticamente*, apenas às presentes gerações, a todos cabendo preservá-lo para as futuras que nos sucederão, não sendo lícito deixar-lhes por herança um ambiente natural que amesquinhe a não mais poder sua qualidade de vida ou, o que é pior, sua possibilidade de vida . Não é demais lembrar, nesse passo, que *a preocupação com o ambiente sadio não se limita*

a um território ou a um Estado, mas se constitui em objeto de preocupação mundial, o que vem encontrando expressão nos tratados internacionais que vêm sendo celebrados sobre o tema, alguns dos quais em que o próprio Brasil é signatário.

Interessante notar que os réus, *em momento algum*, infirmam as alegações autorais no que concerne aos deletérios efeitos causados pelas queimadas, chegando mesmo a admitir que "[...] *o que se pretende é a mecanização total da colheita da cana-de-açucar, de forma que não se prejudique a população que se encontra nas imediações das plantações* [...]" (fl. 336). Contudo, *pretendem justificar os meios pelos fins (econômicos)*, o que é absurdo.

Dessa forma, os argumentos defensivos incorrem em verdadeira *inversão de valores*, na medida em que os contestantes conferem maior importância ao acessório (economia, emprego, etc.) do que ao principal, que é o meio ambiente indispensável à eficaz e inteligente fruição de tais benesses, porque condição de sua própria possibilidade. Ora, *em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente, os fins não justificam os meios.*

E nem se diga que tais argumentos seriam extrajurídicos. Absolutamente, pois tais preocupações nada mais são do que *valores* integrantes da pauta axiológica positivada na própria Constituição Federal nos dispositivos supratranscritos.

O Estado de São Paulo chega a afirmar que *a proibição da queimada da palha de cana gerará riscos de vida aos trabalhadores*, porque estes mesmos podem, até com cigarros, atear fogo (incontrolado) na palha, além de serem cortados por esta ou serem vítimas de animais. O que pretende o réu é substituir riscos *individuais*, que podem ser prevenidos com medidas educativas promovidas pelos empregadores, com a adoção de cuidados operacionais e com o uso de roupas especiais, por um risco *universal*, que só pode ser elidido com a interrupção da atividade. A pretendida legitimação da prática, assim, soa absurda. Isso sem falar que *sobre a fauna também repousa a proteção constitucional*, não sendo concebível que o ser humano se desumanize tanto a ponto de reputar legítimos os danos aos animais tais como os que são retratados nas fotografias de fl. 38.

O Estado de São Paulo aduz, outrossim, que *o EIA/RIMA seria dispensável, pois sua exigência equivaleria a "repetir o mesmo processo de estudo já realizado pelo próprio órgão público estadual especializado na matéria"* (fl. 152. Grifei). Nada mais absurdo, na medida em que a pretensa equiparação ontológica entre um estudo e outro contrapõe-se à própria alegação da inviabilidade e da negatividade decorrentes da exigência do EIA/RIMA. Se os estudos alegadamente realizados tivessem idêntica consistência deste último, razões não existiriam para os temores propagados pelo réu em sua realização.

Tampouco lhe socorre a assertiva de que a realização daquele estudo, dadas as peculiaridades da atividade, seriam *impraticáveis*; é a Administração que deve se adaptar para a preservação do meio ambiente, na medida em que não nos é lícito esperar que o meio ambiente se adapte às dificuldades vivenciadas pela Administração, muitas vezes geradas pela ineficiência dos órgãos administrativos e má gestão dos recursos públicos. Importante consignar que *não é a dimensão de um empreendimento que pode servir de régua para a preservação do meio ambiente, mas sim os potenciais ou efetivos danos que a respectiva atividade pode acarretar.*

Por fim, impende considerar o descompasso entre a alegação central do réu, de que a exigência do EPIA/RIMA conduzirá a um quadro de deficiência econômica, e os quadros por ele mesmo juntados à sua contestação, de onde se observa que as áreas sem fogo ultrapassam as em que há seu uso, de onde se conclui pela insubsistência do alegado *caos econômico*, hiperdimensionado pelo Estado contestante.

No que tange à alegação do IBAMA, no sentido da ausência de norma que o obrigue a

proceder à *campanha de divulgação* tal como requerida na exordial, também carece de fundamento idôneo, na medida em que o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à Lei 7.347/85 por força de seu art. 19, autoriza o juiz a adotar amplo leque de medidas, não taxativamente descritas em Lei, visando à efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente. Eis o texto legal:

> Art. 461. [...]
> § 5º *Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente*, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, *determinar as medidas necessárias, tais como* a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Grifei).

Por outro lado, enquanto o art. 3º da LICC é norma de direito material que tem por escopo, mediante a adoção de uma ficção jurídica, possibilitar a responsabilização pessoal pelo descumprimento da lei, a norma extraída do mencionado dispositivo do CPC é processual e tem por fim a efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado prático a esta equivalente. No caso em tela, a obrigação de fazer alvejada pelo réu colima, *ao lado das demais medidas postuladas na inicial*, à efetivação da tutela específica pleiteada pelo autor.

De qualquer modo, a obrigação em apreço decorre do *princípio da publicidade* a que se acha adstrita a Administração Pública por força do art. 37 da CF, *verbis*:

> Art. 37. A *administração pública* direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá aos princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e eficiência e, também, ao seguinte: (Grifei).

No tocante à alegada impossibilidade de se impor *multa diária* a ente público, assim já decidiu o STJ:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535 DO CPC. RECURSO REPETITIVO. INVIABILIDADE. *ASTREINTES*. SÚMULA 7 DO STJ. SOBRESTAMENTO. ÂMBITO DO STJ.
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 2. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante. Precedentes do STJ.
> 3. *O valor fixado como* astreinte *não se mostra exorbitante ou irrisório, mas apto a atingir o seu escopo, que é de desestimular a recalcitrância do ente público em fornecer o medicamento de que a recorrida necessita com urgência*, conforme constou do acórdão objurgado. Reapreciar os fatos e as provas encontra óbice na Súmula 7/STJ.
> 4. É pacífico o entendimento no STJ de que, escolhido o Recurso Especial para ser julgado no rito dos repetitivos (art. 543-C do CPC), não haverá sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Precedente da Corte Especial: AgRg nos EDcl nos EREsp 1.352.046/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 3.2.2014).
> 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 678.714 – PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 30/06/2015. Grifei).

De fato, *além da legislação vigente não fazer distinção* entre os destinatários dos poderes

executórios do Juiz, não se vislumbram razões legítimas a respaldar a tese esgrimada pelo réu, na medida em que *é a recalcitrância do ente púbico em cumprir determinações judiciais que viola o interesse público, vindo ao encontro deste o uso das medidas processuais cabíveis a fim de afastar o descumprimento do quanto decidido pelo Judiciário. Ademais*, o descumprimento de decisões judiciais pela Administração Pública constitui-se em situação que em muito excede a *razoabilidade*, ostentando ainda maior gravidade que o descumprimento encetado por particulares, porquanto se revela como verdadeira afronta do Estado em face do próprio Estado, a denotar inadmissível autofagia.

Derradeiramente, *friso que normas estaduais, a exemplo do Decreto nº 47.700/03, em nada alteram a argumentação que venho de expor*, porquanto desalinhadas com a Constituição Federal e com os tratados internacionais que cuidam do tema ambiental, *tendo em vista que as restrições à queima, ali constantes, não vêm logrando êxito em reduzir satisfatoriamente os efeitos negativos das queimadas*.

Por todas essas razões, revela-se patente que a linha argumentativa dos réus, no sentido de sobrepor à vida o econômico, que da primeira é acessório, contraria a *ética universalmente vigente*, contrastando-se, *como já frisei acima*, com o *espírito do tempo (Zeitgeist) em que vivemos*.

Adianto que não cabe *condenação em honorários advocatícios* em favor do Ministério Público em sede de Ação Civil Pública, a teor do entendimento sufragado no C. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. *AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PUBLICO. DANO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia. Ação Civil Pública imputando obrigação de fazer à Municipalidade à luz de fundamentos constitucionais (arts. 3º, 37, § 6º, 182, § 1º, e 225 da CF/1988), cuja apreciação, em se tratando de recursos extremos, é da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, quando a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios*. Ressalva do ponto de vista do Relator. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, RESP 200800521460, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJE DATA:24/09/2009. Grifei).

III. Dispositivo

Posto isso, extingo o processo nos termos do art. 269, I, do CPC, e *JULGO PROCEDENTE* o pedido, para:

1. declarar a nulidade de todas as licenças e autorizações já expedidas pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO tendo como objeto a autorização para a queima controlada da palha cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção (*Araras, Conchal, Cordeirópolis, Engenheiro Coelho, Estiva Gerbi, Iracemápolis, Leme, Limeira e Mogi Guaçu)*;

2. determinar à *CETESB* e ao *ESTADO DE SÃO PAULO*, este através de sua Secretaria de Estado do Meio Ambiente, que se *abstenham* de conceder novas licenças ambientais e autorizações, tendo como objeto a autorização para a queima controlada da palha de cana-de-açúcar na área compreendida por esta Subseção (*Araras, Conchal, Cordeirópolis, Engenheiro Coelho, Estiva Gerbi, Iracemápolis, Leme, Limeira e Mogi Guaçu)*, sem o cumprimento das normas jurídicas relativas à exigência de licenciamento específico e de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e elaboração de relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA), nos termos da

Constituição Federal (art. 225), Lei 6.938/81 e da Resolução 237/97 do CONAMA. *Caso haja pedido de licenciamento da referida atividade*, deverá ser sempre exigido o competente EIA/RIMA como condição para o licenciamento. Esse EIA/RIMA deverá ser abrangente, levando-se em consideração as consequências para a saúde humana, para a saúde do trabalhador, para áreas de preservação permanente, para os remanescentes florestais, para a flora e fauna, bem como as mudanças na atmosfera relacionadas ao efeito estufa e ao consequente aquecimento global. *No tocante à fauna*, deverão ser observadas, no que couber, as providências indicadas na Instrução Normativa 146/2007 do IBAMA, especialmente os procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação da fauna;

3. determinar ao IBAMA que exerça, de forma direta e efetiva, a fiscalização no tocante aos danos provocados à fauna silvestre pela prática da queima na área compreendida por esta Subseção, seguindo-se os trâmites da legislação nacional pertinente, mormente a Lei 5.197/67 e a Instrução Normativa IBAMA nº 146/2007, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes; e

4. determinar à CETESB e ao ESTADO DE SÃO PAULO que realizem o cadastramento de todas as propriedades rurais ocupadas com a cultura canavieira, verificando se estão sendo cumpridas as prescrições deferidas por este Juízo, diretamente e/ou com auxílio da Polícia Militar Ambiental.

Em caso de descumprimento da presente decisão, fixo, desde logo, *multa diária* no valor R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o qual poderá ser revisto caso haja tenaz resistência em seu cumprimento.

Confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Comunique-se ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região acerca desta decisão, tendo em vista agravos de instrumento lá interpostos.

Condeno os réus nas custas processuais, *pro rata*.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal Substituto MARCELO JUCÁ LISBOA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0007793-50.2014.403.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUADRA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta inicialmente pelo Ministério Público do Trabalho e posteriormente encampada pelo Ministério Público Federal, em face da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, por meio do qual se busca a condenação da ré ao cumprimento de obrigação de fazer e ao pagamento de indenização.

Em síntese, a inicial narra que a Procuradoria do Trabalho de Araraquara requereu ao Presidente da VIII Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP informação acerca de outros processos administrativos em face das advogadas Helenice Cruz e Claudia Batista da Rocha. Ressaltou que o órgão se recusou em apresentar as informações e documentos exigidos, sob a alegação de que até o término os processos são mantidos sob sigilo, só tendo acesso às informações ali contidas as partes, seus defensores e a autoridade competente. Para evitar novas recusas, o autor pede que a OAB — Seção de São Paulo seja condenada ao cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, em inquéritos civis pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00. Pede também que a ré seja condenada ao pagamento de indenização em valor não inferior a R$ 20 mil.

Inicialmente a ação foi proposta e tramitou perante a Justiça do Trabalho em Araraquara, onde se realizou audiência de tentativa de conciliação (fls. 86).

Em sua contestação (fls. 88-97), a Ordem dos Advogados do Brasil arguiu preliminares de ilegitimidade passiva e ativa. No mérito, alegou que os processos disciplinares tramitam em sigilo, só tendo acesso as partes envolvidas. Relatou que não haveria o porquê em fornecer os documentos, tendo em vista que o requerente sequer tem evidência de existência dos mesmos.

A Justiça do Trabalho reconheceu sua incompetência e determinou a remessa dos autos para a Justiça Federal, restando o feito redistribuído neste Juízo. O Ministério Público do Trabalho recorreu dessa decisão, mas ela acabou mantida (fls. 150-151).

Neste juízo o Ministério Público Federal encampou o pedido do autor originário, uma vez que o Ministério Público do Trabalho não tem atribuição para litigar na Justiça Federal, salvo em litisconsórcio.

Na sequência, os autos vieram conclusos para sentença.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida afasto as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva agitadas pela OAB - Seção de São Paulo.

O MPF pretende por meio desta ação compelir a ré a atender as requisições do Ministério Público do Trabalho necessárias para a instrução de inquéritos civis instaurados por esse ramo do Ministério Público, ainda que tais informações sejam relacionadas a processos administrativos disciplinares em curso. Pede também a condenação da requerida ao pagamento de

indenização não inferior a R$ 20 mil pelo descumprimento das intimações ministeriais que motivaram o julgamento desta ação civil pública.

Ou seja, diferentemente do que articula a requerida em sua contestação, o pedido da ação civil pública não é dirigido a um advogado específico, mas sim à própria OAB - Seção de São Paulo, uma vez que o destinatário das requisições do MPT – o VIII Tribunal de Ética da OAB, sediado em Araraquara – não possui personalidade jurídica.

Mais ou menos as mesmas razões servem para justificar a legitimidade do MPF para o ajuizamento do feito. A pretensão do autor não diz respeito a direitos individuais disponíveis, mas sim a questões afetas ao exercício das atribuições do próprio Ministério Público do Trabalho.

Superadas as prefaciais, passo ao exame do mérito.

A questão de fundo é bastante singela, ao menos quanto à identificação e formulação do problema, e pode ser resumida na seguinte pergunta: a OAB - Seção de São Paulo está obrigada a fornecer dados relacionados a processos disciplinares em curso requisitados pelo MPT?

A razão da controvérsia está num aparente conflito entre disposições do Estatuto da Advocacia e da Lei Orgânica do Ministério Público Federal. Os dispositivos em questão são os seguintes:

> *Lei 8.906/1994*
> Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.
> (...)
> § 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.
>
> *Lei Complementar nº 75/1993*
> Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:
> I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;
> (...)
> Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
> II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
> 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.
> § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.
> § 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

Confrontando a norma que assegura o sigilo dos processos administrativos disciplinares movidos contra advogados com aquelas que garantem ao Ministério Público o acesso a todas as informações necessárias para o exercício de suas atribuições, penso que estas devem prevalecer em detrimento daquela. É certo que a OAB deve zelar pelo sigilo dos processos disciplinares em curso, mas esse sigilo não pode ser oposto ao Ministério Público quando se tratar de requi-

sição útil para a instauração ou para o processamento de inquérito; — conforme visto, o § 2º do art. 8º da LC 75/1993 é taxativo no sentido de que "*Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo*, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".

Cumpre anotar que a norma em questão regulamenta comando constitucional expresso, no caso o art. 129 da Constituição, que trata das funções institucionais do Ministério Púbico. O inciso III desse dispositivo enuncia que ao Ministério Público compete "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", disposição que é complementada pelo inciso VI, que confere ao mesmo destinatário a prerrogativa de "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva", no caso a Lei Complementar nº 75/1993.

Por aí se vê que a garantia do sigilo nos processos administrativo disciplinar de que trata o § 2º do art. 72 do Estatuto da Advocacia não é absoluta, de modo que não pode ser oponível ao Ministério Público, quando se tratar de informação útil à promoção de inquérito civil ou ação civil pública. Aliás, sustentar que a garantia ao sigilo não é absoluta nem ilimitada pouco contribui para a solução da controvérsia, já que nenhum direito ou garantia é absoluto, tampouco ilimitado; — sempre que houver tensão entre regras que conferem direitos ou garantias, abre-se a oportunidade para a relativização, por meio do exercício da ponderação dos valores em jogo. E no caso dos autos, esse exercício resulta na prevalência da prerrogativa do Ministério Público de ter acesso às informações que julgar necessárias para a promoção de inquérito civil ou ação civil pública sobre a norma que assegura o sigilo dos processos disciplinares em trâmite perante os Tribunais de Ética da OAB.

Também é importante observar que, bem pensadas as coisas, a hipótese de que se cuida não configura simples *quebra de sigilo*, mas sim *transferência de sigilo*, na medida em que as informações sigilosas encaminhadas ao Ministério Público não perdem a natureza de dado confidencial. Quanto a isso, volto a invocar o § 2º do art. 8º da LC 75/1993, mas agora enfatizando a segunda parte do dispositivo: "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, *sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido*". Esse comando se articula com o § 1º do mesmo art. 8º da LC 75/1993, que assenta que "O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal".

Ainda sobre o tema, transcrevo recente precedente que se alinha às conclusões expostas nesta sentença:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXCEPCIONALIDADE. CRIMES DOS ARTIGOS 10 DA LEI 7.347/85 E 330 DO CÓDIGO PENAL. REQUISIÇÕES DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO RIO GRANDE DO SUL. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. SIGILO PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA COM RESGUARDO NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INOPONIBILIDADE AO PARQUET. NÃO SUJEIÇÃO À RESERVA JURISDICIONAL. ELEMENTO DESCRITIVO DO TIPO INCRIMINADOR. INDISPENSABILIDADE DOS DADOS. FIGURAS EXCLUSIVAMENTE DOLOSAS. EXCEÇÕES LEGAIS APOIADAS NA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL. FATO SUSPEITADO. ELEMENTARES. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A prematura obstaculização do inquérito policial, mediante a impetração do mandamus, sem necessidade

de exame do conjunto probatório, faz-se possível, em caráter excepcional, se vier a ser demonstrada, de plano, a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade. 2. Caso em que o Ministério Público do Trabalho requisitou, por três oportunidades, informações sobre o andamento de processo ético-disciplinar à Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul para fins de instrução de inquérito civil, deixando a requisitada, na pessoa de seu Conselheiro Diretor Secretário-Geral, de prestá-las sob a alegação de sigilo legal, que somente poderia ser levantado pela autoridade judiciária competente. 3. O sigilo previsto no artigo 72, § 2º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), albergado na disposição do artigo 8º, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), não é oponível ao Ministério Público, que pode ter acesso direto a dados e informações atinentes a processos administrativos disciplinares, sem sujeição à reserva de jurisdição, por força do artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), extensível aos órgãos estaduais de acordo com o artigo 80 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ressalvadas apenas as exceções constitucionalmente previstas. 4. Há uma transferência de sigilo de informações da autoridade responsável pela sua guarda ao órgão ministerial requisitante, que passa a responder, nas esferas funcional, civil e penal (artigos 8º, § 1º, da LC 75/93 e 26, § 2º, da Lei 8.625/93), pelo resguardo das mesmas e, via de consequência, permanecendo o processo cível sob as cautelas a ele atinentes. 5. O crime do artigo 10 da Lei 7.347/85 exige, para sua configuração, a demonstração da indispensabilidade dos dados técnicos requisitados para a propositura da ação civil. 6. Se é certo, de um lado, que do cotejo dos elementos indiciários carreados à investigação não se pode, de pronto, afastar tal cenário, de outro, também não se tem como ver configurado o necessário dolo na conduta supostamente delitiva, quando o não atendimento, pela OAB/RS, à ordem legal do MPT revelou-se pautado nas exceções prescritas em lei, mormente com apoio na dissonância da jurisprudência pátria, o que fulmina, necessariamente, a tipicidade do objeto do inquisitório. 7. Demonstrado, objetivamente, que o fato suspeitado não reunia as suas indispensáveis elementares, é de ser trancado o investigatório por ausência de justa causa. 8. Ordem concedida. (TRF4, HC 5004861-67.2015.404.0000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 30/06/2015).

Tudo somado, merece acolhida o pedido de condenação da OAB - Seção São Paulo no cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, em inquéritos civis pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara. E uma vez determinada a obrigação, deve também ser fixada a reprimenda em caso de descumprimento. E quanto a isso, penso ser razoável o modelo proposto na inicial, ou seja, multa diária de R$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Por outro lado, rejeito o pedido de condenação da OAB - Seção de São Paulo ao pagamento de indenização pelo fato de não ter atendido a requisição que resultou no ajuizamento desta ação civil pública. Muito embora se reconheça que as informações deveriam ter sido prestadas no prazo assinalado pelo Ministério Público do Trabalho, há que se admitir que o tema é polêmico, de modo que a recusa, se não era legítima, como agora restou assentado, tinha lá suas explicações.

Além disso, vê-se que a OAB - Seção de São Paulo não deixou de prestar as informações por ato arbitrário, tampouco se fez de desentendida. Na verdade, ao ser instado a prestar as informações, o Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina encaminhou polida resposta ao Procurador do Trabalho requisitante, dando as razões pelas quais entendia legítima a recusa, ou melhor dizendo, declinando o motivo pelo qual se julgava impossibilitado de atender o pedido, qual seja, a crença institucional no sentido de que a garantia prevista no Estatuto da

Advocacia quanto ao sigilo dos processos disciplinares é absoluta. E muito embora tal entendimento tenha sido rechaçado nesta sentença, há que se reconhecer que até a formação deste título judicial a tese era no mínimo defensável, o que afasta a configuração de ato ilícito.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para o fim de condenar a OAB - Seção São Paulo ao cumprimento de obrigação de fazer, que consiste em atender as requisições expedidas pela Procuradoria do Trabalho no Município de Araraquara em inquéritos civis com fundamento na Lei Complementar nº 75/1993, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Sem custa e honorários (art. 18, Lei 7.347/85).

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

Araraquara, 23 de setembro de 2015.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL
0000489-72.2015.4.03.6117

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: ANDRÉ ALVES DA Silva
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Juiz Federal: DANILO GUERREIRO DE MORARES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/09/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal condenatória, de iniciativa pública incondicionada, em que o Ministério Público Federal imputa a ANDRÉ ALVES DA SILVA, devidamente qualificado nos autos, a prática, em concurso material (art. 69 do Código Penal), dos delitos tipificados no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

Em apertada síntese, narra a denúncia ministerial que, em 31 de março de 2015 e, depois, em 7 de abril de 2015, na Rua João Lourival Mangili, 25, Jardim Paulista, em dois Córregos, Estado de São Paulo, o réu, voluntária e conscientemente, fez uso de documentos falsos (cédula de identidade e relatórios médicos), em nome de Sidney de Moraes, perante a Agência da Previdência Social de Dois Córregos.

Ainda, a prefacial descreve que, nas mesmas condições de tempo e espaço, acima discriminadas – ou seja, também por duas vezes, nos dias 31 de março de 2015 e 7 de abril de 2015 –, o réu tentou obter vantagem patrimonial ilícita em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social, representada pelo recebimento indevido de auxílio-doença (NB 31/610.004.809-8), mediante fraude, ao atribuir a si próprio identidade falsa (de Sidney de Moraes) e de se valer de documentos falsificados para esse fim (cédula de identidade e relatórios médicos em nome de Sidney de Moraes), o que não logrou alcançar por circunstâncias alheias à sua vontade.

A exordial acusatória escora-se em elementos informativos colhidos no bojo de inquérito policial conduzido pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru (fls. 2-143).

Presentes prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, a denúncia foi recebida em 24 de abril de 2015 (fls. 161-162).

Vieram aos autos folhas de antecedentes criminais e certidões de distribuição judicial (fls. 158-160 e 181).

O réu foi citado (fl. 205) e, no decêndio legal, ofereceu resposta escrita à acusação; na mesma manifestação, pugnou pela reconsideração de anterior decisão denegatória de liberdade provisória (fls. 184-186 e 198-200).

A pretensão defensiva foi rechaçada (fl. 187).

Ausentes hipóteses de absolvição sumária, passou-se, desde logo, à colheita da prova oral (fl. 187).

Durante a instrução criminal foram inquiridas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 220 e 232).

A defesa desistiu da oitiva das testemunhas que arrolara (fl. 220).

O acusado foi interrogado (fls. 220 e 232).

Na fase do art. 402, nada foi requerido pelas partes (fl. 220).

Houve renovação do pedido de liberdade provisória (fls. 233-236), o qual foi indeferido (fl. 241).

Finda a instrução processual, as partes ofereceram memoriais de alegações finais.

Por reputar comprovadas a materialidade delitiva e a autoria respectiva, o Ministério Público Federal requereu o integral acolhimento da pretensão punitiva deduzida na preambular e a consequente a condenação do réu como incurso no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, em concurso material.

Por sua vez, a defesa requereu a aplicação do princípio da consunção e a condenação apenas pela prática dos crimes de estelionato tentado. Ainda, pugnou pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão.

Posteriormente à apresentação dos memoriais finais, veio aos autos o laudo do exame documentoscópico realizado com base na cédula de identidade usada pelo réu (fls. 261-265).

As partes foram intimadas do novo documento, ocasião em que simplesmente ratificaram as alegações finais ofertadas (fls. 266 e 269).

Vieram-me os autos conclusos em 19 de agosto de 2015 (fl. 270).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. MÉRITO – MATERIALIDADE

A materialidade dos delitos de uso de documento falso, tipificados no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal, está sobejamente demonstrada nos autos, valendo referir, por essenciais à compreensão da dinâmica dos fatos *sub judice*, os seguintes elementos de convicção:

a) auto de prisão em flagrante lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru, em que a autoridade policial relata as circunstâncias da apreensão, por policiais militares, de um amontoado de exames e relatórios médicos falsos, bem como da cédula de identidade nº 21.109.549-7, supostamente expedida pela Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, em nome de Sidney de Moraes, mas com a foto do réu (fls. 2-9);

b) auto de apresentação e apreensão igualmente lavrado pela aludida unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, em que relacionados os documentos apreendidos em poder do réu, notadamente a supramencionada cédula de identidade (fls. 24-26);

c) relatório de informação nº 48, emanado da Assessoria de Pesquisa Estratégica e de Gerenciamento de Riscos da Secretaria Executiva do Ministério da Previdência Social, mediante o qual restou evidenciada a similitude entre alguns dados constantes das cédulas de identidade apresentadas pelo réu e pela suposta segurada Margarida Cubas da Silva Gonçalves (mesma assinatura do titular, mesma data de expedição e idêntico documento de origem – fl. 31, item "12") – que também comparecera à Agência da Previdência Social de Dois Córregos em 31 de março de 2015 para a realização de perícia médica (fls. 27-32);

d) exames ou relatórios médicos e a cédula de identidade nº 21.109.549-7, apreendidos em poder do réu (fls. 39, 42-59 e 265);

e) mensagem eletrônica (*e-mail*) procedente do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, a noticiar que o relatório médico apresentado à fl. 39 é falso, pois não foi emitido pelo respectivo Serviço de Arquivo Médico e Estatística, e que naquele nosocômio não há nenhum paciente denominado Sidney de Moraes (fls. 122-123);

f) laudo da perícia papiloscópica levada a efeito pelo Núcleo de Identificação da Delegacia de Polícia Federal de Bauru, segundo o qual a cédula de identidade nº 21.109.549-7 é inautêntica, pois a impressão digital nela aposta não foi produzida pelo réu (fls. 134-136);

g) laudo da perícia documentoscópica, realizada pela Unidade Técnico-Científica da

Delegacia de Polícia Federal de Presidente Prudente, a externar que a cédula de identidade nº 21.109.549-7 é material e ideologicamente falsa, porque, além de conter dados pessoais de indivíduos diversos (daí a falsidade ideológica), o suporte físico do documento carece dos requisitos de validade previstos na Lei nº 7.116/1983 e no Decreto nº 89.250/1983, apresentando os seguintes defeitos: dimensão superior à oficial, falta de impressão calcográfica, falta de impressão tipográfica da numeração no verso do espelho e falta do campo destinado ao registro do número de inscrição no PIS/PASEP (fls. 261-265).

Com efeito, referidos elementos probatórios – especialmente a mensagem eletrônica procedente do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e os laudos das perícias papiloscópica e documentoscópica – deixam claro que, em 31 de março de 2015 e, posteriormente, em 7 de abril de 2014, documentos contrafeitos, de natureza pública e privada, foram utilizados perante a Agência da Previdência Social de Dois Córregos para os fins de identificação pessoal e instrução de requerimento administrativo de benefício previdenciário (NB 31/610.004.809-8).

A propósito da cédula de identidade nº 21.109.549-7, em que pese o depoimento das testemunhas arroladas pela acusação – no sentido de consubstanciar falsificação grosseira –, convém ressaltar que se trata, sim, de documento revestido de potencial ludibriante. Tanto que inicialmente aceito pelos agentes públicos a serviço da autarquia previdenciária, os quais somente desconfiaram de sua inautenticidade porque, previamente ao primeiro atendimento do réu, recepcionaram pessoa suspeita (identificada como Margarida Cubas da Silva Gonçalves), alegadamente já atendida em outra ocasião e com outro nome, cujos dados eram parcialmente coincidentes com os do réu.

No tocante aos delitos de estelionato majorado tentado, previstos no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, do Código Penal, a materialidade delitiva é igualmente induvidosa, centrando-se nos seguintes elementos probatórios:

a) cópia do boletim de ocorrência nº 3.202/2015, lavrado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, contendo a primeira narrativa da prisão do réu em flagrante delito, ocorrida ainda no interior da Agência da Previdência Social de Dois Córregos (fls. 96-100);

b) auto de prisão em flagrante lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Bauru, em que, além de relatar a apreensão dos citados documentos falsos (relatórios médicos e cédula de identidade), a autoridade policial noticia a prisão em flagrante do réu no instante em que deixava a sala da perícia médica, da Agência da Previdência Social de Dois Córregos (fls. 2-9);

c) auto de apresentação e apreensão igualmente lavrado pela sobredita unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, em que relacionados os documentos apreendidos em poder do réu, notadamente o requerimento administrativo de auxílio doença registrado na autarquia previdenciária sob o nº 31/610.004.809-8 (fls. 24-26);

d) cópia integral dos autos do processo administrativo previdenciário nº 165.265.059 (NB 31/610.004.809-8), instaurado a partir do malicioso requerimento eletrônico formulado em nome do segurado Sidney de Moraes (fls. 65-80).

Tais provas demonstram com clareza meridiana que, por duas vezes – primeiro em 31 de março de 2015, depois em 7 de abril de 2015 –, foram praticados atos preordenados à obtenção de benefício previdenciário indevido, mediante o emprego de expediente fraudulento, consubstanciado em documentos públicos e privados, material e ideologicamente falsos. Atos esses que somente não foram levados a termo por circunstâncias alheias à vontade do respectivo executor, consistentes em oportuna intervenção dos agentes da autarquia previdenciária e da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Quanto ao crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), que o

Parquet Federal acertadamente reputa cristalizado na confissão do réu (interrogado em juízo, o réu admitiu ter entregado uma foto para uma pessoa denominada "Coelho", que se encarregou de obter a cédula de identidade falsa na Praça da Sé, no Município de São Paulo – fls. 220 e 232), descabem indagações mais profundas, já que a ele a denúncia não faz menção.

Para o êxito da presente persecução penal, afiguram-se suficientes as provas pericial e oral, que confirmam a falsidade material e ideológica da reiteradamente mencionada cédula de identidade e, pois, conferem lastro probatório à acusação de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal).

2.2. MÉRITO – AUTORIA E DOLO

A autoria delitiva é extreme de dúvidas.

Com efeito, as testemunhas arroladas pela acusação foram uníssonas ao atribuir ao réu a prática das condutas consistentes em utilizar, por duas vezes consecutivas – primeiro em 31 de março de 2015 e depois em 7 de abril de 2015 –, documentação pública e privada (relatórios médicos e cédula de identidade), material e ideologicamente falsa, para os fins de identificação pessoal e de instrução de requerimento administrativo de benefício previdenciário por incapacidade laborativa supostamente resultante de neoplasia maligna (*rectius*, auxílio-doença).

Confira-se, por ilustrativo, o depoimento prestado por Gilberto Germano Gabas, policial militar que atendeu a ocorrência que resultou na prisão em flagrante do réu:

> Participou da diligência que redundou na prisão do réu; o gerente do INSS de Dois Córregos suspeitou da autenticidade da documentação apresentada pelo réu e, então, remarcou a perícia médica; quando o réu estava sendo atendido pelo médico, o cabo Contaroto o abordou dentro da agência; o depoente abordou as pessoas que estavam fora da agência, ao lado de um carro; com o réu foram encontrados exames médicos, laudos etc. que falavam que o réu tinha câncer; os documentos estavam em nome de outra pessoa; inicialmente, o réu se identificou com outro nome; na busca pessoal foi encontrado o RG com o nome verdadeiro; no final da ocorrência, o réu confessou que praticou a fraude, pois estava devendo dinheiro para algumas pessoas; dias antes da prisão em flagrante, o réu esteve na agência do INSS de Dois Córregos, ocasião em que Bruno, o gerente, notou que a documentação era falsa; o réu estava acompanhado de um a mulher e de um senhor; o RG falso não pertencia a nenhum dos acompanhantes do réu; o réu estava falando que estava com câncer.

Leia-se, também, o depoimento prestado por Bruno Henrique Pereira, então gerente da Agência da Previdência Social de Dois Córregos:

> O depoente trabalha na agência da Previdência Social em Dois Córregos; a desconfiança em relação à documentação se deu no dia 31 de maio, data agendada para a médica perícia do réu e de MARIA CUBAS DA SILVA GONÇALVES; a suspeita surgiu quando esta mulher foi atendida; um dos servidores desconfiou, pois recordou já ter atendido essa pessoa, porém, com outro nome; o depoente determinou que fosse separado o processo administrativo de MARIA; depois, foi chamado o réu para a perícia; na ocasião, o depoente constatou que diversos dados constantes do RG do réu eram idênticos aos do RG de MARIA; o réu se identificou com o RG falso; no processo administrativo havia atestados médicos; no dia 31 de março, o depoente comunicou seus superiores, enquanto que outros servidores comunicaram a polícia; no dia marcado para o retorno, o réu foi autuado em flagrante pela Polícia Militar; o réu apresentou documentos médicos de São Paulo; o réu ia pleitear auxílio-doença; o depoente não investigou a doença de que o réu se dizia portador.

Destaque-se que, além de uníssonos e acordes entre si, referidos depoimentos estão em perfeita sintonia com a versão apresentada na fase inquisitorial da presente persecução penal, mais precisamente por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante que embasou a abertura do inquérito policial em apenso (fls. 2-9).

Mas não é só.

Ao ser interrogado, tanto na fase policial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório, o réu admitiu a prática delitiva (fls. 7-9, 220 e 232). Confira-se o teor do interrogatório judicial:

> É casado; é divorciado do primeiro casamento; casou-se de novo para poder receber visitas no CDP; tem dois filhos do primeiro casamento; antes da prisão, prestava serviços para três empresas como motoboy, ganhava R$ 1.500,00 de cada empresa; primeiro grau completo; já foi preso e processado anteriormente; em 2003 foi preso por receptação, mas foi absolvido; em 2006 foi preso por tráfico, mas foi absolvido, pois o dono da droga assumiu a responsabilidade; em 2008 foi preso novamente, em assalto; acabou se endividando (documento atrasado da moto, pensão dos filhos etc.); na Vila Nova Cachoeirinha, em São Paulo, conheceu "Coelho", o qual ofereceu o serviço; "Coelho" ofereceu R$ 500,00 para passar por perícia em Dois Córregos; "Coelho" pediu uma foto para fazer um RG falso na Praça da Sé; não sabe por que o golpe foi aplicado em Dois Córregos, pois tudo foi providenciado por "Coelho"; na primeira oportunidade, "Coelho" pediu para esperar, pois havia mandado outra pessoa, a qual deveria ser periciada em primeiro lugar; aguardou algum tempo e passou o seu horário; foi remarcada a perícia; quando voltou ao INSS pela segunda vez, foi preso na sala do médico.

O dolo é igualmente cristalino, pois, ao ser interrogado em juízo, o réu asseverou estar plenamente ciente da falsidade da cédula de identidade nº 21.109.549-7, a qual teria sido providenciada por um tal "Coelho" na Praça da Sé, em São Paulo. Disse, mais, que não é portador de neoplasia maligna e que aderiu à empreitada criminosa engendrada por "Coelho", pois estava precisando de dinheiro para pagar contas atrasadas (licenciamento da moto, pensão alimentícia dos filhos etc.).

Esse o quadro, a condenação é medida que se impõe.

2.3. MÉRITO – TIPICIDADE, ILICITUDE, CULPABILIDADE E PUNIBILIDADE

As condutas consistentes em usar documento público falso – levadas a efeito mediante a apresentação da cédula de identidade nº 21.109.549-7 aos agentes administrativos da Agência da Previdência Social de Dois Córregos nos dias 31 de março e 7 de abril de 2015 –, amoldam-se com perfeição ao disposto no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal (norma penal em branco secundariamente remetida).

A pretensão defensiva no sentido de ver tais ilícitos penais absorvidos pelos crimes de estelionato tentado (inteligência da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, consagradora do princípio da consunção entre os crimes de falso e estelionato) afigura-se despropositada, uma vez que, por consubstanciar documento de identificação para todos os fins (Lei nº 7.116/1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.250/1983), inclusive para o de dispensar a identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, com as ressalvas da Lei nº 12.037/2009), a cédula de identidade falsificada reveste-se de potencialidade lesiva que transcende a mera tentativa de obtenção de vantagem patrimonial ilícita.

Para bem ilustrar o que venho de referir, trago à colação as considerações feitas na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal:

> Deve ser ressaltado, por fim, que, embora o uso de documento falso possa, eventualmente,

> ser considerado meio para execução do estelionato, é certo que, no caso em tela, não teria o condão de ser por este absorvido. Isso porque, em se cuidando de documento público de identificação, tem-se que a potencialidade lesiva deste não se exaure na pretendida obtenção da vantagem econômica indevida, porquanto pode, sabidamente, ser utilizado na prática de outras infrações, dada a essencialidade de tal documento na quase totalidade dos negócios civis praticados em geral (fl.156).

Por outro lado, os documentos particulares encontrados em poder do réu e também usados para instruir o malsinado requerimento administrativo de benefício previdenciário por incapacidade dirigido à Agência da Previdência Social de Dois Córregos (relatórios e exames médicos expedidos pelo Instituto do Câncer do Estado de São Paulo) merecem tratamento diferenciado e favorecido.

Conquanto capazes, em tese, de configurar o delito do art. 304 c/c o art. 298, ambos do Código Penal, as condutas consistentes em utilizar os aludidos papéis restou absorvida pelos delitos de estelionato majorado tentado, nos termos da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça (princípio da consunção). Isto porque o emprego de tais exames e relatórios médicos traduziu-se em simples meio para a perpetração da fraude previdenciária, não sendo possível atribuir-lhes potencialidade lesiva adicional.

Por derradeiro, as condutas consistentes em tentar obter benefício previdenciário por incapacidade mediante fraude (uso de documentação material e ideologicamente falsa, de natureza pública e privada), em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social, subsumem-se ao art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Superada a análise da tipicidade penal, observo que não há nenhuma causa de exclusão da ilicitude da conduta criminosa atribuída ao réu.

Nem mesmo de estado de necessidade se pode cogitar, pois não estão presentes os requisitos da *inevitabilidade do perigo e da lesão* e da *proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado* (art. 24, *caput*, do Código Penal). O primeiro a significar que, "característica fundamental do estado de necessidade é que o perigo seja inevitável, bem como seja imprescindível, para escapar da situação perigosa, a lesão a bem jurídico de outrem"[1]. O segundo a sugerir que somente se admite a invocação da excludente do estado de necessidade justificante (assim entendido aquele que afasta a ilicitude da conduta) "para salvar bem de maior ou igual valor ao do sacrificado"[2].

Deveras, no caso concreto, a alegada situação de perigo, supostamente decorrente das dívidas contraídas pelo réu com o licenciamento da sua moto e com a pensão alimentícia devida aos filhos, poderia ter sido evitada mediante a realização de outros trabalhos informais, além daqueles mencionados nas declarações invocadas do derradeiro pedido de liberdade provisória (fls. 224-226 e 233-236), sendo mesmo absurdo pensar em sacrificar os já combalidos cofres da Previdência Social para, egoisticamente, assegurar ao réu a satisfação de suas necessidades pessoais.

Tampouco se verificam dirimentes penais, estando presentes na espécie todos os elementos que integram a culpabilidade, a saber: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.

Nem se invoque inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois no caso concreto era perfeitamente exigível que, para saldar suas dívidas

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 265.
2 *Idem*.

civis, o réu lançasse mão de expediente lícitos (trabalhos informais, por exemplo), em vez de regressar ao odioso e repugnante universo da criminalidade.

Finalmente, convém pontuar a inexistência de causas extintivas da punibilidade.

3. DOSIMETRIA DA PENA

Assentada a responsabilidade do réu pelos múltiplos fatos descritos na denúncia, passo à dosimetria da reprimenda criminal corresponente, fazendo-o de forma motivada (art. 93, IX, da Constituição Federal), com estrita observância ao princípio constitucional da individualização (art. 5º, XLVII, da Constituição Federal), segundo os cânones do sistema trifásico (art. 68, *caput*, do Código Penal).

3.1. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As condutas perpetradas pelo réu são merecedoras de qualificado juízo de reprovação penal, na medida em que se preordenaram a espoliar os escassos recursos disponibilizados ao Instituto Nacional do Seguro Social para a gestão do Regime Geral de Previdência Social – reconhecidamente deficitário. Recursos estes que, por imposição constitucional, somente podem fazer frente àquelas contingências elencadas no art. 201, *caput*, I a V, da Lei Maior, sob pena de restar quebrantado o equilíbrio financeiro e atuarial perseguido pela Previdência Social.

Por razões óbvias, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, postulado fundante da Seguridade Social brasileira (art. 194, parágrafo único, I, da Constituição Federal), não tem e nem pode ter a amplitude pretendida pelo réu – que, indiretamente, deles pretendeu lançar mão para satisfazer suas necessidades privadas.

Em que pese o juízo negativo acerca da culpabilidade do réu, observo que tal circunstância judicial não será valorada na fixação da pena-base dos crimes de estelionato, pois, na terceira etapa da dosimetria da reprimenda criminal, farei incidir a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, a qual, na esteira da interpretação sedimentada na Súmula 24 do Superior Tribunal de Justiça, implicará a majoração em 1/3 da pena referente ao crime de estelionato previdenciário (princípio do *ne bis in idem*).

O réu ostenta péssimos antecedentes criminais, pois, nos autos das ações penais nºs 0003648-57.2008.8.26.0050 e 0003649-42.2008.8.26.0050, que tramitaram perante a 10ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, foi condenado pela prática de crimes de roubo às seguintes penas, respectivamente: a) 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 15 (quinze) dias-multa (*trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*); b) 11 (onze) anos e 25 (vinte e cinco) dias-multa (*trânsito em julgado em 18 de dezembro de 2009*) (cf. fls. 159-160 e inclusos extratos de movimentação processual, obtidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Assim, uma dessas máculas será valorada nesta fase da dosimetria da pena, à guisa de maus antecedentes (condenação referente à ação penal nº 0003649-42.2008.8.26.0050, com *trânsito em julgado em 18 de dezembro de 2009*), enquanto que a outra (condenação referente à ação penal nº 0003648-57.2008.8.26.0050, com *trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*) será relegada para a etapa concernente à definição da pena intermediária, para efeito de reincidência (art. 61, I, do Código Penal). Com isso, evitar-se-á o *bis in idem*.

Nada foi apurado sobre sua conduta social ou personalidade, inexistindo elementos capazes de desaboná-las.

O motivo das práticas criminosas (obtenção de recursos financeiros para o pagamento de dívidas) não deve receber nenhum juízo negativo, visto que inerente aos tipos penais referidos na denúncia.

As circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, não havendo elementos para a sua valoração desfavorável ao réu.

Por fim, tratando-se de crime atentatório a objetividades jurídicas difusas (patrimônio público e fé pública), não há que se falar em análise do comportamento da vítima.

Destarte, considerando que as circunstâncias judicias (art. 59, *caput*, do Código Penal) são desfavoráveis ao réu, fixo as *penas-base* nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 31 de março de 2015;

b) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 7 de abril de 2015;

c) 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 31 de março de 2015;

d) 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

O réu confessou a prática dos delitos que lhe foram imputados, de modo que faz jus à atenuação da pena nos moldes do art. 65, III, "d", do Código Penal.

De outro vértice, a condenação referente à ação penal nº 0003648-57.2008.8.26.0050, em que foi aplicada ao réu pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias multa, com *trânsito em julgado em 30 de maio de 2011*, configura reincidência (art. 61, I, do Código Penal), pois não se tem notícia do transcurso de prazo depurador entre a extinção ou cumprimento da sanção penal correspondente e a prática dos delitos ora sindicados (art. 64, I, do Código Penal).

Assim sendo, atento ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.341.370/MT[3], submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, promovo a compensação das aludidas circunstâncias legais (atenuante e agravante), para o fim de manter as *penas intermediárias* nos patamares iniciais, acima referidos.

Não há causas de diminuição ou aumento referentes aos crimes de uso de documento falso, cujas penas devem ser mantidas tal como inicialmente arbitradas.

Porém, o mesmo não se pode dizer dos crimes de estelionato, para os quais incide a causa geral de diminuição atinente à tentativa, prevista no art. 14, II, do Código Penal. É que, conforme narrado no capítulo referente à fundamentação, embora tenha adotado todas as cautelas necessárias à consumação dos delitos, o réu não logrou êxito na empreitada criminosa por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nessa ordem de ideias, considero que ao crime praticado em 31 de março de 2015 deve ser aplicada a causa de diminuição em sua fação máxima, ou seja, 2/3 (dois terços). Isto porque, embora tenha ingressado na Agência da Previdência Social de Dois Córregos, o réu não chegou a ser atendido pelo médico perito encarregado de examiná-lo, limitando-se a deflagrar o procedimento administrativo preliminar de atendimento.

Por outro lado, o delito verificado em 7 de abril de 2015, igualmente circunscrito à esfera da tentativa, deve ter redução menor, na fração de ½ (metade), pois o réu chegou a ser

3 RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. *É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.* 2. Recurso especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013 – destaquei).

efetivamente submetido a avaliação pericial, sendo preso em flagrante somente quando se retirava da sala do médico.

Além da sobredita minorante (art. 14, II, do Código Penal), consectário lógico do reconhecimento judicial do *conatus*, deve incidir, ainda, a causa especial de aumento decorrente da vulneração ao patrimônio de entidade de direito público – no caso, a autarquia previdenciária –, nos termos do art. 171, § 3º, do Código Penal e Súmula 24 do Superior Tribunal de Justiça.

De tal sorte que fixo as penas definitivas nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 31 de março de 2015;

b) 3 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa para o crime de uso de documento falso praticado em 7 de abril de 2015;

c) 8 (oito) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 31 de março de 2015;

d) 1 (um) ano de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

O acervo probatório coligido demonstrou que os crimes de uso de documento falso foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Com efeito, ambos foram levados a termo pelo réu no interior da Agência da Previdência Social de Dois Córregos, mediante a apresentação de exames médicos e documento de identidade contrafeitos, em um intervalo temporal inferior a dez dias (31 de março de 2015 e 7 de abril de 2015).

Idêntica assertiva prospera em relação às tentativas de estelionato, volvidas à obtenção de vantagem patrimonial indevida (auxílio-doença previdenciário) em prejuízo dos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social. Deveras, também aqui se verifica identidade no tocante às condições temporais, espaciais e circunstanciais.

Esse o quadro, tendo em vista que os segundos crimes representam, literalmente, a continuação dos primeiros (já que o retorno do réu à entidade previdenciária em 7 de abril de 2015 decorreu de um novo agendamento do primitivo atendimento, ocorrido em 31 de março de 2015), é mister reconhecer a continuidade delitiva, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal.

Ante o número de infrações penais praticadas pelo réu (dois usos de documento falso e dois estelionatos tentados), as penas respectivas devem ser majoradas em 1/6 (um sexto), consoante expressivo magistério jurisprudencial:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 171 C.C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL.[...] (4) CONTINUIDADE DELITIVA. *QUANTUM* DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. [...] ORDEM DE OFÍCIO. [...] 4. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, *em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações*; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de infrações cometidas pela ré (apesar de não se ter apurado o número de condutas, restou evidente das provas que foram muitas, ocorridas durante o espaço de mais de um ano, sendo utilizadas várias dezenas de cheques falsificados ou adulterados, como eficaz meio fraudulento para os crimes), por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 (metade) viável. [...] 8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena da paciente para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 120 (cento e vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 283.720/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014 – destaquei)

O critério da exasperação deve ser adotado inclusive para a pena de multa, pois, segundo a moderna doutrina e a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Jusitça, nessa hipótese "não há concurso de crimes mas crime único, e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena privativa de liberdade"[4]. Confira-se:

> HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DE FATOR PARA MINORAR A MAJORAÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. MULTA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Extorsão e roubo. Continuidade delitiva reconhecida pelo Tribunal de origem, com aplicação do acréscimo de 1/2 (um meio). 2. Pretensão defensiva: redução do quantitativo, para 1/6 (um sexto). O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de inexistir continuidade delitiva entre estes crimes, pois são de espécies distintas. Contudo, reconhecida a continuidade delitiva pela instância *a quo*, inexistindo recurso do Órgão Ministerial, quando à aplicação deste instituto, o implemento das regras concernentes à figura do crime único deve seguir os parâmetros legais. 3. O art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não se encontrando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva. 4. Dosimetria da pena refeita. 5. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do sentenciado em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) dias-multa. (HC 221.782/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012 – destaquei)

Destarte, atento às regras da continuidade delitiva, fixo as penas nos seguintes patamares:

a) 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa para o crime de uso de documento falso;

b) 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 38 (trinta e oito) dias-multa para o crime de estelionato praticado em 7 de abril de 2015.

Mas não é só.

Os crimes de uso de documento falso e de estelionato majorado tentado foram perpetrados mediante uma única ação, porém, com desígnios autônomos, sendo certo que o réu atuou com vontade livre e consciente na prática de ambos. Por conseguinte, deve ser-lhes aplicada a regra do concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal), com a consequente soma das penas (critério do cúmulo material).

Forte em tais premissas, torno a *pena definitiva* em *4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 154 (cento e cinquenta e quatro) dias-multa*.

Atento à situação financeira do réu, que nem sequer possui emprego formal – sendo mesmo duvidosa a autenticidade das declarações anexadas aos autos quando da audiência de instrução (fls. 224-226) –, fixo o dia-multa no valor mínimo legal, ou seja, em *1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos*, devendo ser atualizado monetariamente quando do pagamento (art. 49 do Código Penal).

Para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ora aplicada, fixo o *regime fechado*, pois o réu é reincidente e as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis (art. 33, §§ 2º, "c", e 3º do Código Penal c/c art. 59, III, do Código Penal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça).

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por-

4 *Ob. cit.*, p. 544.

quanto ausentes os requisitos previstos nos incisos I a III do art. 44 do Código Penal (superado o limite máximo de quatro anos; réu reincidente; circunstâncias judiciais desfavoráveis).

Ausentes o requisito objetivo previsto no *caput* do art. 77 do Código Penal (pena igual ou inferior a dois anos) e os requisitos subjetivos previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal (réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis), o *sursis* também se afigura juridicamente inviável.

4. DISPOSITIVO

Em face do exposto, *julgo parcialmente* procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para o fim de *condenar* o réu ANDRÉ ALVES DA SILVA, devidamente qualificado nos autos, à pena de *4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 154 (cento e cinquenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo* vigente à época dos fatos, pela prática dos delitos tipificados no art. 304 c/c art. 297 e no art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, em concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal).

Em que pese o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deixo de fixar valor mínimo a título de reparação pelos danos causados pelas infrações penais, pois, não tendo havido requerimento ministerial nesse sentido, eventual condenação vulneraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (AgRg no AREsp 311.784/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 28/10/2014).

O réu não poderá recorrer em liberdade.

Conquanto superada a alegação de risco à efetividade da instrução criminal, ainda subsiste o *periculum libertatis* divisado por ocasião da conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 116-121 e 170-172), pois, como não possui residência fixa, o réu poderá se evadir e, com isso, frustrar a aplicação da lei penal.

Mantenho a prisão preventiva.

Recomende-se o réu na prisão em que se encontra e, oportunamente, expeça-se mandado de prisão por sentença.

Havendo a interposição de recurso, expeça-se guia de recolhimento provisória, nos termos do art. 294 do Provimento nº 64/2005, da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região.

Durante a execução da pena, deverá ser observada a detração penal, de forma que o tempo de prisão cautelar seja computado na pena privativa de liberdade (art. 42 do Código Penal e art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal).

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais (art. 804 do Código de Processo Penal e art. 6º da Lei nº 9.289/1996).

Após o trânsito em julgado, determino que a Secretaria da Vara adote as seguintes providências: lance o nome do réu no rol dos culpados; expeça ofício para o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal; expeça os demais ofícios de praxe.

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

Jaú, 21 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto DANILO GUERREIRO DE MORAES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0002822-15.2015.4.03.6111

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP
Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES
Disponibilização da Decisão: REGISTRO EM TERMINAL 03/08/2015

Por primeiro, torno sem efeito a determinação anterior de se dar vista aos autores após as manifestações da União e do Estado de São Paulo (fl. 212vº); passando-se, assim, à imediata apreciação dos pedidos liminares.

Os autores requerem provimento liminar determinando: a) suspensão das atividades da FAMAR; b) que a União e o Estado de São Paulo suspendam os repasses à FAMAR; c) à União designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação e, ainda, apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA; d) ao Estado de São Paulo que promova a intervenção na FAMEMA e no HCFAMEMA, substituindo os atuais ocupantes dos cargos de direção administrativa e técnica, bem como para suspender o "plantão de disponibilidade do cuidado" – fl. 14vº.

Ao final, almejam os autores a procedência com o acolhimento dos seguintes pedidos constantes da última folha da petição inicial (fl. 15):

> b1) a condenação da ré *União* na obrigação de fazer consistente em, por meio do DENASUS, realizar auditoria no Complexo Assistêncial FAMEMA, apresentando em Juízo as constatações alcançadas e as medidas adotadas diante dessas constatações;
> b2) a condenação do réu *Estado de São Paulo* na obrigação de fazer consistente em intervir nas autarquias FAMEMA e HCFAMEMA, nos moldes disciplinados pelo Decreto-Lei Complementar Estadual nº 7/69, apresentando em Juízo relatório mensal das medidas implementadas;
> b3) a condenação dos réus *União* e *Estado de São Paulo* na obrigação de não fazer consubstanciada na cessação de repasse de verbas à *FAMAR*;
> b4) a decretação da extinção da *FAMAR*, determinando-se a incorporação do patrimônio dessa fundação a outra de mesma finalidade a ser designada por esse Juízo; (Destaques no original).

Delimitada a demanda, enfrento, agora, os pedidos liminares.

a) Suspensão das atividades da FAMAR – Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília.

Para um melhor entendimento, registro que o doutrinador civilista Carlos Roberto Gonçalves, acerca das fundações, nos ensina:

> (...) constituem um acervo de bens, que recebe personalidade jurídica para a realização de fins determinados, de interesse público, de modo permanente e estável. (...)
> A fundação compõe-se, assim, de dois elementos: o patrimônio e o fim. Este é estabelecido pelo instituidor e não pode ser lucrativo, mas social, de interesse público. A propósito, inovou o Código de 2002 ao prescrever, no parágrafo único do supratranscrito art. 62, que a '*fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência*'. A limitação, inexistente no Código de 1916, tem a vantagem de impedir a instituição de fundações para fins menos nobres ou mesmo fúteis.

> Registre-se que se vem entendendo que a enumeração aparentemente restritiva dos fins de uma fundação, no citado dispositivo legal, é meramente exemplificativa, admitindo-se possa ela se prestar a outras finalidades, desde que afastado o caráter lucrativo. Nessa trilha, o Enunciado nº 9 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *verbis*: 'O art. 62, parágrafo único, do Código Civil deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos'. Por sua vez, o Enunciado nº8 proclama que a 'constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendido' no aludido dispositivo.
> (...)
> *O Ministério Público, encarregado de velar pelas fundações (CC, art. 66), poderá propor medidas judiciais para remover o improbo administrador da fundação,* ou lhe pedir contas que está obrigado a prestar, *e até mesmo para extingui-la, se desvirtuar as suas finalidades e tornar-se nociva (art. 69).* (...)
> As fundações *extinguem-se* em dois casos: a) *se se tornar ilícita (nociva), impossível ou inútil a sua finalidade;* b) se vencer o prazo de sua existência (CC, art. 69). *A primeira hipótese é rara, mas poderá ocorrer se houver grave e criminoso desvio de finalidade* ou mudança no ordenamento jurídico, tornando ilícito fato que antes não era. A impossibilidade decorre, via de regra, de problemas financeiros, decorrentes muitas vezes de mudanças na política econômica do país, ou de má administração. A inutilidade da finalidade pode ocorrer principalmente quando o fim colimado já foi alcançado (...)[1] (Negritei)

Outrossim, dispõe o Código Civil, *in verbis:*

> Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.
> (...)
> Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

No mesmo sentido do disposto no art. 69 do CC é o contido no art. 1.204 do CPC:

> Art. 1.204. Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:
> I - se tornar ilícito o seu objeto;
> II - for impossível a sua manutenção;
> III - se vencer o prazo de sua existência.

Diante da lição doutrinária e dos dispositivos legais antes transcritos concluo que o nosso ordenamento jurídico prevê a extinção de fundação, bem como a legitimidade (ativa) do Ministério Público para fazer tal pedido, o que implica dizer que é possível, em tese, a extinção da ré Famar.

Ocorre que, o pedido final de sua extinção (item VIII, "b4" da inicial – fl. 15) e, por consequência, o pedido liminar de suspensão de suas atividades, não podem ser aqui apreciados, pois é evidente que este juízo é incompetente para deles conhecer.

É que, apesar de ser perfeitamente possível, a critério do autor, a cumulação de pedidos

1 *Direito civil brasileiro: parte geral*, Vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240-247.

num mesmo processo, é indispensável, dentre outros requisitos de admissibilidade, "que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo" – art. 292, § 1º, inciso II, do CPC.

Veja-se que a aludida ré, como reconhecem os próprios autores na petição inicial, é uma fundação de direito privado. Não consta ela, por óbvio, do taxativo rol do art. 109, I da CF/88:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

O E. STJ já teve oportunidade de decidir que "(...) A competência cível da Justiça Federal encontra-se definida, como regra geral, com base na natureza das partes envolvidas no processo (*ratione personae*), independentemente da índole da controvérsia exposta em juízo, por força das disposições do art. 109, I, da Constituição Federal (...)".[2]

Há que se respeitar o princípio do juiz natural. Esse relevante princípio possui duas faces e está contido em nossa Constituição Federal de 1.988 a qual prevê em seu art. 5º que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (inciso XXXVII) e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (inciso LIII).

É um direito fundamental de toda pessoa (natural e jurídica) que decorre do princípio da igualdade e consiste "(...) na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais ou juízos para casos determinados"[3].

Dizendo de outra forma, é uma garantia constitucional dirigida a "(...) dois destinatários: o cidadão, que deve submeter-se ao juízo aleatório do Estado, sem procurar romper a regra da livre distribuição, e o Estado, que não pode definir o juiz para determinado cidadão ou caso"[4].

Na sua primeira vertente, podemos dizer que o órgão jurisdicional responsável pelo processamento e julgamento de determinado caso deve já estar instituído e em funcionamento em data anterior ao próprio caso a ele submetido, ou seja, os fatos devem ser posteriores à criação e instalação do órgão jurisdicional incumbido de apreciá-los.

Noutra face, "(...) as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. *Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato as regras de competência já apontam o juízo adequado*, utilizando-se, até, o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha (...)"[5] (Negritei).

Na verdade, entendo competir à Justiça Estadual processar e apreciar os aludidos pedidos. A propósito, assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação Civil Pública visando a extinção da Fundação Paulino Guimarães. Distribuição recusada pelo Juízo da Família e Sucessões, o qual, declinou, de ofício da Competência e remeteu os autos a uma das Varas Cíveis. Impossibilidade. Competência

2 AGRCC 201200099960, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, v.u., DJE DATA:30/05/2012.
3 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 130.
4 *Ibidem*, p. 131.
5 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – 1º. Vol.*, 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

> estabelecida pelo Decreto-Lei Complementar nº 03/69 ("h", II, art. 37). Conflito configurado. Competência do suscitado.
> (Acórdão nº 01188671, de 11/12/2006, no CC 131.320-1/1-00, Câmara Especial, Rel. Desembargador Sidnei Beneti, v.u.).

Como se sabe, "(...) a incompetência para um dos pedidos exclui a possibilidade de cumulação. Tratando-se de incompetência absoluta, o juiz conhecerá de ofício (...)".[6] (Negritei).

A corroborar o meu posicionamento, vale a pena reproduzir o enunciado nº 170 das Súmulas do E. STJ:

> Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio.

Em resumo, não deveriam os autores, nesta ação, ter formulado, em cumulação, os pedidos de suspensão das atividades da Famar e, depois, de sua extinção. Como não respeitaram esta elementar regra, não há como conhecer, nestes autos, de tais pedidos.

Consigne-se que "(...) se o juiz indefere um dos pedidos cumulados na mesma petição inicial, determinando a citação do réu quanto aos demais, proferiu decisão interlocutória, pois julgou uma ação, mas não encerrou o processo (...)".[7] (Negritei).

Reforçando este modo de pensar, Humberto Theodoro Júnior já pontificou:

> (...) sempre que alguma questão integrante do mérito ficar relegada para ulterior solução [na hipótese, por outro juízo], o caso será de decisão incidente qualificável como decisão interlocutória. O recurso será o agravo e a marcha do processo rumo à resolução final do litígio não sofrerá prejuízo, porque os autos não terão de subir ao tribunal para julgamento do recurso.[8]

Colaciono clara e profícua lição doutrinária que, após apontar a finalidade e o alcance do disposto no inciso II do § 1º do art. 292 do CPC[9], sintetiza, com peculiar precisão, o meu entendimento acerca da solução a ser dada para a questão em debate:

> O segundo requisito legalmente exigido para se permitir a cumulação de causas diz respeito à competência do juízo. O que se pretende estabelecer com esse requisito *é a necessidade de que o juízo onde se encontra em curso a cumulação de causas seja competente para o julgamento de todas elas*.
> Significa dizer que, *no caso de o órgão judicial ser absolutamente incompetente para a apreciação de alguma das causas ou pedidos, este não será julgado*. Poderá ocorrer, então,

6 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 2º Vol., 16ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.
7 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 672.
8 *As novas reformas do Código de processo civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6-7.
9 "Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.
§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:
I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;
II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.
§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário." (Negritei).

> o desmembramento das causas, por meio de declínio de competência, para seu julgamento em separado, cada qual perante o juízo respectivamente competente. Já no caso da cumulação de pedidos prevista no art. 292 do CPC, em regra, aquele que não for da competência do juízo deverá ser extinto sem julgamento de mérito em face da ausência de um pressuposto processual de validade. *Há quem entenda, porém, que, na hipótese de a demanda se encontrar em seu início, o pedido para o qual o juízo seja absolutamente incompetente poderá ser excluído do curso do processo por meio de decisão interlocutória.*
> (...) *não é admitida a reunião de processos conexos na Justiça Federal quando uma das demandas versar sobre matéria de competência da Justiça Estadual. Como a competência da Justiça Federal possui natureza absoluta, baseada no critério* ratione personae, *afigura-se incabível pretender a prorrogação da sua competência para julgamento em conjunto com outra causa de competência da Justiça Estadual, pois, do contrário, seriam burladas as regras gerais de competência.*
> *Se assim não fosse, uma demanda que teoricamente jamais seria julgada pela Justiça Federal, passaria a sê-lo* (...)[10] (Negritei).

b) Determinação ao Estado de São Paulo para: promover a intervenção na FAMEMA e no HCFAMEMA, substituindo os atuais ocupantes dos cargos de direção administrativa e técnica, bem como para suspender o "plantão de disponibilidade do cuidado" e os repasses à FAMAR.

Por coerência e lógica, há que se aplicar o mesmo posicionamento antes externado a todos os pedidos formulados nestes autos em desfavor do Estado de São Paulo.

Veja-se que o Estado de São Paulo é uma pessoa jurídica de direito público interno. Por outro lado, a Faculdade de Medicina de Marília (FAMEMA) foi transformada em autarquia estadual pela Lei Estadual nº 8.898/94[11]. Já o HCFAMEMA foi recentemente criado, juridicamente falando, como entidade autárquica, pela Lei Complementar Estadual nº 1.262, de 06 de maio de 2015, publicada em 07/05/2015[12]. Ambas as autarquias estão, portanto, vinculadas ao próprio Estado de São Paulo. Essas três pessoas jurídicas também não figuram no exaustivo rol do inciso I do art. 109 da CF/88.

Não integrando as aludidas pessoas jurídicas o constitucional rol de competências - *numerus clausus* - dos juízes federais, não compete a este juízo processar e julgar os pedidos inseridos no item VIII, "b2" e "b3" da inicial – fl. 15, ou seja, escapa à alçada deste juízo, no meu entender, a apreciação do pedido de imposição de obrigação de fazer ao Estado de São Paulo consistente em intervenção nas autarquias estaduais denominadas FAMEMA e HCFAMEMA e, ainda, dos pedidos de suspensão do noticiado plantão *sui generis* e de imposição obrigação de não fazer - abstenção de repasses de verbas públicas à Famar.

O processamento e o julgamento destes pedidos, indevidamente cumulados nestes autos, também competem à Justiça Estadual.

Não é demais dizer que a União, conforme se extrai de sua pontual manifestação, não declinou ter interesse processual em relação a todos os pedidos antes referidos e que são, com se viu, da competência residual da Justiça Estadual.

Remanescem nestes autos, portanto, somente os pedidos de determinação à União para: suspender os repasses à FAMAR e designar, via DENASUS, auditores para auxiliar nos traba-

10 SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 172-173 e 197.
11 http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1262-06.05.2015.html; acesso em 29/07/15.
12 http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1994/lei-8898-27.09.1994.html; acesso em 29/07/15.

lhos de investigação e apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA. Estes pedidos liminares são também buscados nos pedidos finais - item VIII, "b1" e "b3" – fl. 15.

Em sede de cognição sumária, própria dos provimentos liminares, não vislumbro como acolher, por ora, tais pedidos.

No que se refere ao pedido de suspensão de repasses, pela União, à Famar, tenho que há que se aguardar o pronunciamento do juízo competente acerca da perseguida suspensão de suas atividades. Juridicamente, a aludida fundação existe e, bem ou mal, está em funcionamento, não havendo notícia, nestes autos, de que o Ministério Público Estadual tenha tomado alguma providência anterior (administrativa e/ou judicial) dentro de seu poder de velamento – art. 66 do Código Civil. Não se demonstrou, por exemplo, alguma falha no natural dever de prestação de contas da mencionada fundação, não obstante a existência de inquérito civil instaurado no âmbito da 9ª Promotoria de Justiça local – fl. 17, segundo parágrafo.

Pertinente, neste aspecto, a observação da Procuradoria do Estado: "A FAMAR recebe por serviços prestados e administra as verbas conforme suas normas internas, aprovadas quando de sua criação pelo Ministério Público Estadual, agora também parte autora."

Ainda que se cogitasse o veto de repasses de verbas públicas à Famar, o que admito somente para prosseguir na fundamentação, o fato é que as verbas públicas são imprescindíveis à continuidade dos essenciais serviços de saúde na FAMEMA e no HCFAMEMA e não há, ao menos nesse momento, nenhum outro caminho lícito e administrativamente aceito para que os recursos públicos federais atinjam sua finalidade sanitária.

A corroborar o indeferimento do pedido liminar de bloqueio de repasses de verbas pública por intermédio da Famar, há que se reproduzir, ainda, a relevantíssima afirmação da União:

> (...) a maioria dos municípios brasileiros está no exercício da Gestão Plena dos serviços de saúde, em seu território. O Município de Marília [que não é parte na ação] não difere desta realidade e está homologado para o exercício da Gestão Plena dos serviços de saúde desde 1998, nos termos da Portaria GM nº 194/98 e da Portaria GM nº 155/2008 (cópia anexa), ambas do Ministério da Saúde.
> (...) *ele recebe, automaticamente, do Fundo Nacional de Saúde, os recursos do SUS, nas suas contas do Fundo Municipal de Saúde*, conforme prevê o Decreto nº 1.232/94 e as mencionadas Portarias. Dizendo de outro modo, por esse motivo, *não há pagamento federal direto aos prestadores de saúde, como seria o caso da FAMAR.*
> (destaques no original)

Passo a analisar o pedido liminar para compelir a União a designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação e, ainda, para apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA.

Sobre este ponto, é de rigor consignar que, em resposta a indagação da atuante Advogada da União, o Delegado Chefe, em exercício, da DPF/MII/SP, esclareceu "(...) que até o presente momento [30/07/15] a Polícia Federal de Marília/SP não solicitou apoio ao DENASUS para auxiliar na investigação das denúncias das irregularidades contra a FAMAR, em apuração no bojo dos presentes Autos [inquérito policial nº 359/14-4-DPF/MII/SP]".

Ora, se ainda não houve pedido administrativo por parte da Polícia Federal e/ou dos autores com o intuito de se obter o apoio do DENASUS para auxiliar nas investigações em curso, não reputo haver, neste momento, potencialidade de lide a ser dirimida.

O Judiciário deve atuar, como regra, de forma subsidiária, ou seja, não cabe ao Judiciário substituir as partes em providências que elas mesmas podem fazer sem a intervenção judicial.

Acresça-se que os autores, da mesma forma que todo juiz, também são dotados do poder de requisição (*vide* art. 129, VI e VIII da CF/88 c/c art. 26, I, "b" e II a IV da Lei nº 8.625/93 e art. 8º, II a IV da Lei Complementar nº 75/93).

Frise-se, em arremate, que o "Secretário de Estado da Saúde e Gestor do Sistema Único de Saúde – SUS no Estado de São Paulo", ciente dos fatos em investigação, da existência desta ação civil pública e após externar sua "preocupação com a desassistência e paralização na prestação das ações e serviços de saúde prestados à população da região de Marília, ante a possibilidade de concessão de liminar pelo MM Juiz Federal que tutela o feito (...)", esclareceu, no dia 29/07/15, que foi instituída "Comissão Técnica para avaliação da situação e gestão do complexo Hospitalar", sendo que "os trabalhos da Comissão Técnica se encontram em andamento, tanto que, dada a complexidade da matéria, os mesmos foram prorrogados, conforme consta da Resolução SS 69, de 22.7.2015, estimando-se conclui-los até 23 de agosto de 2015, tudo isso constante do Processo SES nº 001/0001/002.941/2015 (...)", havendo, ainda, licitação em curso para contratação de "empresa especializada no mapeamento e auditoria do Complexo Hospitalar da FAMEMA (...)"

Neste contexto, concluo que, no mínimo, mostra-se prematuro o pedido de imposição de obrigação de fazer à União consistente na designação se servidores para auxiliar nos trabalhos de investigação que ocorre no âmbito penal.

*Posto i*sso,

a) com respaldo no disposto no art. 109, I da CF/88 c/c o previsto no art. 292, §1º, II, do CPC, *reconheço* a incompetência absoluta deste juízo para processar e julgar os pedidos de suspensão das atividades e de extinção da ré Famar, bem como de todos os pedidos, liminares e principais, formulados contra o Estado de São Paulo, motivo pelo qual me abstenho de apreciá-los, consignando, uma vez mais, que não é o caso, pelo que se viu, de determinar eventual desmembramento;

b) indefiro os pedidos de suspensão de repasses, à cargo da União, de verbas públicas à Famar e para compelir a União a designar auditores para auxiliar nos trabalhos de investigação, bem como para apresentar plano de auditoria no complexo Assistencial FAMEMA;

c) cite-se a União;

d) escoado o prazo recursal, ao SEDI para excluir a Famar e o Estado de São Paulo da lide;

Intimem-se, exceto a Famar.

Marília, 03 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES



Súmulas

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

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, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, 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.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO dOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

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)

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)

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 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)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

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 ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ 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)

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos

JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532